



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON

"LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA Y LA
COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO."

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

EVERARDO MERCADO SALCEDA

ASESOR: DR. RICARDO REYES CERVANTES

SAN JUAN DE ARAGON. EDO. DE MEX.

1997.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

DEDICATORIAS

**A DIOS, MI PROTECTOR Y VIGILANTE,
DANDOLE GRACIAS POR PERMITIRME
CUMPLIR CON MIS METAS.**

**A MI UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO FORJADORA DE MI CARACTER
Y CAMINO PARA LA CONSECUCIÓN DE MI
VIDA, CON UN ESPECIAL CARÍÑO A LA
ENEP ARAGON CRISOL DE MIS SUEÑOS
Y EL ALCANCE DE MIS METAS**

A MI MADRE, YA QUE ESTA META
QUE HOY CONCLUYO ES MAS
TUYA QUE MIA, GRACIAS MAMA,
POR TODO TU AMOR Y POR TODO
TU APOYO TE QUIERO MUCHO

A MIS ABUELOS FERNANDO EFREN
SALCEDA TALAMANTES Y OTILIA
CRUZ CRUZ, GRACIAS POR ENSEÑARME
A AMAR Y VIVIR PLENAMENTE, POR DARME
UN CARINO DE HIJO Y POR DEJARME
LLAMARLOS PAPA Y MAMA.

A MI TIO MANUEL SALCEDA CRUZ,
POR SER AMIGO Y GUIA, EN MI VIDA ,
ESTE FRUTO TAMBIEN ES TUYO,
GRACIAS POR TU CONFIANZA Y
CARINO.

CON MUCHO CARIÑO A LA FAMILIA
LEON ANGELES POR DARME ESE CALOR
DE HOGAR QUE TANTO ME HA AYUDADO
Y QUE HA SERVIDO PARA HACER DE MI UN
MEJOR HOMBRE.

A LA FAMILIA SALCEDA ESTRADA
YA QUE AUNQUE UNA ENORME
DISTANCIA NOS SEPARE
LA FUERZA DE LA SANGRE HACE
QUE NUESTROS PENSAMIENTOS
VIAJEN Y SE UNAN, DANDONOS
LA FUERZA SUFICIENTE PARA
SEGUIR ADELANTE.

AL DR. RICARDO REYES CERVANTES
PROFESIONISTA EXCEPCIONAL
Y EXCELENTE CATEDRATICO, DE QUIEN
SIN SU DIRECCIÓN NO HUBIERA SIDO POSIBLE
LA ELABORACIÓN DE ESTE TRABAJO.

CON MUCHO CARIÑO Y APRECIO
AL LIC. JUAN CARLOS RESINAS SANABRIA
POR DARME LA LECCIÓN MAS IMPORTANTE
DE MI VIDA PROFESIONAL, GRACIAS POR
ENSEÑARME QUE NO HAY MAS BARRERAS QUE
LAS QUE UNO SE IMPONGA, A SU VEZ POR
ENSEÑARME EL AMOR Y DEDICACIÓN
A MI PROFESIÓN Y POR DEJARME CONSIDERARLO
MI AMIGO.

A TODOS MIS PROFESORES QUIENES
ME AYUDARON A FORMARME UN CRITERIO
JURÍDICO INDISPENSABLE PARA MI
DESEMPEÑO PROFESIONAL.

CON ESPECIAL AFECTO A JOSE MANUEL
FLORES, EVARISTO CRUZ, ROBERTO CALIXTO,
ROBERTO CARLOS GARCIA, MAURICIO GUERRERO
JOSE EDUARDO CALDERON, EDSON CARLOS OLVERA,
GERMAN CRUZ, ALFREDO GOMEZ, DEYANIRA MILLAN
AMIGOS Y COMPAÑEROS CON QUIENES HE COMPARTIDO A
LO LARGO DE MI VIDA EXITOS Y ALEGRÍAS, POR QUIENES
HAGO VOTOS PARA QUE SIEMPRE ME ACOMPAÑEN.

A LOS LICENCIADOS FRANCISCO LARIOS,
ALFREDO HUITRON, IGNACIO BOBADILLA,
MARCO ANTONIO BOBADILLA, JORGE PINEDA,
JOSE ALBERTO JIMENEZ, EXCELENTES
PROFESIONISTAS DE QUIENES HE
OBTENIDO EL MEJOR APOYO EN MI
DESEMPEÑO PROFESIONAL.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO.

INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO.

REFERENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA, SU MARCO JURÍDICO Y SU REGULACIÓN.

1.1.	ORIGEN Y ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD	PAG 1
1.1.1.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	1
1.1.1.1.	DERECHO ROMANO	4
1.1.1.2.	DERECHO FRANCÉS	12
1.1.1.3.	LEGISLACIÓN MEXICANA	19
1.2.	MARCO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD	23
1.2.1.	CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD	23
1.2.2.	ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD	27
1.2.2.1.	RESPONSABILIDAD MORAL	28
1.2.2.2.	RESPONSABILIDAD JURÍDICA	30
1.2.2.2.1.	RESPONSABILIDAD SUBJETIVA	32
1.2.2.2.1.1.	RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	32
1.2.2.2.1.2.	RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O DELICTUAL	33
1.2.2.2.2.	RESPONSABILIDAD OBJETIVA	34
1.3.	LA RESPONSABILIDAD EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA, TIPOS, CONSECUENCIAS Y SANCIONES	35
1.3.1.	RESPONSABILIDAD CIVIL	35
1.3.1.1.	RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA	37
1.3.1.2.	RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA	39
1.3.1.3.	SANCIONES	42
1.3.2.	RESPONSABILIDAD PENAL	46
1.3.3.	RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	49
1.3.4.	RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y POLÍTICA	51
1.3.5.	RESPONSABILIDAD FISCAL	58
1.3.6.	RESPONSABILIDAD PROFESIONAL	62

CAPITULO SEGUNDO

ESTUDIO SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

2.1.	RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	64
2.1.1.	MÉDICO, DEFINICIÓN LEGAL	64
2.1.2.	REQUISITOS PARA SER MÉDICO EN LA LEY GENERAL DE PROFESIONES	67
2.1.3.	ANÁLISIS DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES REALIZADO POR UN PROFESIONAL MÉDICO	69

2.1.3.1.	CONTRATO EN DONDE EL PRESTADOR DEL SERVICIO MÉDICO ES UN PARTICULAR	78
2.1.3.2.	CONTRATO EN DONDE EL PRESTADOR DEL SERVICIO MÉDICO ES UNA INSTITUCIÓN PÚBLICA	81
2.1.4	REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	83
2.1.5.	ASPECTOS QUE CONFLUYEN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	85
2.1.6	EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	90
2.1.6.1.	ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA DE NO RESPONSABILIDAD	93
2.1.7	LOS DAÑOS Y PERJUICIOS EN RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y SU REPARACIÓN	95
2.1.8.	LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y TIPOS	98
2.1.8.1.	INDEMNIZACIONES	100
2.1.8.2.	EL ARTÍCULO 1928 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL RESPONSABILIDAD POR HECHOS DE EMPLEADOS O REPRESENTANTES	104
2.2.	IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	106
2.2.1.	DERECHO HUMANO A LA SALUD	107
2.2.2.	ANÁLISIS DE LA GARANTÍA INDIVIDUAL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO IV CONSTITUCIONAL, DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD	109

CAPITULO TERCERO

LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO COMO ARBITRO EN CONTROVERSIAS MÉDICAS

3.1.	MECANISMOS PROTECTORES DE LOS DERECHOS HUMANOS	114
3.2.	EL ARBITRAJE: CONCEPTO Y ANTECEDENTES	126
3.2.1.	DERECHO ROMANO	127
3.2.2.	ESPAÑA-FRANCIA	130
3.2.3.	MÉXICO	132
3.3.	CLASIFICACIÓN DEL ARBITRAJE	134
3.4.	ORGANOS ANTE QUIENES SE TRAMITAN PROCEDIMIENTOS ARBITRALES EN LA REPÚBLICA MEXICANA	138
3.5.	ANÁLISIS CRÍTICO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO	142

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El médico es una de las personas más importantes para el sano desarrollo de una persona. Tenemos contactos con estos profesionistas, desde nuestra gestación, cuando nuestros padres deciden engendrarnos, y cuando llegamos a este mundo, la primera persona que nos tiene en sus brazos y nos cuida, generalmente es un médico, acompañándonos así el resto de nuestras vidas, proporcionándonos una vida más placentera, una vida sana, hasta en nuestro lecho mortuario el médico trata de confortarnos de nuestro futuro.

Así a los ojos del médico se descubren los más artificioamente ocultos secretos de la vida humana, tiene la oportunidad a través de sus conocimientos de restaurar la salud e incluso salvar la vida.

A esto se debe la importancia trascendental que en nuestras vidas llega a tener, por esta importancia al médico se le venera y se le quiere ; Pero debemos entender que esta importante es realizada por hombres que al igual que todos pueden fallar o faltar a esta importante labor.

El derecho en su evolución ha alumbrado figuras jurídicas que tratan de regular la conducta del hombre en sociedad, una de estas figuras la constituye la responsabilidad civil, basada en las máximas jurídicas de no causar daño a nadie y de responder por el daño que se causa.

Por esta importancia durante el Primer Capítulo, realizo un extenso estudio sobre la figura jurídica de la responsabilidad.

La responsabilidad tiene sus primeros antecedentes en el Derecho Romano, de donde pasa al Derecho Francés, para posteriormente ser adoptada por nuestra legislación vigente. En México se estudia a la responsabilidad civil desde dos grandes aspectos, la responsabilidad subjetiva, que tiene su fundamento en la voluntad de alguna de las partes y en la responsabilidad objetiva o por riesgo creado o también llamada por el hecho de las cosas.

Así esta figura ha abarcado diversas materias en nuestra legislación, las cuales tienen su propia regulación y sus sanciones, como pueden ser: la responsabilidad civil; la responsabilidad penal; la responsabilidad de los servidores públicos y política; la responsabilidad del Estado; la responsabilidad fiscal; y la responsabilidad profesional, por mencionar algunas, y en donde los profesionales médicos puedan incurrir.

En un Segundo Capítulo, analizó la responsabilidad civil del médico, la cual se basa generalmente en la responsabilidad subjetiva, y tiene como fundamento el incumplimiento de un contrato denominado de Prestación de Servicios Profesionales.

Dicho contrato es sui generis ya que para la celebración de éste se requieren de varias características, como lo es, que el prestador del servicio, tiene que ser un médico, con los requisitos establecidos por la Ley para ejercer libremente la profesión y generalmente reviste la singularidad de ser un contrato de adhesión.

Para que estemos en presencia de la responsabilidad civil, se deben reunir varios requisitos: un acto, un daño, y un nexo de causalidad entre ambos, y ciertas

circunstancias que confluyen como lo son: el dolor; la culpa; la negligencia; la iatrogenia; el error; la ignorancia; etc. Además de circunstancias que excluyen de la responsabilidad al médico.

De dicha responsabilidad surge en contrapartida la figura de la indemnización, la cual debe ser cubierta por el médico pretendiéndose con esto reparar el daño de la víctima. A estas circunstancias se debe la importancia de la responsabilidad civil del médico, ya que tiene en sus manos, la salud y la vida del hombre.

La humanidad se ha percatado de esta circunstancia y de su importancia. Ha proclamado a la salud y a la vida como derechos inherentes a la naturaleza humana, reconociéndoles este carácter en la declaración universal de los derechos humanos, proclamada por la Organización de las Naciones Unidas. Nuestros legisladores han reconocido esta importancia y han establecido en el Artículo 4o de Nuestra Carta Magna. La Garantía que toda persona tiene derecho a la protección de su salud.

En el Último Capítulo de este trabajo de investigación analizaré a fondo a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

El Gobierno, en su afán de proteger las Garantías Individuales, ha creado ciertos mecanismos que pretenden proteger a los derechos humanos.

Con el propósito de proteger el derecho que toda persona tiene a que le protejan su salud, nace la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, la cual coadyuvará con las instituciones jurisdiccionales, en la solución de los problemas suscitados entre médicos y pacientes, basados en los procedimientos conciliatorios y arbitrales que la propia Comisión marca.

Es pues así, que este organismo realiza funciones que atañen directamente a la responsabilidad civil del médico, fijando indemnizaciones a los afectados ya sea a través de procedimientos conciliatorios o arbitrales, cuantificando el daño físico y moral a un usuario, dictando opiniones técnicas en donde se señala si un médico es responsable por un daño a un paciente, o si no se es responsable. Por esto es la importante labor que recae en los miembros de esta Comisión ya que tiene en sus manos, el tutelar y el poder de restituir a un usuario que le es incorrectamente protegida su salud.

Se analizará el arbitraje como una forma heterocompositiva de resolver los conflictos, así como sus antecedentes en el Derecho Romano, de ahí lo retoma España y Francia, incorporándose con posterioridad en la Legislación Nacional.

Esta figura tiene características muy propias, y ha logrado que en nuestra legislación vigente se regule en diversos ordenamientos los cuales son muy variados ya que abarcan desde cuestiones eminentemente financieras, laborales, mercantiles, hasta desembocar en materia de servicios de salud.

Por último quisiera señalar que la medicina es una ciencia en constante evolución, y sobre todo, porque aún cuando se conozcan las causas de las enfermedades, siempre existirá el factor de reacción individual de cada enfermo infinitamente variable, es precisamente este factor el que convierte ahora y siempre a todo tratamiento, aún el más rigurosamente exacto en un azar, es por esto que el médico tiene la labor de escudriñar en sus conocimientos la forma de extirpar el mal, con el menor dolor y la máxima diligencia, a medida que esto ocurre será

menos responsable de los daños causados al paciente ya que el médico es eso y no un Dios para realizar milagros.

Por todos estos motivos es por que presento este trabajo mencionando cuáles son los elementos mínimos que se deben tomar en cuenta, para señalar que se está en presencia de la responsabilidad civil del médico, así como señalar en qué forma pretende la CONAMED lograr este importante fin y señalar las bases que se deben utilizar para la restitución de los daños. Empezando así mi lucha para lograr la justicia y la equidad en las personas que han sufrido por causa de una **NEGLIGENCIA MÉDICA.**

CAPITULO PRIMERO

REFERENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA, SU MARCO JURIDICO Y SU REGULACIÓN

1.1. ORIGEN Y ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD

En este capítulo se dará una visión general sobre los antecedentes históricos de la figura jurídica de la responsabilidad, así como los elementos doctrinales de la misma y su regulación en la Legislación Mexicana.

1.1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Todo ser humano tiene el inherente derecho de respetar y de que se le respeten las normas que el hombre ha creado para su convivencia en sociedad y que son los bienes jurídicos tutelados los cuales le son reconocidos ya sea por el mismo o por el Estado. Una de éstas y tal vez la más importante, es la de no fender o causar daño a otro en los bienes jurídicos más importantes como son: la **vida, libertad** o el **patrimonio** de una persona y por eso se han creado en todo el mundo normas, las cuales pueden estar escritas o no, en ordenamientos legales, y las cuales tutelan estos bienes jurídicos. El hombre desde que es hombre siempre ha contravenido estas normas y el mismo hombre ha señalado los castigos a estas conductas. Un elemento de estos castigos es la responsabilidad . Entendiéndose por ésta como el derecho que tiene el hombre dañado en su ámbito jurídico a que

se le restituya o que se le indemnice por el daño causado en este su ámbito, así pues surge la figura jurídica de la responsabilidad, la cual de acuerdo a la materia se puede dividir en penal o civil, siendo éstos los grandes continentes en materia de responsabilidad.

En materia civil, que es el tema que aborda esta investigación, se le ha dado el nombre de responsabilidad civil.

* El sistema de indemnizaciones procedentes en caso de actos ilícitos o de actos antijurídicos se desarrolla en la teoría de la responsabilidad civil que determina todos los casos en que un sujeto está obligado a reparar a otro por el daño que éste le ha causado. Así pues se habla en un principio de los términos de dolo o culpa o bien de responsabilidades indirectas (daños causados por personas o cosas de que el sujeto se sirve) y en el planteamiento de la culpabilidad revestía formas peculiares (culpa in eligendo o culpa in vigilando) de lo que luego se pasó a través de una norma procesal de inversión de prueba, a la presunción de culpabilidad de determinados sujetos, para llegar por último a consagrar esa presunción sin admitir prueba en contra. Se estaba a un paso de admitir la responsabilidad sin culpa.

En el derecho moderno se habla de las teorías del riesgo creado y responsabilidades objetivas, pero la idea madre es que debe indemnizar los daños aquel que los ha causado, o aquel que ha puesto en movimiento la actividad en que el hecho dañoso se produjo o aquel que se beneficia de esa actividad o empresa, la materia de la responsabilidad civil es la que más desarrollo ha

alcanzado en el derecho moderno y sus conclusiones se proyectan a todos los ordenes de la vida en comunidad. ⁽¹⁾

La responsabilidad civil al igual que la mayoría de las figuras de derecho tiene como origen al Derecho Romano pero antes de llegar a esta época ¿que sucedió? Privaba más que un estado derecho la ley del más fuerte, así pues, hablamos que en el inicio, la reparación del daño consistía en una venganza, se puede hablar que las primeras reparaciones de daños tenían como característica la venganza, esto trae como consecuencia que la venganza engendra venganza, lo cual es el antecedente inmediato de la ley del talión y así este se convirtió en un derecho, el derecho de venganza, al ir evolucionando la civilización esta venganza se transforma al ámbito patrimonial del agresor y es cuando surgen las penas pecuniarias, las cuales cuantifican el perdón por parte del ofendido, estas sanciones en un principio fueron realizadas en amigable composición por las partes, sin embargo al momento en que el Estado cobra fuerza y puede imponer su imperium hace que estas composiciones se rijan bajo ciertos estatutos, dando como consecuencia el alumbramiento de daños y perjuicios, es aquí cuando nace la persecución de ciertas conductas ajenas al orden público. Así en un principio, el Estado tiene el derecho de exigir cierta reparación a los particulares cuando ataquen el orden y moral pública pero se da cuenta que hay ciertas actitudes por parte de ciudadanos que aunque afecten a particulares pueden atacar indirectamente al Estado, en los cuales regula ciertos modos para su composición

⁽¹⁾ cfr ENCICLOPEDIA METODICA LAROUSSE . EDICIONES LAROUSSE. TOMO IV .IV IMPRESIÓN, MÉXICO, 1983,

para las acciones que atacan directamente al Estado como por ejemplo: el asesinato y robo castigándolos por estas sus acciones a los autores, ahora bien, debido al carácter de los daños en relación al Estado surge la responsabilidad penal para aquellas que atentan contra el mismo y por otro lado la responsabilidad civil la cual es aquella que sanciona a las acciones que afecten indirectamente al Estado.⁽²⁾

1.1.1.1. DERECHO ROMANO

Durante el transcurso de los años en que Roma fue creciendo, pasó de ser una fuente de pueblos prehistóricos junto al Tíber, hasta consolidarse en un Imperio Mundial. Fue madurando su Estado y sociedad, incorporando a sí misma sus conquistas culturales y técnicas sobre otros pueblos, las cuales asimiló, conservó y universalizó, así pues, su tradición más su logro personal continuaron durante su trayecto en dinámica tensión dando como consecuencia; una forma a la administración de su Estado, a su imperio y la evolución de su derecho, los cuales han sido elementos formativos en la misión de este pueblo; de los romanos heredamos, los estudios humanos y el interés por el hombre, el derecho natural, igualdad ante la ley, Gobierno para el bien de los gobernados; (Cicerón señaló el

⁽²⁾ cfr. MAZEAUD-TUNC, TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DELICTUAL Y CONTRACTUAL, TOMO IV, EDICIONES JURÍDICAS EUROPA-AMÉRICA, BUENOS AIRES, 1977, P. 86

espíritu de justicia de la manera siguiente " ¿ que cosa es la ley civil ? Es algo que no puede ser doblegado por la influencia, o roto por la fuerza, o corrompido por el dinero " constituyendo ésta nuestra herencia romana

En cuanto a su sistema legal, el Derecho Romano se fundaba en la Ley de las XII Tablas (450 ac) las cuales constituían la primera compilación de reglas legales en materia de impartición de justicia, contenía leyes familiares, testamentos, derecho de propiedad y comportamiento del ciudadano en público, la cual duró casi mil años, apareciendo posteriormente los pretores y los jurisconsultos, luego alrededor de (527 DC) el emperador Justiniano decretó una codificación -corpus iuris civilis- convirtiéndose ésta en el resumen de toda la experiencia legal romana." ⁽³⁾

Tratándose en materia de responsabilidad durante la época más remota del Derecho Romano surge ya una distinción entre dos tipos de daños, los que nacen de un delito público y los que nacen de un delito privado, entendiéndose por esto que los delitos considerados como públicos son aquellos que atacaron directamente a la cosa pública o aquellos que atacaban a un particular pero que transgredían el orden.

Dando lugar a la venganza lícita la cual posteriormente dió origen a la composición. Y entendiéndose por delitos privados aquel que atentaba contra los intereses de un particular.

⁽³⁾ cfr. ENCICLOPEDIA TIME LIFE. LAS GRANDES EPOCAS DE LA HUMANIDAD . LA ROMA IMPERIAL. POR MOSES HADAS. EDIT. REPRODUCCIONES FOTOMECAICAS S.A. 2 ED. 1980.

En el Derecho Romano se mencionan:

A) acciones producto de ilícitos penales y señala que son acumulables en tres supuestos

1.- Si son varios autores todos deben pagar el total de la pena entera.

2.- Si son acciones penales puras y no contienen resarcimiento, son acumulables con la acción por la indemnización del daño (acción reipersecutoria).

3.- Las penas que impliquen ya indemnización pueden tener concurrencia alternativa con las reipersecutorias.

B) son pasivamente intransmisibles, sólo el autor del delito responde por el, no sus herederos.

C) todos los delitos pueden dar lugar a la actio noxalis que es para el caso de que son cometidos por una persona sujeta a potestad, librándose de la responsabilidad si da al que cometió el delito.⁽⁴⁾

Así pues, durante el periodo de las XII tablas se establece que "ahí donde el estado no persigue el castigo del autor del daño, es la víctima la que lo hace" (5)⁽⁵⁾ lo cual nos señala que esta constituye una época de composición ya que aquí el

⁽⁴⁾ vea DOR'S, DERECHO PRIVADO ROMANO, 8 de. De Universidad de Navarra S.A. PAMPLONA . 1991 P 116

⁽⁵⁾ vea MAZEAUD-TUNC, TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, Ob. Cit. (2) P 227.

afectado de un delito privado opta entre la venganza corporal o una suma de dinero.

Durante la época de Justiniano se habla de acciones reipersecutorias que son las que pretenden reclamar el valor de la cosa (res) a causa del delito; las cuales son penales y de las mixtas (reipersecutorias y penales). Ahora bien, en toda la legislación y costumbre romana no se advierte un concepto de responsabilidad tanto en materia delictual como en materia contractual.

Pero supliendo su deficiencia se señalan ciertas circunstancias con lo cual se dice que la reparación fue casuística. Así surge la Lex Aquilae la cual en sus primeros dos capítulos señala algunos daños muy particulares como: la muerte de un esclavo o una cabeza de ganado, de deudas consentidas por un adstipulator.

Por otro lado los pretores y los jurisconsultos, trataron de aplicar algunos principios generales de responsabilidad, así por ejemplo los pretores señalaron una acción para el supuesto de que el herido hubiera sido un hombre libre, mientras que los jurisconsultos señalaron que estaban sancionados todos los deterioros o destrucciones de las cosas, con lo cual surge la noción de damnum (que establecía que cualquier atentado material contra una cosa o una persona se encontraba reprimido).

" delitos de daño (damnum)

A) la muerte de un esclavo o ganado grande ajenos, cuya pena se fijaba en el valor máximo de la víctima durante el último año.

B) toda clase de daños, cuya pena se fija en el valor máximo de la cosa dañada durante los 30 días *proximi*.

El pretor amplía esa sanción civil de daños con una serie de acciones:

A) la *actio legis aquiliae* se completó y extendió a otros supuestos mediante acciones pretorias:

1. El *damnum* debería de ser *datum*, es decir una relación causal corporal; pero el pretor dio acciones *in factum*, casos en los cuales no se había causado el daño tan corporalmente.

2. La ley solo hablaba de que la podía ejercer solo el *amo* (*erus*) y el pretor la extendió a los peregrinos.

3. Cuando la víctima no era esclava sino una persona libre y no interesaba la acción de lesiones, se habla también de una *actio legis aquiliae utilis*.

B) la *actio de pauperie* se extendió a toda clase de animales como *utilis* (cosas).

C) para los daños cometidos.

1. Por cuadrilla de hombres, se introdujo en el edicto una *actio in factum* por cuatro veces el daño (*damnum*) *hominibus armatis coactisve datum*.

2. Se cuantifica la reparación de cuatro veces, si se cometen daños o robos o aprovechándose de una calamidad pública.

3. Se cuantifica de dos veces en ocasiones de revuelta.

4. Los que cometan los publicanos o sus servidores.

5. Actio adversus nautas caupones stabularios, por estos profesionales por los daños cometidos por sus dependientes.

D) el daño producido a un propietario por el pervertimiento de un esclavo, actio servi corrupti que se cuantifica de dos veces".⁽⁶⁾

Posteriormente esta idea fue sufriendo cambios y así "trataron de sustituirla por la de perjuicio comprendieron que lo que importaba no era la comprobación de un atentado material contra una cosa (damnum) sino el perjuicio sufrido a causa de este hecho por el propietario, por eso decidieron que el simple (damnum) que no causaba perjuicio no daba lugar a reparación "⁽⁷⁾ idea que se quedó inconclusa ya que como se ha establecido la ley era casuística y la ley no sancionaba el damnum en todos los casos.

La **Lex Aquilia** a su vez señalaba ciertos requisitos como eran:

- a) No le concedía la acción sino al propietario de la cosa deteriorada o destruida.
- b) Que fuera ciudadano romano.

⁽⁶⁾ Vea. D'ORS DERECHO PRIVADO ROMANO OB. CIT. (4) P 119.

⁽⁷⁾ Vea Enciclopedia Time Life OB. CIT (3).

c) Que el daño hubiera sido *corpo corpori datum* (contacto material entre el autor del daño y la cosa que padecía el daño).

d) Posteriormente se otorgó a través de Justiniano una acción *damnum non corpori datum*.

Posteriormente se sentaron las bases para que se pudiera hablar de dolo con lo cual se crea otro, de los principios consistente en que "todo daño ocasionado por una culpa dolosa debía ser reparado principio que nunca fue deducido permaneciendo esta como una acción subsidiaria.

Por último se señala la obligación quasi ex delicto la cual es producto de que si delictualmente el autor de un daño no podía quedar obligado para con su víctima fuera de los casos previstos en la ley, podía no obstante convertirse en deudor suyo como si hubiera habido delito.

No obstante lo anterior, el Derecho Romano siguió fiel a sus principios señalando solo algunos casos de responsabilidad por lo cual seguían en pie las componendas entre las partes y sobre todo la venganza entre las mismas partes, pero la evolución de este concepto sigue avanzando y a medida de que el poder del Estado va avanzando crece el principio de que "nulla poena sine lege" no hay pena sin ley por lo que solo las conductas que se encontraban señaladas en la misma son las que se castigan y nadie debía hacerse justicia por propia mano.

Motivo por el cual el número de leyes donde se encuentra regulada la responsabilidad va creciendo aunque siga siendo de manera casuística, ya se puede asegurar la mayoría de los perjuicios materiales y de algunos morales.

En cuanto a la materia contractual en el Derecho Romano clásico se habla únicamente de precisar la extensión de las obligaciones del deudor de cumplimentar el contrato . Con lo que se trata de darle la seguridad necesaria a aquella de las partes que mas se le afectare por el incumplimiento. Además los jurisconsultos señalaron que ciertos contratos determinaban estrictamente la obligación del deudor de restituir una cosa cierta. Así que la regla general que valia en el Derecho Romano era simple y puramente lo pactado entre las partes y todo incumplimiento comprometía la responsabilidad del deudor. Se señala como única excluyente el caso fortuito. Así que generalmente las obligaciones para los contratantes eran cumplir sin mala fe, abstenerse del dolo y del otro lado cumplir sin mala voluntad, siendo a esto lo que Gayo señala como fides et diligentia. Por lo que se deduce que la noción de culpa contractual consistía en averiguar si se actuaba de buena fe y si se cumplía con el contrato.

Por lo que se podrá decir que durante esta época la distinción entre responsabilidad contractual y delictual es resultado de una circunstancia accesoria, ya que la Ley Aquilia sanciona hechos positivos mientras que en la contractual consiste generalmente en una abstención motivo por el cual se distinguieron dichas responsabilidades.

1.1.1.2. DERECHO FRANCES

" En cuanto al Derecho Francés este se caracterizó. en que el poder real se afianzó durante la edad moderna y comenzó a sancionar, a través de leyes generales de aplicación territorial, a mediados del siglo XVII se impuso la tendencia de elaborar grandes ordenanzas para cada materia y así Luis XIV, dictó las relativas al procedimiento civil y criminal, el comercio, la marina y las aguas y bosques (1681-1687), las antiguas costumbres del norte de Paris, fueron redactadas por escrito en cada provincia, con estas obras realizadas por peritos en derecho, se permite comprobar la existencia de una cierta uniformidad jurídica entre todas las regiones, entre estos estudiosos se encontraban principalmente, **JEAN DOMAT Y ROBERT POTHIER**, siendo las obras de este último jurista las que influyeron notablemente en la redacción del código civil de 1804 o también llamado de Napoleon ".⁽⁸⁾

En cuanto a la responsabilidad civil tomó sus antecedentes del Derecho Romano constituyéndose también está en un principio de algunas componendas, aquí también se habla de delitos públicos que originan una acción ejercida en nombre de la sociedad, con lo cual se da el antecedente del Ministerio Público.

Entre algunas de las reglas que regían la acción de "responsabilidad civil consistía en que la acción no se transmitía a los que recogían el patrimonio de la víctima sino a los unidos a ella por los vínculos mas íntimos, la familia.

⁽⁸⁾ vea, ENCICLOPEDIA METODICA LAROUSSE, TOMO IV. Ob. Cit. (1) .

En el antiguo Derecho Francés se establece un principio general de responsabilidad civil que consistía en enumerar los casos en los cuales la composición era obligatoria y se señala que un daño cualquiera da lugar a la reparación del *damnum*, (perjuicio material, visible causado a objetos materiales) , sino que la víctima es protegida por los daños visibles que produzcan la pérdida o la disminución del valor de las cosas, siendo estos muebles o inmuebles así como los que sin destruir la cosa, dan motivo a pérdidas al impedir una ganancia lícita.

JEAN DOMAT." Señala los tres tipos de culpas que pueden acarrear un daño como son :

- Las que se dirigen a un crimen o un delito y que dan lugar a la responsabilidad penal frente al Estado y su responsabilidad civil frente a la víctima,
- Las de las personas que faltan a los compromisos de las convenciones, como un vendedor que no entrega la cosa vendida, la cual es una culpa contractual.
- Aquellas que no son contractuales y que no se dirigen a un crimen o un delito, por ejemplo señala Domat, como si por ligereza se arroja algo por la ventana y se estropea un traje ; si los animales mal guardados ocasionan un daño ; si se causa un incendio por imprudencia o negligencia, señala además que todas las pérdidas y todos los daños, que puedan ocurrir por el hecho de alguna persona, sea imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que debe hacerse u otras culpas semejantes,

por leves que puedan ser, deben de ser reparadas por aquel que ha dado lugar a ellas por imprudencia u otra culpa".⁽⁹⁾

Con lo cual establece el principio embrionario de responsabilidad civil dictando que "es una consecuencia natural de todas las especies de compromisos particulares y del compromiso general de no causar mal a nadie que aquellos que ocasionen algún daño sea por haber contravenido algún compromiso o por haber faltado al mismo, están obligados a reparar el mal que hayan hecho"⁽¹⁰⁾.

En cuanto a la responsabilidad contractual el Derecho Francés se basa en el Derecho Romano, pero consideran que el deudor se ha obligado estrictamente a una cosa ; en este caso, se esta obligado a cumplirla sin necesidad de tomar en cuenta su conducta, y en otros casos donde se obliga a cumplir sin negligencia ni imprudencia, en estos casos si se tiene que apreciar dicha conducta, y se distingue entre la culpa dolosa o lata, la culpa leve y la culpa levisima Photier las define de la siguiente forma :

⇒ Culpa lata consistente en no poner en el asunto ajeno el cuidado que las personas menos cuidadosas no dejan de poner en sus propios asuntos.

⇒ Culpa leve es el cuidado ordinario que las personas prudentes ponen en sus asuntos.

⁽⁹⁾ Vea. Mazeaud-Tunc TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y DELICTUAL OB. CIT. (5). P. 227

⁽¹⁰⁾ ibidem.

⇒ De la clasificación anterior se desprende que un deudor será responsable del incumplimiento del contrato si ha incurrido en una culpa lata.⁽¹¹⁾

En materia delictual se señala que la imprudencia, la negligencia bastan para empeñar la responsabilidad de su autor, se distinguen a los delitos como el hecho por el cual una persona por dolo o malicia, causa un daño o un mal a otra persona. De los cuasidelitos que consistía cuando se actuaba sin malicia, pero si por imprudencia y se causaba un daño y en ambos casos había responsabilidad.

En el código civil francés de 1804 se distingue a la responsabilidad civil de la penal .

Se establece un principio general de responsabilidad civil que a decir de **TARRIBLE** "esta disposición, abraza en su vasta amplitud, todos los géneros de daños y los sujeta a una reparación uniforme, que tiene por medida el valor del perjuicio sufrido, desde el homicidio hasta las lesiones leves, desde el incendio de un edificio, hasta la rotura de un mueble insignificante, todo queda sometido a la misma ley, todo se declara susceptible de una apreciación que indemnizara a la persona lesionada por cualesquiera daños que haya experimentado"⁽¹²⁾

También se señala que la culpa es uno de los requisitos de la responsabilidad civil, así como en materias delictuales y cuasidelictuales, en donde se necesita una culpa para exigir la responsabilidad del autor del daño.

⁽¹¹⁾ Ibidem.

⁽¹¹⁾ Ibidem

⁽¹²⁾ Ibidem

TARRIBLE señala que " el daño, para que sea objeto de reparación, debe ser el efecto de una culpa, o de una imprudencia por parte de alguien . Si no puede ser atribuido a esa causa no es sino ya la obra del azar, del que cada uno debe soportar las resultas. Pero, si ha habido culpa o imprudencia, por ligera que sea su influencia sobre el daño cometido se debe reparación ⁽¹³⁾

Así el artículo 1382 del Código Civil Francés señala " todo hecho del hombre que cause a otro un daño, obliga a reparar a aquel por culpa del cual ha sucedido " con lo cual se regula el hecho intencional y da lugar a la reparación.

Por otro lado el artículo 1383 del citado ordenamiento regula a la culpa cuasidelictual por negligencia o impericia.

El artículo 1384 señala " se es responsable no solamente del daño que se causa por hecho propio sino también por el causado por las personas por las que se debe responder o por las cosas que se tienen en custodia". Se señala también cuando es responsable por otro, responsabilidad de los padres por algún hecho de los hijos, responsabilidad de los amos por hechos de los criados o comisionados, responsabilidad de los maestros y artesanos por hechos de sus alumnos y aprendices

El artículo 1385 establece " el propietario de un animal, o quien se sirve de este, es responsable, mientras lo use, del daño que el animal haya causado. Ya sea que estuviese el animal bajo su guarda, ya sea que se hubiere perdido o escapado ".

⁽¹³⁾ Ibidem

El artículo 1386 refiere que " el propietario de un edificio es responsable del daño causado por su ruina, cuando suceda a consecuencia de su falta de conservación o por vicios en su construcción "

En cuanto a la responsabilidad contractual se le regula en la sección IV del capítulo consagrado al efecto de las obligaciones llamado de los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento de la obligación el numeral que regula los elementos principales de la responsabilidad contractual es el 1137 párrafo primero el cual señala que " la obligación de velar por la conservación de la cosa, ya sea que la convención no tenga por objeto mas que la utilidad de una de las partes o ya tenga por objeto la común utilidad de la cosa "

En su segundo párrafo dispone " esta obligación es más extensa, con relación a ciertos contratos, cuyos efectos, a este respecto se explican en los títulos que les conciernen " con lo cual se señala que para que exista responsabilidad contractual debe de existir la culpa consistiendo esa culpa en el incumplimiento de una obligación establecida por el contrato con cargo al deudor.

Los artículos 1147 y 1148 del citado ordenamiento señalan los casos de excepciones como son: " el deudor es condenado, si ha lugar al pago de daños y perjuicios, ya sea en razón del incumplimiento de la obligación, ya sea en razón del retraso en el cumplimiento, cuantas veces no justifique que el incumplimiento proviene de una causa ajena que no puede serle imputada, aunque no haya ninguna mala fe de su parte " .

El artículo 1148 textualmente manifiesta que " no ha lugar a daños y perjuicios cuando, a consecuencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito, al deudor se le haya impedido dar o hacer aquello a que estaba obligado, o si ha hecho lo que estaba vedado ".

Para **BIGOT-PREMENEU** ⁽¹⁴⁾ los daños y perjuicios no solo pueden ser en razón del incumplimiento, sino por razón también de la simple tardanza, y señala también que es injusto hacerle responsable al deudor por causa de imposibilidad absoluta. Corroborando este pensamiento lo que señalan los numerales 1302 párrafo primero y 1245.

Artículo 1302 párrafo primero " cuando el cuerpo cierto y determinado que fuere el objeto, de la obligación, llegue a perecer, quede fuera del comercio o se pierda de manera que se extinga en absoluto la existencia de la obligación se extingue si la cosa se ha periculado o se ha perdido sin culpa del deudor y antes de que estuviere en mora".

El artículo 1245 " el deudor de un cuerpo cierto y determinado se libera por la entrega de la cosa en el estado en que se encuentre. Cuando se haga su remisión, con tal que los deterioros sobrevenidos en la misma no provengan de su hecho o de su culpa, ni de las personas de las que es responsable, o que no estuviere en mora antes de estos deterioros.

⁽¹⁴⁾ *Ibidem*

De lo anteriormente señalado se concluye que tanto en la responsabilidad delictual, cuasidelictual como contractual se tienen que reunir tres elementos sine qua non:

1.1.1.3. LEGISLACIÓN MEXICANA

En cuanto al estudio de los antecedentes de la responsabilidad en México me parece preciso señalar que siendo del presente trabajo, su punto toral, la responsabilidad, se deben de circunscribir estos a la materia de la responsabilidad civil en la legislación vigente, ya que es ahí donde surge, y en su evolución da vida a otros tipos de responsabilidades de acuerdo a la materia en la cual se encuentran encuadrados, y así tenemos que en su evolución difiere de su contenido según se trate de: responsabilidad política, responsabilidad administrativa, responsabilidad del Estado, responsabilidad penal, etc. Supuestos que sin excusa de quedar excluidos serán motivo de estudio en cuanto a su concepto y su regulación aplicable durante el desarrollo de esta investigación.

Hecha pues esta acotación. Señalo que la responsabilidad civil en México se basa en el Derecho Romano y Francés. Así en el derecho vigente según la clasificación señalada por el **Maestro Rafael Rojina Villegas** el cual indica que hay cuatro fuentes de hechos ilícitos los cuales son: delitos penales, delitos civiles, cuasidelitos penales y cuasidelitos civiles.

Delito penal según el artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales" pero que además se conlleva de una pena y una sanción pecuniaria.

Delito civil es un hecho doloso que causa daño y que no está sancionado por el código penal, que por lo tanto solo tiene como consecuencia la reparación del daño, pero no una pena o sanción pública.

Cuasidelito penal o sea hecho culposo que causa daño y que está sancionado por una norma del código penal; que en consecuencia tiene una pena y una sanción pecuniaria consistente en la reparación del daño.

Cuasidelito civil es decir un hecho culposo que causa un daño, que no tiene sanción penal y que solo engendra responsabilidad civil ⁽¹⁵⁾

El código civil vigente para el distrito federal a su vez se basa en la teoría subjetiva de la culpa que consiste en que los hechos ilícitos sean fuentes de las obligaciones, la cual se funda en un elemento de carácter psicológico el cual consiste en la intención de dañar como base principal del ilícito. Sea bien por dolo o por imprudencia, debido a que no se hayan tomado las precauciones necesarias, por descuido, negligencia o falta de previsión, siendo estos elementos la base de la responsabilidad.

IHERING "señala que en un principio en el Derecho Romano se hablaba de dolo o culpa generada por hecho propio. Actualmente el espectro de aplicación de

⁽¹⁵⁾ Vea, ROJINA VILLEGAS RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, TOMO III, 18 DE. EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO 1993. P.290.

responsabilidad se acrecenta, se hacen responsables a los padres por los actos de sus hijos menores de edad, a los tutores por los actos de sus pupilos o de los enajenados sujetos a interdicción, a los patrones por los actos de sus trabajadores o sus domésticos en el desempeño de su trabajo, a las compañías o las personas morales por los actos de sus representantes y así mismo se acepta la responsabilidad derivada de los daños causados por las cosas o animales que nos pertenezcan, sin desaparecer en todos estos casos la noción de culpa la cual sirve para fijar la responsabilidad por hecho ajeno (para el caso de los padres, tutores o patrones ya sea por la falta de vigilancia *culpa in vigilando* o por causa de la elección torpe *culpa in eligendo* del trabajador).

Se señala también que las presunciones de culpa son *juris tantum* es decir admiten prueba en contrario; pero para algunos casos la presunción puede ser *juris et de jure* "absoluta" por ejemplo en el supuesto de: hoteles y casas de huéspedes en el caso de daños por los sirvientes o empleados sin importar que aquí se demuestre que no hubo culpa *in vigilando* o *in eligendo*.

Esta evolución de las presunciones de culpa de *juris tantum* a *juris et de jure* según Ihering es mas equitativa si se causa daño, ya que obliga a su reparación aunque no se obre ilícitamente, por que se considera que si un patrimonio sufre una disminución a causa de otro. Es justo que el resarcimiento venga por parte del autor del daño". ⁽¹⁶⁾

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*.

Actualmente también se permite que cuando el daño se cause por utilizar cosas peligrosas se responda aún cuando no se obre ilícitamente y señalándose como elementos indubitables para la reparación a:

- **el daño**
- **uso de una cosa peligrosa**
- **nexo causal entre hecho y daño**

El Código Civil vigente engloba todos estos supuestos en los artículos que van del 1910 al 1934 y que en su conjunto constituyen el Capítulo Quinto, el cual forma parte del Título Primero de la Primera Parte del Libro Cuarto del ordenamiento legal anteriormente citado; a continuación señalaré algunos numerales los cuales sientan las bases de la responsabilidad civil.

Así el artículo 1910 del código civil vigente señala: " el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, esta obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima ".

Los artículos 1915, 1916 y 1916 bis establecen las bases para la reparación y cuantificación del daño.

De los numerales 1918 al 1928 se regulan las responsabilidades por hechos ajenos y aquí señala la responsabilidad de los tutores, patrones, personas morales, maestros, etc. Sus bases y sus obligaciones.

Por último el artículo 1932 marca a la teoría subjetiva de la responsabilidad o doctrina de la culpa.

Merece un apartado especial la responsabilidad contractual la cual se regula en los artículos que van del 2104 al 2118 del Código Civil vigente para el Distrito Federal. En cuanto a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones lo cual resulta de mucha ayuda para los casos en los cuales se habla de la regulación del contrato de prestación de servicios o más aún el caso de un contrato sui generis que podríamos llamar como médico, tema que será abordado en el transcurso del presente trabajo.

1.2. MARCO JURIDICO DE LA RESPONSABILIDAD.

En este apartado se señalarán los principales elementos doctrinales del concepto de responsabilidad.

1.2.1 CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD

La responsabilidad constituye una piedra angular en la convivencia del hombre en sociedad. Motivo por el cual puede llegar a tener un sin número de

aplicaciones de acuerdo al enfoque del cual se observe, motivo por el cual me he permitido elaborar el siguiente cuadro :

Así se puede hablar en una primera clasificación en donde se habla de responsabilidad moral y responsabilidad jurídica. Conceptos que abordaré en el transcurso del presente trabajo.

Posteriormente de la responsabilidad jurídica divergen dos posibilidades como son:

- responsabilidad objetiva
- responsabilidad subjetiva

Ahora bien una tercera clasificación es la que atendiendo a la materia que es base de su regulación y así se puede hablar de responsabilidades:

- responsabilidad civil
- responsabilidad penal
- responsabilidad del Estado
- responsabilidad de los servidores públicos y política
- responsabilidad fiscal
- responsabilidad profesional.

Una última clasificación podría ser aquella en que la responsabilidad es resultado ya sea de un hecho propio o de un hecho realizado por un tercero.

Pero antes de entrar al análisis de todas estas clasificaciones, señalaremos un concepto de responsabilidad:

Según la Real Academia de la Lengua Española, responsabilidad significa "deuda, obligación de reparar y satisfacer por si o por otro a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal".⁽¹⁷⁾

Por otro lado la Enciclopedia Jurídica Omeba, señala que responsabilidad " proviene de "respondere" que significa inter alia: "prometer", "merecer", "pagar", así "responsalis" significa: "el que responde " (fiador). En un sentido más restringido "responsum" (responsable) significa: "el obligado a responder de algo o de alguien", "respondere" se encuentra estrechamente ligado con "spondere", la expresión solemne en la forma de la stipulatio, por la cual alguien asumía una obligación , así como "sponsio" palabra que designa la palabra más antigua de obligación " (18)

Este concepto resulta ser muy amplio pero deja al descuido cuestiones muy importantes como es la obligación de no ofender o causar daño, punto primordial de la responsabilidad.

Puesto que toda acción u omisión implica un vinculo llamado obligación el cual puede revestir dos formas, una moral y otra jurídica.

Y como segundo aspecto una responsabilidad. Presencia que trae como consecuencia el cumplimiento de este deber de reparación, para el caso de haber cometido una falta supuesto que de acuerdo a esta lógica constituye a la responsabilidad.

(17) vea, REAL DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Edit. Porrúa.

(18) vea: ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Tomo XXIV Edit. Bibliográfica Omeba. Argentina, 1976.

Así pues sabemos que obligación figura que proviene desde el Derecho Romano, institución concebida como el vínculo jurídico por el cual una persona es conminada a realizar una determinada prestación, constituyendo el punto total de esta.

Por su parte la responsabilidad implica la aceptación de las consecuencias de un acto realizado con capacidad, con voluntad y dentro de un marco de libertad.

" Por lo que se entiende por responsabilidad la capacidad de un sujeto de derecho de conocer y aceptar las consecuencias de sus actos realizados conciente y libremente. En otro sentido, viene a ser la relación de causalidad existente entre el acto y su auto, o sea la capacidad de responder por sus actos.

En un sentido más concreto, la responsabilidad se traduce en el surgimiento de una obligación o merecimiento de una pena en un caso determinado o determinable, como resultado de la ejecución de un acto específico." (19)

Por lo anteriormente dicho se desprende, que son dos los elementos principales de la responsabilidad:

1) la **OBLIGACIÓN** de realizar una conducta específica, la cual puede consistir en una acción o una omisión y la cual es determinada a partir de un deber moral o un deber jurídico.

⁽¹⁹⁾ vea; FERNANDEZ RUIZ JORGE . EL ASPECTO CIVIL DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL. LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MEDICO Y LOS DERECHOS HUMANOS. COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, PAG 19.

2) la **RESPONSABILIDAD** expresada en la contravención a ese deber moral o jurídico, el cual es en forma libre, con capacidad y a través de la voluntad del individuo.

" Con lo cual se concluye que la responsabilidad es la obligación que tiene una persona de subsanar el perjuicio producido o el daño causado a un tercero porque así lo disponga su moral, la ley, lo requiera una convención originaria, lo estipule un contrato o se desprenda de ciertos hechos ocurridos, independientemente que en ellos exista o no, culpa del obligado a subsanar." (20)

1.2.2 ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD

Como se ha explicado con antelación la responsabilidad está ordenada en dos grandes continentes uno de ellos consistente en la responsabilidad moral y otro que es la responsabilidad jurídica, basada esta regulación en los deberes que tutelan como son el deber moral y el deber jurídico, supuestos que no son otra cosa que la regulación de la conducta del hombre en sociedad.

Diferenciándose una norma de otra, solamente, en que la norma jurídica esclarece el principio moral.

De esta responsabilidad jurídica a su vez se desprenden dos fuentes como son:

- la responsabilidad subjetiva
- la responsabilidad objetiva.

⁽²⁰⁾ Ibidem.

Supuestos que analizó posteriormente.

1.2.2.1 RESPONSABILIDAD MORAL

Para entender este concepto, me parece preciso señalar primeramente que es la moral. El vocablo moral " proviene del latín mores, (costumbre) y son las normas, principios y reglas de la conducta de los hombres, así como la misma conducta humana, los sentimientos y juicios que se refieren a la esfera de las relaciones de los hombres consigo mismos y con la sociedad, comprendiendo tanto un aspecto lógico, que viene a ser la conciencia moral como uno práctico, relaciones morales, en la moral se tiene que ver asimismo una valoración de los fenómenos en vida social y que son considerados como expresiones del actuar del hombre.

Es así que la moral ayuda en la relación entre los hombres, cuando el hombre se rige por las normas morales, coadyuva con la sociedad, la que a su vez al difundir estas normas, forma un ideal del hombre." (21)

De lo anterior podríamos concluir que el deber moral, son aquellas exigencias que de tipo moral, le plantea la sociedad al individuo.

Ahora bien, tomando en consideración lo señalado en el tema anterior se podría decir que responsabilidad moral " es el producto de una falta, de una infracción a un deber moral, la cual puede ser realizada por cualquiera y que como elementos indubitables se basa en una consecuencia necesaria de la libertad en

(21) cfr. J. BLAUBERG, DICCIONARIO MARXISTA DE FILOSOFÍA, EDICIONES DE CULTURA POPULAR, México, PAG 67 Y 213.

la voluntad de actuar, por parte del sujeto, basado en una imputabilidad fundada en ésta y que trae como consecuencia la responsabilidad de estos sus actos ante su conciencia, su entorno ético y el cual admite las consecuencias inexcusables en su actuación.

Pero en esta responsabilidad, pese a lo anterior moralmente solo será imputable, y por ende, responsable cuando tenga el suficiente conocimiento moral y su voluntad no se trabe en algún impulso demasiado poderoso o por la sorpresa.”⁽²²⁾

Por lo cual se podría concepcionar en la forma siguiente “ el problema de la responsabilidad moral es el del pecado, se es responsable moralmente cuando, ante Dios, si se es creyente, y ante la propia conciencia tan solo, si se es ateo, se debe de responder de un acto o de una abstención. Ahora bien, Dios y la conciencia nada reprochan al que ha obrado de buena fe... Así pues, la noción de responsabilidad moral es una noción puramente subjetiva; para determinar si existe responsabilidad moral, hay que analizar el estado anímico del agente, y esa es la única investigación a la que hay que entregarse, desde el momento que hay pecado, mala acción, hay responsabilidad moral, poco importa que no haya tenido ninguna consecuencia, que no haya causado perjuicio alguno; o que el perjuicio si lo ha habido, lo haya padecido el autor del acto, la responsabilidad moral existe

⁽²²⁾ cfr.; FERNANDEZ Ruiz Jorge, EL ASPECTO CIVIL DE LA RESPONSABILIDAD OB. CIT. (19) P. 19.

con independencia de su resultado; un simple pensamiento puede constituir un pecado. " (23)

1.2.2.2 RESPONSABILIDAD JURIDICA

Otro de los grandes continentes en materia de responsabilidad lo constituye la responsabilidad jurídica siendo esta la parte primordial en este estudio..

Para poder abarcar este concepto, me gustaría señalar lo que es el deber jurídico, punto primordial para la responsabilidad jurídica, así encontramos que para el maestro Enrique Suarez Gil " en sentido amplio, se funda única y exclusivamente en la existencia del derecho, lo entendemos como el principio de derecho objetivo, como contenido que ajusta los preceptos jurídicos, es el que funda el derecho, que en forma consciente ha sido aceptado por el individuo y que no dimana de ninguna norma hipotética. Tiene como características las establecidas en particular por el derecho que se determine," (24)

Es pues así que " el sujeto de derecho es el destinatario del deber jurídico, es el titular a quien por regla general el derecho le imputa una conducta de hacer, dejar de hacer, etc. Pudiendo ser este el sujeto activo o pasivo el cual puede actuar como persona física o moral y el cual puede tener diferentes nombres como pueden ser: actor, demandado, tercero perjudicado, reo o denunciante

(23) vea. MAZEAUD-TUNC. TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, Ob. Cit. (5), P. 227

(24) vea. SUAREZ GIL ENRIQUE. LA TEORIA INTEGRAL DEL DERECHO. EDITORIAL. CAJICA. México, PAG 205.

según el supuesto en el que se coloque y el cual le es otorgado por la Ley, algún decreto o una sentencia.”⁽²⁵⁾

De lo cual se podría concluir que la responsabilidad jurídica es la obligación de soportar la reacción del ordenamiento jurídico frente al hecho dañoso.

Por su parte para Jorge Fernández Ruiz la responsabilidad jurídica es el “sometimiento de los hechos a la reacción jurídica frente al daño reacción cuya finalidad - consistente en la represión del mal causado - se alcanza mediante el derecho con el traslado de la causa del perjuicio a un sujeto diferente del agraviado ; tal sujeto distinto habrá de sufrir - con, sin y aun contra su voluntad - la referida reacción jurídica, por encontrarse en situación de responsabilidad, por así señalarlo la ley”.⁽²⁶⁾

Para Mazeaud-Tunc nos dice “ las reglas jurídicas no tienen por finalidad sino regular las relaciones entre los hombres. Por lo tanto no podría existir responsabilidad jurídica sin un daño;... Los principios establecidos por el legislador en el ámbito de la responsabilidad, como en otra materia cualquiera, deben ser la traducción de los sentados por la moral... Mientras que el derecho, regla social, no puede rebasar su razón de ser, que consiste en asegurar o promover cierto orden en una sociedad ...”⁽²⁷⁾

⁽²⁵⁾ Ibidem.

⁽²⁶⁾ cfr; FERNANDEZ Ruiz Jorge. EL ASPECTO CIVIL DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL
Ob Cit.(19) ,PAG . 20

⁽²⁷⁾ MAZEAUD-TUNC. TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, OB. CIT.(5) PAG 9.

1.2.2.2.1 RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

Se dice que la responsabilidad es Subjetiva, porque su fundamento se encuentra en la culpa, la cual es un elemento psicológico y por tanto, de naturaleza subjetiva, pues consiste en la intención de dañar (dolo) o en el obrar con negligencia o descuido (culpa en sentido estricto). Para la Teoría Subjetiva de la responsabilidad, la culpa es esencial y sin ella no hay responsabilidad. Por tanto el fundamento de la obligación de indemnizar los daños está en el acto propio, culpable y antijurídico.

Esta manera de conceptuar la culpa opera, tanto en la responsabilidad civil Contractual como en la Extracontractual o Delictual.

1.2.2.2.1.1 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

" Las reglas esenciales concernientes a la responsabilidad contractual han sido trazadas por los redactores del código civil francés en el capítulo consagrado a los efectos de las obligaciones convencionales... Cuando se compromete la responsabilidad contractual de una persona, existe ya un vínculo de derecho entre esa persona y su víctima; en efecto, habían celebrado un contrato entre sí y precisamente por que una de las partes no cumple ese contrato, se plantea la cuestión de la responsabilidad contractual ".^(27 Bis A)

^(27 Bis A) [ibidem]

" DEMOGUE se limita a decir que, en esas obligaciones se es deudor de un resultado, pone como ejemplos la obligación del mandatario encargado de cumplir un acto la del porteador... por lo que el deudor es responsable sino se alcanza el resultado, salvo que pruebe la fuerza mayor. Por lo tanto se trata de la mayoría de las obligaciones corrientes, la obligación de entrega que incumbe al vendedor o al arrendador; la obligación de restitución que incumbe al arrendatario, al depositario, al comodatario; la obligación de reparar y restituir transportar y entregar que incumbe a los múltiples empresarios que se obligan mediante un contrato de arrendamiento de servicios de una u otra índole ".^(27 Bis B)

Concluyendo el incumplimiento que resulte de la violación producida directamente al cumplimiento de una obligación concreta llámese contrato previamente establecida, da lugar a la responsabilidad contractual.

1.2.2.2.1.2 RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Ó DELICTUAL

" Los redactores del código civil francés han tratado a la responsabilidad delictual en el titulo denominado - de las obligaciones que se forman sin convención - en el capítulo II "De los Delitos y Cuasidelitos"... en la responsabilidad delictual no existe ningún vínculo de derecho entre el autor del daño y su víctima antes de que hayan entrado en juego los principios de la responsabilidad civil, son ellos lo que crean ese nexo jurídico".^(27 Bis C)

^(27 Bis B) Ibidem.
^(27 Bis C) Ibidem

La culpa extracontractual, consiste en realizar los actos contrarios al deber de no causar daños, o en omitir los actos necesarios para evitar el daño, de tal modo que siendo posible prever la comisión del daño, sin embargo se abstiene de impedirlo.

Para concluir señalaría que es la responsabilidad nacida de un acto típico y antijurídico definido y penado en la ley que origina una responsabilidad civil accesoria de la criminal

1.2.2.2.2. RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Es la obligación de reparar el daño causado, por emplear cosas peligrosas, aun cuando se haya actuado lícitamente y sin culpa. Esta responsabilidad no toma en cuenta los elementos Subjetivos Dolo ó Culpa, sino únicamente al elemento Objetivo, consistente en el daño producido por el empleo de cosas o materiales peligrosos. También se le llama responsabilidad por riesgo creado y se regula en el Artículo 1913 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Los elementos de esta responsabilidad son:

- 1) Que se use un mecanismo peligroso
- 2) Que se cause un daño y,
- 3) Nexo de causalidad entre hecho y daño.

1.3. LA RESPONSABILIDAD EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA. TIPOS, CONSECUENCIAS Y SANCIONES.

La responsabilidad así conocida, tiene su origen en las legislaciones civiles y penales. Sin embargo, su desarrollo en la legislación moderna, particularmente en México ha traído como consecuencia el rebosamiento de esta figura y la ha llevado fuera del ámbito estrictamente civil y penal. El hombre en esa búsqueda de hacer que el Derecho rija la mayoría de sus conductas para el correcto desarrollo en sociedad ha logrado que en nuestra legislación vigente se hablen de diferentes tipos de responsabilidades como la responsabilidad administrativa o del estado, responsabilidad fiscal, responsabilidad de los servidores públicos, responsabilidad política, temas en los que profundizaré en el transcurso de la presente investigación señalando su regulación y sus matices a lo largo de las legislaciones que señalaré.

1.3.1 RESPONSABILIDAD CIVIL

Para algunos autores como Carnellutti y De Cupis la definen como la obligación de soportar la reacción del ordenamiento jurídico frente al hecho dañoso, es pues así la consecuencia de la violación del deber jurídico de no dañar a nadie.

Así el artículo 1910 del Código Civil vigente para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la república en materia del fuero federal señala " el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a

otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia o negligencia inexcusable de la víctima." Entendiéndose en este precepto por hecho ilícito la conducta violatoria del deber jurídico de no causar daño a nadie . La ley define al hecho ilícito en el mismo ordenamiento en su artículo 1830 señalando que " es ilícito el hecho que es contrario a las leyes del orden público o a las buenas costumbres". Así pues la conducta del responsable es indebida porque ha violado directamente ese deber impuesto por el ordenamiento (supuesto de la responsabilidad extracontractual),

O porque esa violación se ha producido de manera indirecta, faltando al cumplimiento de una obligación concreta, previamente contraída (supuesto de la responsabilidad contractual).

Para ambos supuestos la conducta realizada por el responsable es igualmente ilícita, por lo que causa un daño y está obligado a repararlo, dando como resultado que para el que resiente el daño le nace la indemnización de daños y perjuicios.

Para un mejor entendimiento señalo que en la Legislación Mexicana, se basa en la doctrina objetiva y subjetiva de la responsabilidad. Motivo por el cual en los siguientes apartados, hablaré de las características de cada una y su regulación.

1.3.1.1. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA

Como se ha estudiado en los apartados anteriores, la responsabilidad subjetiva, constituye uno de los continentes de la responsabilidad civil, esta responsabilidad a su vez se divide en responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual ó delictual

Para que se pueda dar la responsabilidad contractual se requieren la existencia de los siguientes elementos:

a) un acto o hecho ilícito, el cual se produce por una conducta dolosa o culposa. Es decir, que el agente ha obrado con la intención de hacer daño o que este sea producido por imprudencia, ignorancia, falta de atención o cuidado, impericia, etc.

b) la existencia de un daño, es decir, el menoscabo patrimonial causado por el incumplimiento de una obligación. Para que proceda la reparación del daño se requiere la prueba de que el demandado ha obrado ilícitamente, sin derecho o culpa. De donde nace el concepto de daño reparable que comprende no únicamente la restitución del menoscabo patrimonial causado, sino también el de la privación de cualquier ganancia lícita que se podría haber obtenido por el cumplimiento de la obligación.

c) un nexo de causalidad entre el hecho ilícito y el daño causado que consiste en establecer la consistencia de los supuestos necesarios para imputar las consecuencias de Derecho que produce un daño injusto. Como lo señala el

artículo 2110 de la ley en cita " los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse."

Al momento de concurrir dichos elementos y estos se acrediten ante el juzgador, procede la reparación del daño la cual consiste en la obligación de restituir o en la de restablecer el menoscabo patrimonial causado, y cuando ello no sea posible se da el resarcimiento en dinero del menoscabo del daño patrimonial causado, en la indemnización de los perjuicios, en el pago de gastos judiciales.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal señala en su artículo 2108 el concepto de daño diciendo " se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación ". Mientras que el artículo 2109 establece que "se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación".

Por lo que hace a la responsabilidad extracontractual, ésta se da por lo supuesto en el artículo 1830 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

1.3.1.2. RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA

En este tipo de responsabilidad es intrascendente el acto u omisión de la persona, basta:

- 1) que el hecho ilícito se realice, con o sin culpa del autor.
- 2) que exista un daño, es decir, un menoscabo en una persona o en su patrimonio.
- 3) que el daño sea causado por el hecho de las cosas.

Cuando concurren dichos elementos se estará en presencia de la responsabilidad objetiva o por riesgo creado. Esto acontece por ejemplo, en los supuestos del artículo 1913 del código civil vigente " cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas 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 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".

Para mayor abundamiento me permitiré señalar los siguientes criterios jurisprudenciales, las cuales señalan las características de este tipo de responsabilidad.

"RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. NEXO CAUSAL.

Según el artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal, la responsabilidad civil objetiva, sobreviene al hacer uso de mecanismos, instrumentos, aparatos, o sustancias peligrosas que causan daño y obligan al propietario de ellos a responder del mismo, pero el numeral en cuestión debe entenderse en el sentido de que el daño causado, es consecuencia de una relación directa entre la condición y el resultado dañoso, o sea, que no haya mediado algún otro suceso que fracture dicha vinculación, por lo que si en la especie se reclamó la responsabilidad civil objetiva, con base en que un incendio se originó en el local de la ahora quejosa, esto es lo que debe tenerse en consideración, o sea, determinar con las pruebas de autos si se acredita la circunstancia del nexo causal para la aplicación del aludido artículo 1913, es decir, cuál ha sido la causa del suceso que ocasionó el siniestro si fue por uso o manejo de sustancias inflamables o se debió a factores externos para de esa manera determinar cuál fue el origen del incendio y de allí establecer la responsabilidad correspondiente.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 2027/89. Ultra espuma de México, S.A. 30 de junio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Martín Antonio Ríos. Secretario: Anastasio Martínez García.

Instancia: tribunales colegiados de circuito

Fuente: semanario judicial de la federación

Epoca: 8a

"RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA, AUTONOMIA DE LA ACCIÓN DE.

Un recto análisis del artículo 1913 del código civil para el distrito federal revela, que la acción que regula es autónoma y no comprendida ni derivada de un contrato, pues en la responsabilidad civil objetiva los partícipes o sujetos de la misma son: el que por el empleo o uso de mecanismos peligrosos u otras conductas análogas, causa el daño y aquel al que se le causa.. Consecuentemente el único responsable directo del pago de la indemnización lo es el sujeto activo de la conducta dañosa, sin que exista responsabilidad solidaria de las compañías aseguradoras frente al sujeto pasivo, máxime que no existe disposición legal que las solidarice con la acción personal de responsabilidad objetiva, pues el seguro se rige por ordenamientos legales diferentes, como son, la ley general de instituciones de seguros y finanzas y la ley sobre el contrato del mismo, y la relación jurídica que establece este acto sólo vincula al asegurador con el asegurado, siendo tercero quien sufrió un daño con motivo de la responsabilidad objetiva."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo en revisión 947/88. Grupo rousel, S.A. De C.V. 30 de septiembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: José Joaquín

Herrera Zamora. Secretaria: Herlinda Baltierra Espindola. Instancia:
tribunales colegiados de circuito
Fuente: semanario judicial de la federación
Epoca: 8a
Tomo: II segunda parte-2
Pagina: 486

De lo cual podríamos concluir que quien está obligado a reparar el daño es el propietario de la cosa peligrosa cuyo empleo provocó el accidente lesivo que provocó el daño, ya que estaba obligado a velar por el debido manejo de los bienes que constituyen el riesgo creado.

1.3.1.3. SANCIONES

Ahora bien en lo que concierne a las sanciones, la propia ley señala para el caso de responsabilidad contractual de una manera general lo señalado en los artículos:

artículo 2107.- La responsabilidad de que se trata en este título, además de importar la devolución de la cosa o su precio, o la de entre ambos, en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios.

artículo 2112.- Si la cosa se ha perdido o a sufrido un detrimento tan grave que, a juicio de peritos, no pueda emplearse en el uso ha que naturalmente está destinada, el dueño debe ser indemnizado de todo el valor legítimo de ella.

artículo 2113.- Si el deterioro es menos grave, solo el importe de éste se abonará al dueño al restituirse la cosa.

artículo 2114.- El precio de la cosa será el que tendría al tiempo de ser devuelta al dueño, excepto en los casos en que la ley o el pacto señalen otra época

artículo 2115.- Al estimar el deterioro de una cosa se atenderá no solamente a la disminución que lo causo en el precio de ellas, sino a los gastos que necesariamente exija la reparación.

artículo 2116.-al fijar el valor y deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afecto, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con objeto de lastimar los sentimientos o afectos del dueño; el aumento que por estas causas se haga, se determinará conforme a lo dispuesto por el artículo 1916.

artículo 2118.- El pago de los gastos judiciales será a cargo del que faltare al cumplimiento de la obligación y se hará en los términos que establezca el código de procedimientos civiles.

Por lo que respecta a la responsabilidad objetiva los artículos:

artículo 1915.- 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.

Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo para calcular la indemnización que corresponda se

tomara como base el cuádruplo del salario mínimo mas alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señale la Ley Federal del Trabajo, en caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima.

Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intrasferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición salvo convenio entre las partes.

Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este código.

artículo 1916.- ...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 funcionarios, conforme al artículo 1928, ambas disposiciones del presente código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y solo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. en los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

artículo 1916 bis.- No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6° y 7° de la Constitución General de la República.

En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por la responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la licitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta.

Ahora bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la voz de sus ministros ha señalado la siguiente tesis jurisprudencial:

“RESPONSABILIDAD CIVIL Y OBJETIVA. DIFERENCIAS.

Si bien tanto la responsabilidad civil como la objetiva, son fuentes de las obligaciones por medio de las cuales aquel que produce un daño tiene la obligación de repararlo, entre una y otra existen diferencias notables, pues mientras en la primera se requiere la de una conducta por parte del responsable del daño y que tal sea considerada un hecho ilícito; en la

segunda el daño se origina cuando se hace uso lícitamente de cosas peligrosas, sin que en su producción intervenga la conducta del responsable del daño SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO

Amparo directo 191/90 Guillermo García Ordoñez. 16 de abril de 1990
unanimidad de votos Ponente: Enrique Pérez González. Secretario:
Nicolás Castillo Martínez

Instancia: tribunales colegiados de circuito

Fuente: semanario judicial de la federación

Epoca: 8a

Tomo: VII-enero

Página: 437

1.3.2 RESPONSABILIDAD PENAL

La responsabilidad penal consiste en el deber jurídico de sufrir una pena, que recae sobre quien ha cometido delito, es decir, sobre quien realizó un acto típico y antijurídico así definido por la ley.

Para estos supuestos de responsabilidad, la sanción que recae es una pena corporal, la que se manifiesta a través de la privación de la libertad regularmente, y en casos excepcionales, en la reparación del daño o bien de una multa la cual va dirigida al Estado. De lo anterior se ha sentado la siguiente tesis jurisprudencial.

**"RESPONSABILIDAD CIVIL, PROVENIENTE DE DELITO.
REQUISITOS. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).**

Para la procedencia de la acción de responsabilidad civil proveniente del delito, es indispensable la existencia de un hecho ilícito . que puede ser un delito o bien, cualquiera de los hechos que señala el artículo 1961 del Código Civil del Estado de Puebla; que con motivo de tal hecho, se causen daños y perjuicios a otras personas; y que exista el autor de ese hecho, es decir, el sujeto a quien se atribuye el delito o cualquiera de los demás hechos que aunque no fueran ilícitos para la ley penal, si lo sean para la ley civil y se conceptúan como fuente u origen de la responsabilidad, lo cual corresponde examinar al juez del conocimiento independientemente de la suerte que siga la causa penal." SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 501/91. Norma Dolores Ocampo Torres, 26 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo. Instancia: tribunales colegiados de circuito.

Fuente: semanario judicial de la federación

Epoca: 8a

Tomo: IX abril

Página: 618

Este tipo de responsabilidades se regulan generalmente en el Código Penal para el Distrito Federal, en materia del fuero común, sin embargo existen otros tipos de delitos llamados especiales cuya regulación, es especial por

contemplarse en Leyes Administrativas Federales. Tal es el caso de la defraudación fiscal, cuya regulación se encuentra en el Código Fiscal de la Federación; o los daños a las vías generales de comunicación reguladas en la Ley de Vías Generales de Comunicación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado las siguientes tesis jurisprudenciales con respecto a la responsabilidad penal.

"RESPONSABILIDAD PENAL.

Para declarar penalmente responsable al acusado es necesario que se acredite el nexo de causalidad entre la conducta ilícita que se le imputa y el resultado dañoso producido." SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 365/89. Silvestre Pérez Vera. 23 de octubre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente. José Luis Caballero Cárdenas. Secretaria: Graciela M. Landa Durán.

Instancia: tribunales colegiados de circuito

Fuente: semanario judicial de la federación

Epoca: 8a

Tomo: IV segunda parte-1

Página: 469

"RESPONSABILIDAD PENAL. QUE DEBE ENTENDERSE POR "DEBER LEGAL" PARA LOS EFECTOS DE LA PARTICIPACIÓN. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DEL ESTADO DE MICHOACAN).

El artículo 17, fracción V, del Código Penal, considera como partícipe en la comisión de un delito, a quien a sabiendas que se está cometiendo o que se va a perpetrar este, teniendo el deber legal de impedir su ejecución, no lo haga pudiendo hacerlo. Luego, no debe

concepuarse como deber legal, un deber netamente eventual o moral, sino exclusivamente aquel cuya obligación de impedir un delito le impone la ley, es decir, el consignado en un dispositivo legal, pues para que un deber o derecho jurídicamente pueda ser exigido y ejercitado, debe de estar estatuido en la Ley, de ahí que, para sancionarse el incumplimiento de un deber hubo obligación de impedir un delito, también éste debe estar consignado en la Ley, el cual por regla general se refiere se refiere a las autoridades que tiene fuerza pública. Segundo tribunal colegiado del décimo primer circuito.

Amparo directo 338/93. Carlos Correa Pérez. 18 de agosto de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Díaz Ponce de Loen. Secretario: Moisés Duarte Briz.

Instancia: tribunales colegiados de circuito

Fuente: semanario judicial de la federación

Epoca: 8a

Tomo: VIII-enero

Página: 306

1.3.3 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Es la obligación que tiene el Estado de proteger jurídicamente a los ciudadanos contra decisiones arbitrarias e ilícitas de la Administración Pública Federal y Estatal, y de sus funcionarios indemnizándolos del daño causado mediante una compensación económica que restituya el perjuicio patrimonial e inclusive moral que el Estado ocasione como consecuencia de la actividad administrativa que desempeña en cumplimiento de las funciones que le han sido encomendadas.

Ahora bien en México ésta práctica es limitada ya que las acciones que realiza el Estado traen consigo una presunción de legalidad. Es decir la presunción legal de que todas las acciones que realice el Estado son dentro de un marco de derecho.

Por otro lado el Derecho Francés creó la teoría de la " falta de servicio público " en la cual se establece que la misión del Estado es la de proporcionar servicios a la comunidad de manera normal, constante y eficientemente. Para cumplirlos el Estado cuenta con ingresos (contribuciones) y por lo tanto, no importa quien sea el responsable personal de las faltas, de aquí, nace la responsabilidad del Estado de indemnizar al particular ha consecuencia de la "falta en el servicio público".

Nuestro Derecho Civil reconoce de manera expresa la responsabilidad del Estado en el artículo 1928 así pues este numeral señala " el Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria; y solo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado ".

Otro ejemplo se señala "en el artículo 10 de la Ley de Depuración de Créditos a Cargo del Gobierno Federal, de fecha 31 de diciembre de 1941. Que señala, cuando la reclamación se funde de los supuestos que conforme a derecho dan origen a la responsabilidad civil del Estado, no será preciso demandar previamente al funcionario o funcionarios responsables, siempre que

tales actos u omisiones impliquen una culpa en el funcionamiento de los servicios públicos". (27 Bis D)

Dentro de esta responsabilidad se pueden subsumir, tanto la responsabilidad subjetiva como objetiva del Estado. En materia de responsabilidad objetiva se puede dar por virtud de manejar instrumentos peligrosos, como por ejemplo, las instalaciones de Laguna Verde, el manejo de residuos tóxicos, etc.

1.3.4 RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PUBLICOS Y RESPONSABILIDAD POLITICA

El primer documento Constitucional Mexicano - el de Apatzingán - consecuente con su ideal democrático, estableció la responsabilidad de los funcionarios y la manera de hacerla efectiva. Este principio, fundamental en un Estado de Derecho, fue recogido por la Constitución de 1824 y por la de 1857, en donde se estableció un Titulo para regular esa responsabilidad y determinar los órganos ante quienes se exigía.

La constitución de 1917 acogió en el artículo primero y en los siete artículos que integran el Titulo Cuarto que van de los artículos 108 al 114 dos principios fundamentales: "el de la igualdad ante la ley de todos los habitantes de la República" y el de " la responsabilidad de todos los servidores públicos ", así como " el procedimiento para juzgarlos y la penalidad respectiva ".

(27 Bis D) Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo IV. De. Porrúa S.A. México, 1995.

La exposición de motivos que acompaño a la iniciativa de las reformas publicadas en el Diario Oficial el 28 de diciembre de 1982, comienza con estas palabras: "la libertad individual para pensar y hacer es cuestión de cada quien. No corresponde al Estado tutelar la moralidad personal que la inspira. Pero el Estado tiene la obligación ineludible de prevenir y sancionar la inmoralidad social, la corrupción. Ella afecta los derechos de otros, de la sociedad, y de los intereses nacionales. Y en el México de nuestros días, nuestro pueblo exige con urgencia una renovación moral de la sociedad que ataque de raíz los daños de la corrupción en el bienestar de la convivencia social".

Dichas reformas modificaron las disposiciones del Título Cuarto y su nombre mismo, pues antes se refería a los funcionarios públicos y sus responsabilidades y hoy comprende a los servidores públicos, o sea, quienes desempeñen un empleo, cargo o comisión en el Gobierno Federal o del Distrito Federal, en el Congreso de la Unión o en el Poder Judicial, sea Federal o del Distrito Federal, todos deben responder por sus actos y omisiones en el desempeño de sus funciones.

Actualmente la responsabilidad de los servidores públicos se encuentra señalada en los términos del Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículos 108-114) así como en su legislación reglamentaria. La Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos. La cual en términos de su primer artículo transitorio abroga la Ley de Responsabilidad de los Funcionarios y Empleados de la Federación del Distrito

Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 4 de enero de 1980.

Así mismo se crea un nuevo Título Décimo en el Código Penal para el Distrito Federal, denominado delitos cometidos por los servidores públicos y así de los artículos 212-224 de la ley en cita se tipifican algunos delitos como: ejercicio indebido del servicio público, abuso de autoridad, coalición de servidores públicos, uso indebido de atribuciones y facultades, cohecho, tráfico de influencias, peculado, enriquecimiento ilícito, etc.

La responsabilidad de los servidores públicos es aquella que se aplica a los individuos que se señalan en el artículo 108 de nuestra carta magna " para los efectos de las responsabilidades que alude este título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del poder judicial federal y judicial del distrito federal, a los funcionarios y empleados, y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal o en el distrito federal...

El presidente de la república, durante el tiempo de su encargo, solo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.

Los gobernadores de los Estados, los diputados a las legislaturas locales y los magistrados de los tribunales superiores de justicia locales, serán responsables por violaciones a esta constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales..."

Concluyendo la responsabilidad se exige a todos los servidores públicos, por actos u omisiones que afecten a la legalidad, honradez lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben observar en el desempeño de sus funciones cargos o comisiones. Estas causas se encuentran previstas en el artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos, junto con los artículos 50 y 59 del citado ordenamiento

El organismo encargado de la imposición de las sanciones en términos del artículo 60 de la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos son las contralorías internas, estas impondrán sanciones disciplinarias y económicas menores al equivalente de 100 veces el salario mínimo ya que las superiores corresponderán a la contraloría general.

Las sanciones de que se hacen mención en el párrafo anterior se encuentran señaladas en el artículo 52 mientras que en el artículo 54 ambos de la ley en cita, señalan los elementos que deben de tomarse en cuenta al imponer las sanciones administrativas.

El procedimiento para la aplicación de las sanciones se regula en los artículos 64-78.

El Tribunal Fiscal de la Federación ha señalado en la voz de sus Magistrados las siguientes tesis jurisprudenciales, las cuales me permitiré transcribir para efectos ejemplificativos :

4313.- pliegos de responsabilidad

infracción disciplinaria.- no la configura el desacato a una orden del superior jerárquico para realizar una conducta ilícita.- de acuerdo a lo establecido en el artículo 109, fracción III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos, la existencia de la infracción disciplinaria se constituye con la acción u omisión realizada por el servidor público que en el ejercicio de sus funciones, incumpla con alguna de las obligaciones que para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que en el desempeño de su empleo, cargo o comisión le impone el segundo de dichos numerales, no existe tal infracción cuando se pretenda que se ha configurado como consecuencia del desacato a uno orden del superior jerárquico para realizar una conducta ilícita, como lo es la privación de libertad de una persona sin fundamento alguno ya que si bien es cierto que el poder de mando constituye una prerrogativa de los titulares de los órganos de la administración publico. también lo es que solo vincula los subalternos si se refiere a la realización de actos legítimos." (22)

juicio no 61/94.- sentencia de 17 de abril de 1995, por unanimidad de votos.- Magistrada instructora: Ana María Mugica Reyes.- secretario: Lic. Gustavo Amezcua Gutiérrez.

RTFF. 3a. época, año VIII, no 93, septiembre 1995, pag. 61

T.F.F

4313.- pliego de responsabilidades

pliego de responsabilidades.- caso en que su determinación es ilegal.- con fundamento en el artículo 47 fracción IV de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, todo servidor público tiene la obligación de custodiar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o comisión, conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso, impidiendo o evitando el uso, la sustracción, la destrucción ocultamiento o inutilización indebida de aquellas en el caso, si la autoridad determinó la responsabilidad del servidor público en virtud de que no observó el cuidado y control en el manejo de los documentos asignados al personal a su cargo y en el procedimiento contencioso, se demostró que el servidor público no tenía dicha obligación, sino únicamente de supervisar el trabajo desarrollado por el personal a su cargo, la sanción administrativa impuesta por la autoridad es ilegal y por ende, procede declarar la nulidad." (8)

juicio no 610/93.- sentencia de 3 de abril de 1994, por unanimidad de votos.- magistrado instructor : Javier B. Gómez Cortes.- secretario : Lic. francisco Javier Suarez Victoria.

RTFF. 3a. época. año VIII, no. 88, abril 1995, pag. 33

RESPONSABILIDAD POLÍTICA.- Por último es conveniente señalar lo que es la responsabilidad política, esta constituye pues una de las subdivisiones de las responsabilidades de los servidores públicos.

A nivel constitucional se encuentra señalada en el artículo 110, esta disposición señala las base del juicio político que procede contra servidores

públicos por las faltas y omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y el buen despacho de sus funciones. Pues, señala que servidores pueden ser sujetos a el, la enumeración es restrictiva, o sea, solo podrán ser enjuiciados políticamente quienes ejerzan los cargos de **Senador O Diputado Al Congreso De La Unión, Ministro De La Suprema Corte De Justicia De La Nación, Secretario De Despacho, Jefe De Departamentos Administrativos, Jefe Del Departamento Del Distrito Federal, Procurador General De La República Y Del Distrito Federal, Magistrado De Circuito, Juez De Distrito, Magistrado Del Tribunal De Justicia, Juez Del Orden Común Del Distrito Federal, Así Como Los Directores Generales Del Sector Paraestatal: Organismos Descentralizados, Empresas De Participación Estatal Mayoritaria Y Fideicomisos Públicos.**

Los servidores públicos de los estados - gobernadores, diputados locales y magistrado de los tribunales superiores -, solo podrán ser sometidos a juicio político, en los términos que señala la Constitución de la República, cuando se les acuse de haber incurrido en violaciones graves a la ley suprema o a las leyes federales, o bien, por manejo indebido de fondos o recursos federales. Sin embargo, en respeto al orden federal, los presuntos responsables serán puestos a disposición de la legislatura local correspondiente para que, conforme a las leyes aplicables, sean juzgados.

Establece las sanciones aplicables. Son dos: la destitución del cargo y la inhabilitación para ocupar otro en el servicio público. O sea, de hallar culpable al

servidor público, además de perder el puesto se le podrá condenar a no desempeñar otro cualquiera, como castigo a su conducta

Precisa los procedimientos. El juicio político se iniciará en la Cámara de Diputados la que, de estimar al presunto responsable al servidor, lo acusara ante la de Senadores. El Senado, constituido en jurado de sentencia,. Tiene a su cargo juzgar al presunto responsable y decidir si es culpable o inocente. Tanto la decisión de la Cámara de Diputados como la sentencia emitida por el senado serán inatacables, es decir, no podrán ser impugnadas ante autoridad alguna, ni tendrá posibilidad alguna el acusado de promover juicio y amparo.

Dentro de este tipo de responsabilidad, se podría hablar de una responsabilidad subjetiva del Estado, ya que generalmente en estas confluyen los elementos de dolo y de culpa de los individuos (Servidores Públicos) en donde el Estado es responsable por no elegir cuidadosamente a sus servidores públicos y en materia política por no llevar correctamente el buen despacho de sus funciones, aquí siempre hay un elemento subjetivo, y no es producto de la responsabilidad objetiva o de riesgo creado.

1.3.5 RESPONSABILIDAD FISCAL.

De una manera general se podría decir que la responsabilidad fiscal se basa en la obligación de contribuir al gasto público de manera proporcional y equitativa de acuerdo a lo establecido en las leyes.

Por ejemplo cuando los gobernados realicen el hecho imponible, consistente en la situación de hecho o derecho establecida en la Ley como generadora de la contribución, se causarán las contribuciones que son el impuesto, aportaciones de seguridad social, los derechos y las contribuciones de mejoras.

Ahora bien de lo anterior se desprende que la responsabilidad fiscal es la obligación a cargo de las personas físicas o morales de contribuir para los gastos públicos conforme a las leyes fiscales respectivas, la responsabilidad fiscal deriva básicamente de la relación tributaria que se establece entre la autoridad fiscal, en cuanto sujeto activo o titular del derecho de cobrar una contribución establecida por las leyes fiscales y el contribuyente sea persona física o moral sobre el cual recae el pago de la contribución en razón de que su actividad económica coincide con la hipótesis abstracta determinada por la ley tributaria y por ello constituye el sujeto pasivo de la relación tributaria.

La responsabilidad fiscal puede ser clasificada en función de la materia o en razón de los sujetos sobre los cuales recae. Así esta se divide en principal y accesorias o secundarias, siendo la materia de la primera el pago de la contribución, en tanto que las segundas se subdividen en tres clases de obligaciones: hacer, no hacer y tolerar, según que el sujeto responsable deba realizar una conducta activa o pasiva, en el primer caso deberá llevar a cabo una acción personal cumpliendo con una norma establecida por una ley fiscal por ejemplo formular declaraciones o autoformular su impuesto en cambio en la

segunda posición el sujeto deberá adoptar una conducta pasiva bien sea absteniéndose de realizar ciertas actividades por existir prohibición jurídica (lo que hace que de actuar el sujeto cometa una infracción fiscal) o bien simplemente de no oponerse a la actividad de las autoridades fiscales, al actuar estas en función de facultades expresas concedidas por los diversos ordenamientos fiscales existentes. En razón de los sujetos la responsabilidad se clasifica en directa indirecta o solidaria. La responsabilidad directa es la que la Ley establece a cargo del sujeto pasivo de la relación tributaria contribuyente en tanto que la responsabilidad indirecta es la que recae en personas distintas al sujeto pasivo. La responsabilidad indirecta o solidaria a su vez es clasificada atendiendo a las circunstancias por las cuales se origina en: responsabilidad por sustitución, responsabilidad objetiva, responsabilidad por solidaridad o adeudo ajeno y responsabilidad por infracciones fiscales, la responsabilidad por sustitución o responsabilidad sustituta se da respecto de aquellas personas que ejercen un control sobre el sujeto pasivo de la obligación fiscal y en razón de ello, la ley le impone la obligación de retener o recaudar la contribución, originándose la responsabilidad principal a su cargo para el caso de incumplimiento. Nuestro Código Fiscal de la Federación establece en su artículo 26 fracciones primera y segunda que abarca a funcionarios públicos como : recaudadores hacendarios, funcionarios de las oficinas de tránsito o funcionarios aduaneros, a los cuales las leyes fiscales correspondientes les imponen la obligación de recaudar las contribuciones así mismo se encuentran comprendidos los notarios, corredores,

jueces y en general todas aquellas personas con fe pública a las cuales las leyes fiscales les imponen la obligación de cerciorarse del pago de las contribuciones derivadas de operaciones en las cuales ellos en su carácter de fedatarios intervengan. Responsabilidad objetiva es definida por el tratadista Flores Zavala como aquella que deriva " de la tenencia de bienes que estén afectos a un crédito fiscal porque dieron lugar a su existencia o sirvieron para el desarrollo de la actividad que motivo la causación del impuesto " de esta manera el fisco puede hacer efectivo su crédito fiscal sobre tales bienes independientemente de la persona que los tenga en su poder, por lo que el dueño o poseedor de los mismos resulta ser el deudor del crédito fiscal y no perderá tal carácter en tanto retenga en su poder los bienes aludidos.

La responsabilidad solidaria o por adeudo ajeno, como la denomina el doctrinario mexicano Sergio Francisco de la Garza. Se presenta cuando hay pluralidad de obligados en torno al cumplimiento de una obligación fiscal y como consecuencia de ello, el fisco puede exigir a cualquiera de los obligados el cumplimiento parcial o total de la obligación, que comúnmente es el pago de la contribución.

Como se ha visto la responsabilidad de los sujetos pasivos de la relación tributaria entraña una serie de obligaciones a su cargo, las cuales, cuando no son cumplidas, dan origen a una diversa responsabilidad por incumplimiento, cuya concreción la constituyen las infracciones fiscales.

Así tenemos que cuando se enajene un bien se pagará el impuesto al valor agregado; cuando se obtenga un ingreso se deberá pagar el impuesto sobre la renta; cuando se importe un bien de deberá pagar el impuesto de la Ley General de Importación, etc.

En caso de incumplir con el pago de dichas contribuciones, el fisco a través de sus facultades de comprobación puede fincar responsabilidad al contribuyente incumplido, determinándole diferencias o contribuciones omitidas, así como recargos, sanciones, gastos de ejecución e indemnizaciones del 20%.

1.3.6. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.

" Las reglas sobre la materia que el Título XII del Libro II del Código Penal, agrupa bajo ese rótulo... La primera de tales figuras es la del artículo 229 consistente en el abandono injustificado por el Médico, sin dar aviso inmediato, a la autoridad correspondiente, del lesionado o enfermo para cuya atención hubiere dado responsiva, trátase de un delito propio de omisión cuyos extremos se comprenden, por sí mismos... Relativamente a las reglas de responsabilidad estas recaen ahora sobre los profesionistas, sin distinción y sobre sus auxiliares... por los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión... la sustancia de esas reglas es, en primer lugar, la adición de la pena de suspensión temporal o definitiva del ejercicio profesional a la comunidad para el delito consumado,

doloso ó culposo de que se trate y en segundo lugar, la obligación de reparar el daño que se hubiere ocasionado" (28)

⁽²⁸⁾ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo IV. Ed. Porrá. S:A: México, 1995.

CAPITULO SEGUNDO

ESTUDIO SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

2.1. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Partiendo del estudio realizado en el capítulo anterior, señalaremos que la responsabilidad civil médica nace generalmente del incumplimiento de una obligación, la cual está contenida en el contrato de prestación de servicios profesionales, vínculo que surge de la relación médico-paciente, lo que es primordial en el análisis de este capítulo, en el que señalaremos los elementos de este contrato, los aspectos que confluyen para señalar, cuando se está en presencia de la responsabilidad, las excluyentes de responsabilidad, y todos aquellos demás elementos que nos permitan lograr una visión más amplia del problema.

2.1.1 MÉDICO.- DEFINICIÓN LEGAL.

Por principio de cuentas me gustaría señalar algunos de los antecedentes de lo que es la medicina. En sus comienzos, el ejercicio de la medicina aparece entremezclado con manifestaciones religiosas, o más simplemente con prácticas de magia o hechicería, aun en nuestros días en muchos pueblos catalogados como primitivos la práctica del arte de curar continúa a los hechiceros o los sacerdotes de la tribu ⁽²⁹⁾

⁽²⁹⁾ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, tomo XIX, editorial bibliográfica omcba, argentina 1976.

" La profesión médica aparece desde los primeros tiempos de la humanidad, si hemos de entender por aquella toda aplicación de remedios de un modo mas o menos empírico y en manos de un sujeto o colectividad determinados, así, la civilización India nos presenta ya una clase médica de la que podían formar parte todas las castas de los Sudras, los médicos indios no estaban sujetos a tributo alguno y no podían recibir más estímulo que el que buenamente ofrecían los enfermos. También se ha atendido en la India y Ceylán a la creación de médicos militares así como de veterinarios para los elefantes y caballos de guerra.

En Egipto aparece ya la medicina con iguales prerrogativas que la casta sacerdotal, habiendo una enseñanza regular en los templos, siendo estos donde principalmente se celebraban las consultas, existían grandes médicos especialistas de los ojos, de la cabeza, de los dientes, del abdomen, etc.

En los primeros tiempos de la medicina griega asumió ésta un carácter sacerdotal, más adelante se formaron corporaciones médicas y laicas, entre las que destacaban Rodas, Crotona, Cinone, Cos y Cuido; y se obligaban a los alumnos a un juramento en regla, al acabar su instrucción dicho juramento referíase a la manera de ejercer la medicina abarcando varios preceptos de moral médica como la de no practicar jamás el aborto y la castración, de no abusar de la debilidad de las mujeres y respetar el secreto profesional.

En Roma la profesión médica fue enteramente empírica, se coleccionaban los escasos conocimientos médicos en recetarios domésticos. la ley aquilia fija la

responsabilidad penal médica y su auge, surge con la influencia de los médicos griegos siendo uno de los más grandes facultativos, Galeno el cual menciona la diferencia profesional entre médico y cirujano, además de algunas especialidades como la oftalmología. - ⁽³⁰⁾

“ Pero en los países civilizados donde la medicina ha sido encasillada y solo pueden ejercerla los que se han capacitado de manera especial a ese efecto. En cada uno de esos países, el ejercicio de la medicina está sujeto a las disposiciones de las leyes y reglamentos dictados a el efecto.

Así se habla de la medicina tradicional, en la que la cura es con base en elementos naturales y la científica, la primera Homeópata, y la segunda Alópata.

Al adoptar este criterio que, en cierta medida, puede considerarse como limitativo y de restricción, se ha considerado que si bien la relación entre médico y enfermo puede mantenerse dentro del ámbito privado (cuando el prestador es un particular u hospital privado) no debe olvidarse que sus consecuencias también pueden trascender a la esfera pública (cuando el prestador es un hospital público, sea órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud o bien un Órgano descentralizado, sectorizado a dicha dependencia) y que afectan individual o colectivamente, el estado sanitario general de la república.

En nuestro país es tal la importancia del derecho a la protección de la salud, que se ha elevado y reconocido como garantía individual en el Artículo 4° Constitucional. El bienestar de una nación exige que se salvaguarde la salud de sus habitantes, acordándole el máximo de garantías de protección, las mismas

⁽³⁰⁾ Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana. Edit. Espasa/Calpsa. Madrid, Barcelona Tomo 34. .

surgen por lo general, de medidas emanadas de los poderes legislativo o ejecutivo en forma de leyes o decretos, que revistan tanto un carácter positivo como negativo de hacer o no hacer. " (31) "

En nuestra legislación no se encuentra señalado un concepto como tal de lo que es un médico.

2.1.2. REQUISITOS PARA SER MÉDICO EN LA LEY GENERAL DE PROFESIONES.

El artículo 2 transitorio de la Ley reglamentaria del artículo 5 Constitucional relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha dos de enero de 1979 señala: "las profesiones que en sus diversas ramas necesitan título para su ejercicio", son las siguientes:

- cirujano dentista
- enfermera
- enfermera y partera
- médico
- médico veterinario
- químico
- etc.

³¹⁾ Cfr. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Ob. Cit. (29)

A su vez, el artículo primero de la Ley en cita menciona que título profesional es el documento expedido por instituciones del Estado o descentralizadas y por instituciones particulares que tengan reconocimiento de validez oficial 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 .

Por último cabe señalar lo que establece el artículo 24 de la Ley en cita, el cual indica que "se entiende por ejercicio profesional para los efectos de esta ley, la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto, o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aunque solo se trate de simple consulta o la ostentación del carácter de profesionista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro modo, no se reputará ejercicio profesional cualquier acto realizado en los casos graves con propósito de auxilio inmediato".

De lo anterior se desprende una sanción para el supuesto en el que el profesional médico no tenga título profesional, señalado en el artículo 62 del multicitado ordenamiento "el hecho de que alguna persona se atribuya el carácter de profesionista sin tener título legal o ejerza los actos propios de la profesión, se castigará con la sanción que establece el artículo 250 del Código Penal vigente", en el cual se establece una doble pena, una privativa de la libertad la cual va de un mes a cinco años y una pecuniaria consistente en multa de diez a diez mil pesos.

2.1.3. ANÁLISIS DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES REALIZADOS POR UN PROFESIONAL MEDICO.

Este tipo de contrato toma como base lo dispuesto en el Capítulo Segundo, del Título Décimo, de la Segunda Parte del Libro Cuarto denominado DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES y que va del artículo 2606 al 2615 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

En el texto legal la definición de este contrato, se señala en la primera parte del primer párrafo del artículo 2606.- El que presta y el que recibe los servicios profesionales.

La doctrina ha señalado dos tipos de fuentes de responsabilidad para el caso del médico, una contractual y una extracontractual, así pues:

La fuente contractual es cuando esta tenga su "punto de referencia normalmente en el contrato, bien que se haya convenido el servicio directamente con el profesional médico o con la organización hospitalaria, o establecimiento sanitario análogo y del que el paciente haya de recibir la prestación debida" ⁽³²⁾

En el caso de la fuente extracontractual "la atención se presta en ausencia de todo contrato..." así la responsabilidad sería extracontractual en los casos siguientes:

a) Cuando los servicios del médico sean requeridos por otra persona distinta del paciente. En relación a éste la responsabilidad no nace de un contrato.

⁽³²⁾ PASCUAL Estevill, Luis., La Responsabilidad Extracontractual, Aquiliana O Delictual, tomo II, volumen 2º, parte especial continuación, Ed. BOSCH; S.A., Barcelona-España, 1992,p 406

b) Cuando son prestados espontáneamente sin consentimiento del paciente como ocurre en caso de accidente callejero y un médico auxilia a la víctima.

c) Cuando los servicios son prestados en contra de la voluntad del paciente, como en el supuesto del suicida que recibe auxilio médico.

d) Cuando el médico ha cometido un delito del derecho criminal en relación a una persona sea o no paciente, por ejemplo: Si cometiera un homicidio prescribiéndole una supuesta medicación que determine la muerte del enfermo.”

(33)

Pero en ambos supuestos se deberá señalar que las obligaciones surgidas y que son asumidas por el médico, no son obligaciones de resultados o determinadas de curar al enfermo, sino solamente una obligación de medios, es decir, que se compromete atender al paciente con la debida prudencia y diligencia

Respecto a este tipo de obligaciones el maestro Luis Pascual Estevill señala:

“1. La obligación determinada o de resultado... Demogue se limita a decir que en esta clase de obligaciones, se es deudor de un resultado y pone como ejemplos: la obligación del mandatario encargado de cumplir un acto, la del porteador, la que asume el empresario que se compromete a construir un edificio, la del comodatario o la del depositario, que han de devolver la cosa prestada... lo que caracteriza a la obligación de resultado, consiste que, cuando no se ha

⁽³³⁾ BUSTAMANTE Alsina.Jorge., Teoría General De La Responsabilidad Civil,6 Ed editorial abeledo-perrot, Buenos Aires, 1978, p 454

logrado el resultado que se quería con las partes, es que se presume responsable al deudor...

2. La obligación de prudencia y diligencia... estas son las obligaciones de medios llamadas también de pura diligencia... al referirnos a este tipo de obligaciones hacemos referencia de la circunstancia de que la naturaleza de la prestación objeto de la obligación no consista en dar una cosa determinada, indeterminada o genérica y en el producto resultante de una actividad comprometida... en tal clase de obligaciones, el deudor promete solamente poner la necesaria diligencia para conseguir el resultado deseado por el acreedor. Efectivamente, son obligaciones en que la diligencia del sujeto pasivo de la relación es el objeto pasivo de la obligación" ⁽³⁴⁾

Con lo cual se establece, que el médico no debe asegurar la conservación de la vida o la extirpación de la dolencia, ya que basta que actúe con la mayor diligencia en sus actos profesionales, poniendo en la ejecución de sus obligaciones, el cuidado y la atención exigible a su calidad profesional. Al respecto los Tribunales Mexicanos han asentado la siguiente Tesis.

"OPERACIONES QUIRÚRGICAS DESGRACIADAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ) .

El artículo 324 del Código Penal del Estado de San Luis Potosí, al referirse a las lesiones que se agravan, parte de un primer supuesto: que exista operación, o sea, que hayan realizado maniobras de médicos sobre el cuerpo de un sujeto en el que se hayan utilizado las manos y los instrumentos, la operación

⁽³⁴⁾ Vea, PASCUAL estevill, Luis, La Responsabilidad Extracontractual, Aquiliana O Delictual, Ob. Cit.(32) p. 410.

desgraciada no resulta porque se haya producido la muerte, pues una operación puede haber sido realizada con todo el cuidado exigido por la técnica médica y, sin embargo pueda dar lugar a la muerte por ser imposible que se salve el sujeto. Luego, en el artículo 324 del Código Penal citado, el legislador no se refiere a la existencia de una operación quirúrgica que ocasione la muerte sino a operaciones quirúrgicas desgraciadas, en las que, por no realizarse correctamente una operación se haya producido el efecto letal, pues por "desgraciada" habrá de entenderse aquella intervención quirúrgica impenita, y irreflexiva, descuidada; es decir, una operación precedida por un estado imprudencial o culposo del ejecutante de la misma. Por lo cual, es absurdo interpretar dicha frase en el sentido vulgar de que es desgraciada una operación por el solo hecho que fallezca la víctima a pesar de los sanos esfuerzos del cirujano y de lo indicado de su intervención dentro de la técnica quirúrgica, todo (sic) operación quirúrgica desgraciada apareja una imprudencia que puede consistir en hacer lo que no se debe hacer o en dejar de hacer lo que se debe hacer."

Amparo Directo 2649/71, Jonas Treviño Ortega, 10 de febrero de 1972, mayoría de 4 votos, ponente: Manuel Rivera Silva.

desidente: Abel Huitron y Aguado

instancia: primera sala.

fuelle: semanario judicial de la federación.

época: 7a.

volumen 38.

parte : segunda.

pagina: 47

De lo anterior se desprende la existencia de la obligación de medios, es decir, la mayor diligencia y cuidado es el punto primordial en la obligación para el sanitario.

Un supuesto que me parece preciso señalar, es en el caso de la actuación que realiza un cirujano plástico cuando su quehacer médico consiste en fines eminentemente estéticos y no tanto, de la curación de una dolencia o de evitar la muerte de un paciente, aquí si se esta en presencia de una obligación de resultado y por lo tanto le es exigible esta responsabilidad al sanitario constituyéndose el caso de excepción a la regla.

Por otro lado considero que la regulación de este contrato es insuficiente e ineficaz ya que si revisamos el contenido de este no se señala a través del articulado las obligaciones y derechos de los sujetos de la relación jurídica, el artículo 2615 del Código Civil vigente para el Distrito Federal señala someramente que " el que presta servicios profesionales solo es responsable... por negligencia, impericia o dolo..." ahora bien este citado artículo señala que solo se es responsable " hacia las personas a quienes se sirven " que sucede si por negligencia fallece el paciente ¿ se debe de entender que los familiares no pueden ejercitar sus acciones contra el galeno ? Desde mi perspectiva propongo que se debe de señalar la aplicación de los numerales 1913 y 1915 del multicitado ordenamiento, es decir que como el médico obro ilícitamente o contra las buenas costumbres, esta obligado a reparar el daño en los términos del

artículo 1915 y subsecuentes. Al respecto nuestros Tribunales han sentado la siguiente tesis, relacionada con el tema que nos ocupa:

"RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA, LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR LA INDEMNIZACIÓN CUANDO LA VÍCTIMA FALLECE.

La circunstancia de que el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1915 disponga que " en caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima ", no implica que el albacea de la sucesión o sus herederos legalmente declarados sean los únicos legitimados para reclamar la indemnización pues como la obligación proveniente de este daño específico nace por la muerte de la víctima, y el derecho indemnizatorio nunca ingresó al patrimonio de ésta basta acreditar el parentesco con el occiso para estar legitimado ya que la finalidad del precepto citado es tutelar a los familiares de la víctima permitiendo el resarcimiento con facilidad, rapidez y economía". Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Amparo Directo 4185/89. Secretario General de Protección y Vialidad del Distrito Federal. 29 de marzo de 1990.

unanimidad de votos. ponente: Refugio Raya Arredondo.

secretario: Daniel Patiño Pereznegrón.

instancia: tribunales colegiados de circuito

fuentes: semanario judicial de la federación

época: 8a

tomo: v segunda parte-1

pagina: 436

Con lo cual es de concluirse que el profesionista no sólo debe de responder hacia las personas a quienes sirve sino ante quienes legalmente se encuentren legitimados para ello, motivo por el cual planteo la necesidad de que se establezca una normatividad especial para la regulación de estas obligaciones, lo cual podría ser a través de la regulación del contrato médico, ya que como lo he señalado, este contrato es muy peculiar y sui géneris, dando lugar a problemas peculiares, como es el caso de Responsabilidad Objetiva, supuesto que no se regula. Existe un criterio jurisprudencial que me parece preciso señalar:

"DAÑO MORAL SU REPARACIÓN EN CASO DE ROBO DE UN RECIÉN NACIDO DE UN CENTRO DE HOSPITALIZACIÓN DONDE SE ENCONTRABA.

El robo de un infante cometido en un centro hospitalario por una persona ajena a este no se puede catalogar, de acuerdo a la doctrina civilista como caso fortuito o de fuerza mayor puesto que no entraña un acontecimiento imprevisible e insuperable o bien que siendo previsible se haya podido evitar. Trátese de un suceso perfectamente previsible dada la naturaleza de las actividades de la empresa y por ello mismo, susceptible de evitar su realización. la conducta delictiva del robo de un menor, concebida como tal, es decir, en forma aislada no responsabiliza a la empresa, en lo penal, pero de allí no se sigue que civilmente sea irresponsable pues es diferente al concepto de ilicitud en el ámbito del derecho penal que en el civil; por tanto, la conducta omisiva como ilícita, si en el sanatorio bajo cuyo cuidado estaba el bebé robado, pudo y debió prevenir acontecimientos como el referido, ya que la responsabilidad civil a su cargo derivada del contrato innominado relativo a la atención a la madre del bebé para que alumbrara allí, no se limita a la atención médica

o clínica sino también al cuidado y vigilancia personal de los niños recién nacidos mientras permanezcan internados. La razón de ello estriba en que las pacientes no están en condiciones físicas de cuidar a sus respectivos hijos, quedando de esa manera colmados los requisitos que exige el segundo párrafo del artículo 1916 bis del Código Civil referente a la ilicitud de la conducta de la demandada y a la comprobación del daño moral que directamente hubiere causado la conducta ilícita, pues en este caso, el daño moral objetivado se traduce en el robo del infante del que deriva el sufrimiento también de índole moral, el que, por lo demás, no es necesario ni factible demostrarse mediante ningún medio de convicción, si se considera que cualquier persona sufriría incommensurablemente si llegase a padecer el robo de su hijo recién nacido, y tal daño deriva directamente de la negligencia de la institución, quedando así establecido el nexo causal que hay entre la conducta omisiva y el resultado o efecto que consiste en el robo del bebé, pues si la demandada no hubiese incurrido en las omisiones de que se trata no hubiera acontecido dicho robo." Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo Directo 609/91, Sociedad de Beneficencia Española, Institución de Asistencia Privada, 28 de febrero de 1991.

Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. secretario:

Jesús Castrabais Ortega.

instancia: tribunales colegiados de circuito

fuentes: semanario judicial de la federación

época: 8a

tomo: VII abril

página: 169

En esta tesis se habla de un contrato innominado relativo a la atención a la madre del bebé para que alumbrara ahí, considero aquí desde el punto de vista legal, es un contrato de prestación de servicios profesionales entre la madre y la institución hospitalaria.

Este es un ejemplo más de la ineficacia e ineficiencia ya que, no regula a la Responsabilidad Objetiva del Médico de los numerales establecidos en el contrato de prestación de servicios profesionales ya que de una manera general se refiere a una persona física y no a una persona moral con la cual violenta lo señalado por el artículo 1798 del Código Civil que señala que: "son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley" sin distinción de si, son personas físicas o morales. así si habláramos de un contrato médico se podrían señalar todas las obligaciones en cuanto al médico y a las instituciones hospitalarias públicas, privadas y sociales, las cuales se encuentran establecidas en la Ley General de Salud y en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica.

Siguiendo con el análisis de este contrato finalmente señalo que es un contrato bilateral ya que las partes se obligan recíprocamente; es oneroso, ya que se pactan derechos y gravámenes recíprocos; la Ley señala que son consensuales, es decir que se constituyen y perfeccionan por el mismo consentimiento, ya que no señala en su articulado que deba tener formalidad alguna, aplicando lo dispuesto por el artículo 1832.

En este punto me gustaría realizar una propuesta, la cual consiste en que la prestación del Servicio Médico se base en un contrato de adhesión entre las partes, el cual debe cumplir con una Norma Oficial Mexicana (NOM) en materia de calidad del Servicio Médico, que se creara al efecto la cual debe ser emitida por la Secretaria de Salud en donde además se puede señalar una cláusula arbitral opcional para las partes, en donde se nombre como árbitro a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) para dirimir los conflictos que de el servicio se preste, lo anterior con el objeto de darle la mayor importancia a dicho órgano.

2.1.3.1 CONTRATO DONDE EL PRESTADOR DEL SERVICIO MEDICO ES UN PARTICULAR.

Por principio de cuentas me gustaría señalar la legitimación de las partes para la celebración de este contrato, así el artículo 5 de la Ley General de Salud señala "el Sistema Nacional de Salud, esta constituido por las dependencias y entidades de la administración pública, tanto federal como local y las personas físicas o morales de los sectores privado y social, que presten servicios de salud, así como por los mecanismos de coordinación de acciones y tiene por objeto dar cumplimiento al derecho a la protección a la salud." a su vez el artículo 23 de la Ley en cita señala que: "para los efectos de esta ley, 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 en la colectividad".

Por su parte el artículo 34 en su tercer inciso señala: "para los efectos de esta ley, los servicios de salud, atendiendo a los prestadores de los mismos se clasifican en:

III. servicios sociales y privados, sea cual fuere la forma en que se contraten, y".

El artículo 38 dispone "son servicios de salud privados los que presten personas físicas o morales en las condiciones que convengan con los usuarios y sujetos a los ordenamientos legales, civiles y mercantiles...".

Estos son los preceptos que señalan la legitimación de las partes para la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales.

En este tipo de contrato no se exige forma alguna, como lo señalé con antelación, afirmando que son consensuales. en mi parecer este es uno de los contratos a los que debería exigirse una forma determinada con el propósito de garantizar el alcance de las obligaciones y derechos que ambas partes tengan.

Cuando se realiza una negociación contractual entre dos personas físicas, normalmente por parte del sanitario solo se entrega una receta médica, la cual contiene solo los medicamentos que son recomendados para la sumministrazione al enfermo y de manera somera, el tratamiento a seguir, generalmente aparece el nombre del sanitario, especialidad y numero de cédula profesional pero no aparece el nombre del paciente por lo cual no existe la certeza jurídica en los sujetos de la relación contractual médico-paciente.

Ahora bien, ¿se podría decir que el tener un sinnúmero de recetas de un médico en particular, da la certeza de que se estaban requiriendo sus servicios profesionales? en mi parecer no, porque esa receta puede pertenecer a cualquier otro paciente.

Existe un supuesto que puede hacer presumible esa relación contractual, que es cuando el galeno ordena la práctica de algunos análisis; aquí si se puede apreciar el nombre del medico que ordeno los análisis.

Por lo que me parece como lo he señalado con antelación que desde aquí se deberían de proteger los intereses de ambos contratantes señalando los nombres, los honorarios del médico, una breve exposición del problema, el tratamiento recomendable (con el propósito de garantizar la obligación de medios que señale con anterioridad), la firma de ambos, además de lo dispuesto por el artículo 51 de la Ley General de Salud el cual señala: **"QUE LOS USUARIOS TENDRÁN DERECHO A OBTENER PRESTACIONES DE SALUD OPORTUNAS Y DE CALIDAD IDÓNEA, Y A RECIBIR ATENCIÓN PROFESIONAL ÉTICAMENTE RESPONSABLE, ASÍ COMO TRATO RESPETUOSO Y DIGNO DE LOS PROFESIONALES, TÉCNICOS Y AUXILIARES..."**

2.1.3.2 CONTRATO DONDE EL PRESTADOR DEL SERVICIO ES UNA INSTITUCIÓN PÚBLICA.

En este tipo de contrato hablando de legitimación se aplica lo citado en el apartado anterior, añadiendo los siguientes numerales.

Artículo 34.- "Para los efectos de esta ley, los servicios de salud, atendiendo a los prestadores de los mismos se clasifican en:

I. Servicios Públicos a la población en general.

II. Servicios a derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social a los que en sus propios recursos o por encargo del poder ejecutivo federal, presten las mismas instituciones, a otros grupos de usuarios..."

Artículo 35.- "Son Servicios públicos a la población en general los que se presten en establecimientos públicos de salud, a los habitantes del país que así lo requieran, regidos por criterio de universalidad y de gratuidad fundada en las condiciones socioeconómicas del usuario."

Artículo 37.- "Son Servicios a derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social los prestados por estas a las personas que cotizan o a las que hubieren cotizado en los mismos, conforme a sus leyes y a sus beneficiarios, los que con sus propios recursos o por encargo del ejecutivo federal presten tales instituciones a otros grupos de usuarios..."

Artículo 39.- "Son Servicios de salud de carácter social los que presten directamente o mediante la contratación de seguros individuales o colectivos, los

grupos de organizaciones sociales a sus miembros y a los beneficiarios de los mismos.

Artículo 40.- "las modalidades de acceso a los servicio de salud se registrarán por lo que convengan prestadores y usuarios, sin perjuicio de los requisitos y obligaciones que establezcan esta ley y demás disposiciones aplicables.

En obviaidad de lo señalado en el apartado anterior, preciso la necesidad en la certeza jurídica que da un contrato, el cual puede ser a través de un contrato de adhesión en donde sea aplicada una Norma Oficial Mexicana (NOM) en materia de Prestación de Servicios Médicos, como un punto especial y sin excusa de abordarlo más tarde, en caso de que se acuerde la celebración de este contrato, se abre la posibilidad para que se pacte una cláusula arbitral en la cual se designe como arbitro a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, con lo cual se puede lograr:

1. Que este legitimada para actuar.
2. Que sus convenios o laudos tengan un carácter declarativo
3. Que con base a lo anterior se logre una justa y equitativa impartición de justicia.
4. Que se dé una diligente impartición de justicia evitando a toda costa una lenta solución a los problemas.

2.1.4. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.

Es preciso señalar que para el nacimiento de la responsabilidad médica, en principio, es necesario que exista un acto médico o servicio médico, que se produzca un daño y que exista la relación de causalidad entre la prestación del servicio médico y el médico prestador del mismo, para un mejor entendimiento señalare por separado los elementos:

1) Acto o Servicio Médico.- El cual puede revestir el carácter de lícito o ilícito.- entendiendo por esta la acción u omisión que realiza un profesional médico, con o sin autorización y en uso de su profesión. Acto ilícito es entendiéndose a contrario sensu lo establecido por el artículo 32 de la Ley General de Salud "se entiende por atención médica, el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo con el fin de proteger, promover y restaurar su salud."

Artículo 33.- "Las actividades de Atención Médica son:

I. Preventivas, que incluyen las de promoción general y las de protección específica.

II. Curativas, que tienen como fin efectuar un pronóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno, y.

III. De Rehabilitación, que incluyen acciones tendientes a corregir las invalideces físicas o mentales".

Si el médico contraviene las disposiciones anteriores esta cometiendo un acto o en su caso un hecho ilícito.

2) La existencia de un daño.- El cual basándonos en lo reglamentado en el artículo 2108 y 2109 del Código Civil vigente para el Distrito Federal., es decir la perdida o daño producida en el patrimonio o en la persona del paciente realizado por un acto médico.

Para que proceda la reparación del daño se requiere la prueba de que el demandado ha obrado ilícitamente, sin derecho u culpa, de donde nace el concepto de daño reparable que comprende no únicamente la restitución del menoscabo patrimonial personal causado, sino también de la privación de cualquier ganancia lícita.

Generalmente cuando se sufre un daño por parte del paciente éste le causa una deficiencia o incapacidad en alguno de sus miembros la cual puede ser permanente o temporal aplicándose para este caso lo señalado en el artículo 1915 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

3) Nexos de causalidad, entre el acto médico ilícito y el daño causado.- Este constituye el tercer elemento de la responsabilidad civil médica, el profesor Jorge Bustamante Alsina lo define como "la relación de causalidad entre el daño y la culpa de modo que no puede imputarse al médico las consecuencias perjudiciales, que sufre un paciente, sino se determina la existencia del respectivo nexo causal.

Por aplicación de las reglas generales de causalidad, una causa mediata sería suficiente, si la culpa del médico permitiese prever la consecuencia perjudicial de la cual aquella fuese condición necesaria, por ejemplo, si por falta

de vigilancia, un enfermo bajo tratamiento con motivo de perturbaciones psíquicas se fuga y sufre un accidente. la responsabilidad del médico que le atendía queda comprometida... en muchos casos se puede establecer con certidumbre la relación causal por actos positivos del médico que perjudique la salud del paciente, provocan daños corporales o determinan su muerte. pero también puede establecerse la relación de causalidad de las omisiones médicas que impiden su curación. Así la no aplicación del tratamiento adecuado, debido a un error de diagnóstico priva al paciente de una manera cierta de una posibilidad de curación...⁽³⁵⁾

2.1.5. ASPECTOS QUE CONFLUYEN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.

Dentro de las circunstancias existentes para que se pueda hablar de responsabilidad civil médica se señalan las siguientes conductas, las cuales son analizadas por el maestro Jorge Fernández Ruiz:

1) Dolo "la doctrina es unánime al considerar al dolo en dos contextos o versiones diferentes; el primero- que podríamos llamar dolo contractual- como vicio del consentimiento en la formación de los contratos; según el artículo 1815 del Código Civil para el Distrito Federal: "se entiende por dolo en los contratos

⁽³⁵⁾ Vea, BUSTAMANTE Alsina, Jorge. TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Ob. Cit. (33) p 456

cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en el a alguno de los contratantes”.

En la otra versión que es la concerniente al tema que nos ocupa, el dolo viene a ser expresión extrema de culpa en el incumplimiento de las obligaciones. lo que lo encuadra dentro de la responsabilidad civil, a diferencia del dolo contractual o engañoso, el dolo en el incumplimiento no es definido por el código civil aunque esta implícito en su ya citado artículo 1910... el dolo se caracteriza por su intencionalidad y por su ilicitud, y en cuanto a la primera requiere de dos elementos, uno intelectual y otro evolutivo. En lo que concierne al intelectual, el autor del dolo tiene conocimiento de la obligación a su cargo, del acto u omisión que lleva a cabo en contravención a su obligación, así como de las consecuencias que acarrea. mediante el elemento evolutivo el autor ha resuelto voluntariamente el incumplimiento de su obligación, obra, pues, dolosamente, quien a sabiendas de tener una obligación a su cargo la incumple deliberada y voluntariamente. además como dice Puig Peña: “deben de entenderse intencionalmente queridos los resultados que, sin ser intencionalmente perseguidos por el deudor aparezcan como consecuencia necesaria de la acción, si el deudor se ha propuesto como resultado de su voluntad el incumplimiento de la obligación, no cabe duda de que éste ha de entenderse querido dolosamente.”⁽³⁶⁾

⁽³⁶⁾ Vea. FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge., La Responsabilidad Profesional Del Médico Y Los Derechos Humanos, revista de la comisión nacional de derechos humanos. México . pp 23, 24.

Así pues podría señalar que un elemento del dolo lo constituye la omisividad del sanitario, con lo cual se habla de un "dolo pasivo u omisivo que se caracteriza por la omisión del deber de comunicar a alguien ciertas y determinadas circunstancias, esto es, no decir a quien corresponda todo lo que deba decirse, o negar aquellas circunstancias teniendo el deber de responder afirmativamente, consiste, pues, en la reticencia, al no desengañar a la contraparte del error reconocible en que incurre, por no proporcionarle las debidas aclaraciones si se está en el deber de hacerlo"⁽³⁷⁾

2) La Culpa.- aquí se da la previsibilidad del daño causado. Porque se puede entender por culpa, el incumplimiento de una obligación sin dolo y mala fe, por alguna causa previsible y evitable, o también, la acción u omisión que por imprudencia, ignorancia, impericia o negligencia, causan daño a otro.

Para Guillermo Canabellas:

"...culpa equivale a falta de diligencia, por cuanto toda persona se encuentra obligada a obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas. la culpa puede ser in faciendo o in omitiendo, esto es, por acción u omisión, los romanos distinguieron tres casos de culpa: a) lata, cuando no se emplea la diligencia que a todos los hombres, aun los menos cuidadosos suelen poner en sus cosas o en los negocios; b) leve, cuando no se pone la atención o el cuidado que ordinariamente se acostumbra o que, en general, pondría un buen padre de

⁽³⁷⁾ MUÑOZ, Luis, Teoría General Del Contrato, Cardenas, editor y distribuidor, 1 edición, México 1973, p. 16.

familia; c) levisima, cuando no se pone la diligencia que pondría una vigilante y cuidadosa”⁽³⁸⁾

3) La Imprudencia.- “la constituye la ausencia de sinderesis, cordura y consideración en las acciones o el descuido en la atención requerida para la realización de las acciones y en la previsión de sus consecuencias. la falta de prudencia puede ocasionar daño en las personas y en las cosas, que exijan reparación e indemnización por la responsabilidad civil que impican, siempre y cuando: a) se produzca un daño o perjuicio; b) sin dolo o mala fe; c) sin la cordura y la moderación adecuadas; d) que no constituye un delito; ... incurre en imprudencia, por ejemplo, el médico que realiza una transfusión sin determinar previamente los tipos de sangre del donante y del receptor.”⁽³⁹⁾

4) La Negligencia.- “consistente en la falta de la debida diligencia o del cuidado indispensable en la ejecución de un acto determinado. Un acto frecuente de negligencia en el ejercicio de la cirugía consiste en el olvido de retirar instrumentos o gasas del campo de operación.”⁽⁴⁰⁾

5) La Ignorancia.- “se basa en el desconocimiento de algún hecho, cosa, técnica u oficios en particular, ella se refiere el derecho positivo en el caso del obrar culposo por ignorancia justificada, como es la del profesionista respecto de las materias propias de su profesión o especialidad... la mencionada ignorancia especifica, no solo provoca la configuración de un delito sino también da lugar a

⁽³⁸⁾ CABANELLAS, Guillermo. “Culpas” DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, 6a Ed., T.I Bibliográfica Omeba. Buenos Aires.1968,

⁽³⁹⁾ Vea, FERNÁNDEZ, Ruiz Jurge, EL ASPECTO CIVIL DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL, Ob. Cit (36) p.25

⁽⁴⁰⁾ Ibidem.

la responsabilidad civil de los profesionistas en general, cuando su actuación pone de manifiesto el desconocimiento de los principios fundamentales de la profesión o especialidad a que se dedica, la ignorancia se diferencia del error de cálculo en que puede incurrir el profesionista, no por desconocimiento de los principios fundamentales de su especialidad, sino por una mala o equivocada interpretación o aplicación de los mismos."⁽⁴¹⁾

6) La Impericia.- " Representa un obrar culposo diferente al ocasionado por la ignorancia, es decir, por la falta de sabiduría o de conocimientos especiales en una materia, también puede ser producto de la carencia de aptitud, habilidad, experiencia o práctica de un arte o ciencia.

Para Arturo Ricardo Yungano:

"la impericia es la falta -total o parcial- de pericia, entendiendo por esta, la sabiduría, conocimientos, técnicas, experiencias y habilidades en el ejercicio de la medicina. Así, la realización de una intervención quirúrgica sin conocer adecuadamente las reglas técnicas; no saber asistir en caso de urgencia; no indicar la terapéutica pertinente en un postoperatorio que cursa con estado febril, etc."⁽⁴²⁾

7) La Experimentación Médica Hecha Sobre El Cuerpo Humano.- "el respecto de la integridad del cuerpo humano es para el médico una regla de orden público, que no debe ceder sino ante la necesidad de salvaguardar la salud del paciente. Por ello el médico no tiene el derecho de intentar sobre el

⁽⁴¹⁾ Ibidem

cuerpo de un individuo experiencias peligrosas cuando la salud del mismo no halle un beneficio que, al menos, las justifique. El solo hecho de querer hacer sobre el paciente una experiencia científica no es justificación suficiente.”⁽⁴³⁾

B) Iatrogenia: Alfredo Achaval dice: “que la patología iatrogénica es una lesión o enfermedad que, por su ejercicio profesional correcto y sin culpa produce el médico.

Para Carlos Jiménez Díaz es el estudio de los efectos nocivos o patógenos que se originan en el quehacer medico, tanto diagnóstico como terapéutico, debido en ultima instancia a una necesidad o a una información deficiente.”⁽⁴⁴⁾

2.1.6. EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA.

Entre las circunstancias que concurren en la responsabilidad civil médica, pero que no son atribuibles al médico, se encuentran: el caso fortuito, la fuerza mayor y la culpa o negligencia inexcusable de la víctima; circunstancias que a continuación me permito describir.

“CASO FORTUITO; es el que no puede preverse o, previsto no puede evitarse. Para el profesor español José Castán Tobeñas: “se llama caso fortuito el accidente no imputable al deudor que impide el exacto cumplimiento de la obligación”.

⁽⁴²⁾ YUNGANO Ricardo, Arturo, Responsabilidad Profesional De Los Médicos. 2a Ed. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1986 pp. 153 y 154

⁽⁴³⁾ Vea., BUSTAMANTE Alsina Jorge. Ob. Cita (33) P 413

De lo anterior se deduce que el caso fortuito se puede dar en dos supuestos distintos: en el suceso ajeno a la voluntad del obligado, fuera de lo normal, por lo tanto, insólito, es decir, imprevisto; y el suceso previsible y de hecho, previsto, en uno y otro supuesto se requiere, para configurar el caso fortuito, que el suceso sea inevitable y, además determinante del efecto dañoso, y que con motivo del mismo quede el deudor imposibilitado de cumplir su obligación, porque si la obligación puede cumplirse pese al caso fortuito, no se hará la exoneración."⁽⁴⁵⁾

"FUERZA MAYOR; equivalente a ausencia de culpa, fue considerada desde la época de Ulpiano como todo aquello que no pueda resistirse..."⁽⁴⁶⁾

CULPA INEXCUSABLE DE LA VÍCTIMA.- este principio se encuentra señalado en el artículo 1910 del Código Civil vigente del Distrito Federal en su última parte; así entendiéndose por esta que el daño se produjo por la acción u omisión de ciertas conductas prescritas por el sanitario, así por ejemplo: cuando se ordena reposo al paciente y este no lo lleva a cabo o, cuando se le prescriben ciertos medicamentos y no los tomó el paciente o, la no ingesta de determinados alimentos ordenada por el galeno y el paciente los consume, etc.

una excepción a lo señalado anteriormente lo constituyen las siguientes tesis jurisprudenciales.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. ACHAVAL, Alfredo., Responsabilidad Civil Del Medico, editorial, abeledo-perrot, Buenos Aires, 1982, p. 183 y 184.

⁽⁴⁵⁾ Vea., Ob. Cita. FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge., (36) p 27

⁽⁴⁶⁾ *Ibidem*.

"RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA, EXIMENTE DE CULPA POR NEGLIGENCIA INEXCUSABLE DE LA VÍCTIMA CUANDO ESTA ES UNA MENOR.

Tratándose de la responsabilidad civil objetiva, que es la obligación que nace de lo dispuesto por el artículo 1913 del Código Civil, es impropio que la autora del hecho trate de exonerarse del pago que se le reclame por ese concepto, argumentando que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima, pues siendo esta un menor (cuatro años), es conforme a la razón y a la naturaleza que la edad mencionada no presupone la capacidad intelectual suficiente para aquilatar en toda su magnitud la existencia de un hecho que pueda perjudicar a la persona y, por tanto, tampoco puede ser imputable al menor interesado que hubiera procedido con negligencia inexcusable que, al tener el numeral invocado, liberara a la demandada de responder del daño causado por medio del vehículo que conducía " **Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.**

Amparo Directo 5422/92. Rosa María Rodríguez Escudero. 15 de octubre de 1992. unanimidad de votos. ponente: José Becerra Santiago. secretario: Gustavo Sosa Ortiz.

"RESPONSABILIDAD OBJETIVA. VÍCTIMA MENOR DE POCA EDAD.

El hecho material de hacer uso de mecanismos, instrumentos, aparatos, o sustancias peligrosas por sí mismos, aunque se obre lícitamente, sin culpa alguna produce la obligación de responder del daño que se cause y solo se excluye tal obligación, si se demuestra que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima; pero siendo esta niño de muy poca edad, lo último resulta imposible, si por su edad carecía de discernimiento que permitiera suponer su culpa."

Sexta Época. Cuarta Parte:

vol. XI, pag 137 a r. 7648/59. Agustín Ladrón de Guevara Rodríguez.
unanimidad de cuatro votos.

séptima época, cuarta parte:

vol. 41, pag 15 a d. 263/71. Francisca Damian Rodríguez e Hilario
Nicanor Aquino unanimidad de cuatro votos.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

fuentes: semanario judicial de la federación.

época: 8a.

tomo: XI enero. pagina: 322.

De ambos criterios jurisprudenciales se desprende que la minoría de edad constituye, una excluyente de responsabilidad, en virtud de que el menor no tiene la capacidad de discernimiento.

Una última excluyente de responsabilidad la constituye la **CLÁUSULA DE NO RESPONSABILIDAD**, figura jurídica que señalo y analizo en el apartado siguiente.

2.1.6.1. ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA DE NO RESPONSABILIDAD.

Esta cláusula se basa principalmente en la libertad de contratar por parte de los sujetos de la relación jurídica contractual, en donde con base en esta libertad, se puede convenir que, para el caso que se produzcan daños a alguna de las partes, no deberán ser indemnizados por la parte que produjo el daño, excluyendo la obligación de reparar los daños y perjuicios.

A su vez, se puede convenir que si existen daños, éstos sean resarcidos en base a una indemnización fijada con anterioridad en el contrato, la cual recibe el nombre de pena convencional, y su estipulación se denomina como penal.

En este supuesto la autonomía de la voluntad de las partes, es norma suprema para las mismas, pero tiene ciertas excepciones como lo son: Que no se violen normas de orden público; las buenas costumbres o los derechos de tercero. A su vez: " la responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones , la renuncia de hacerla efectiva, es nula" (artículo 2106).

Para que estas estipulaciones, sean exonerantes de responsabilidad, además de no contravenir las normas anteriores, deberán haber sido formuladas en términos claros que denoten e impliquen la conformidad de la víctima, quien esta renunciando a ser indemnizada; La ausencia de su voluntad inequívoca impide que la declaración constituya verdaderamente cláusula de no responsabilidad por falta de consentimiento.

Al no cumplirse con todos estos supuestos se estará en presencia de una cláusula a la que la doctrina ha llamado prohibida, " El ordenamiento jurídico contiene normas imperativas de carácter prohibitivo para salvaguardar al orden público y a las buenas costumbres, pues las normas de orden público son irrenunciables, el dolo no puede ser dispensado, etc. "⁽⁴⁷⁾

Para concluir, esta cláusula siempre debe de ser producto de un acuerdo de voluntades; cuyo consentimiento deberá ser otorgado en forma expresa o

⁽⁴⁷⁾ MUÑOZ, Luis., Teoría General Del Contrato, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1 Ed. México 1973, p. 152.

tácitamente, en donde para el caso de que exista daño, se exonerará a la parte que los causo, en los términos pactados siempre y cuando éste no haya actuado dolosamente.

En materia de prestación de servicios de salud, las normas que las contienen son de orden público motivo por el cual, todas las cláusulas que de este tipo se pacten son nulas.

2.1.7. LOS DAÑOS Y PERJUICIOS EN RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y SU REPARACIÓN.

De las consecuencias que se producen por una negligencia médica, se encuentran tanto daños como perjuicios.

La definición legal de daño se encuentra contenida, en el numeral 2108 del Código Civil vigente para el Distrito Federal el cual a la letra dice: "Se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación".

El daño moral se encuentra definido en el primer párrafo del artículo 1916 de la ley que se cita: "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 si misma tienen los demás..."

Mientras que el perjuicio se regula en el artículo 2109 del multicitado ordenamiento: "se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera de haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación."

Doctrinalmente se señala, que el daño sufrido por una persona no solo se circunscribe al menoscabo sufrido en el patrimonio del perjudicado conocido como el "Daño Emergente" sino también se habla de un "Lucro Cesante" y el "Daño Moral".

1) Daño Emergente. - "Consiste en el menoscabo o reducción registrado en el patrimonio de quien lo sufre, ocasionado, bien por su destrucción, aniquilamiento, deterioro, o privación de su dominio, uso o goce, o bien por las erogaciones que con tal motivo se vea precisado a efectuar" ⁽⁴⁸⁾

Supuesto que se cumple cuando una persona que ha sufrido una negligencia médica, acude a consulta con otro sanitario y este, si le cura su mal o le devuelve su salud, Aquí todas las erogaciones que realice el paciente constituyen el "Daño Emergente"

2) Lucro Cesante. - "Consiste en la legítima ganancia que deja de percibirse como resultado de la acción ilícita

El profesor argentino Eduardo A. Zannoni. La explica como:

...La privación o frustración de un enriquecimiento patrimonial de la víctima; el perjuicio, aunque por hipótesis pudiese incluso, no haber provocado un daño en los bienes que pertenecen a la víctima, puede impedir que ella

⁴⁸ Vea. Ob. Cita. FERNÁNDEZ Ruiz. Jorge., (36) pp 28 y 29

obtenga ciertos lucros o ganancias que se traducirían en un enriquecimiento económico...⁽⁴⁹⁾

Por ejemplo cuando el paciente es una persona que sea un deportista profesional, actor o cantante y en donde la obtención de sus medios de subsistencia, los obtenga mediante presentaciones públicas o privadas; Así, si el médico, por conducto de su actuar le impide que tenga una presentación debido a que por medio de una operación quirúrgica, la cual tiene un tiempo de curación determinado, y que por alguna negligencia médica, este tiempo de curación sea mayor, impidiéndole al profesional realizar sus actividades habituales, se estará aquí en presencia del "Lucro Cesante" al no permitirle obtener una ganancia al paciente.

3) Daño Moral.- " El daño puede referirse a ciertos valores no tasados en dinero...como el ocasionado a la víctima en su salud, en su integridad corporal, en su libertad, en su aspecto físico o en su reputación.

Para Escobar Gil:

Los Daños Morales son daños no patrimoniales puros, afectan intereses que carecen de contenido económico inmediato, como los derechos de la personalidad (la vida, la integridad física, el honor, etc.,) de la familia, los intereses de afección y los elementos trascendentes de la vida de relación.⁽⁵⁰⁾

Cualquier negligencia médica que produzca la pérdida o disfunción de una parte del cuerpo humano, produce un daño moral para quien lo sufre, como la

⁽⁴⁹⁾ Ibidem

⁽⁵⁰⁾ Ibidem.

perdida de la vista, de un miembro inferior, la falta de movimiento de un brazo, etc.

La reparación del daño se da a través de las indemnizaciones. Figura jurídica que clasifiqué y analizo en el punto siguiente

2.1.8. LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y TIPOS.

La manera de "responder" en materia civil, es mediante la reparación del daño. Y esta se da a través de la figura jurídica de la responsabilidad civil cuyo contenido es la indemnización, indemnizar es dejar sin daño,

Hay dos maneras de hacerlo: la reparación en naturaleza y la reparación por un equivalente, la primera tiende a borrar los efectos, del acto dañoso, restableciendo las cosas a la situación que tenían antes de él, coloca de nuevo a la víctima en el pleno disfrute de los derechos o intereses que le fueron lesionados.

Al no ser posible la reparación del daño en naturaleza, se indemniza proporcionando a la víctima un equivalente de los derechos o intereses afectados: el dinero (se le pagan los daños y perjuicios, previa estimación legal de su valor). La reparación con un equivalente consiste en hacer que ingrese en el patrimonio de la víctima un valor igual a aquél de que ha sido privada; no se trata ya de borrar el perjuicio, sino de compensarlo.

Legalmente el artículo 1915 del Código Civil vigente para el Distrito Federal señala: "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..." Es decir se le deja al perjudicado la elección de cualquiera de ambas obligaciones, con lo cual se constituye en una obligación alternativa.

Una de las obligaciones que he mencionado es la indemnización compensatoria, consistiendo ésta, en la correspondencia del daño que se ha de reparar; así si esta consiste en el desmerecimiento o la pérdida definitiva de los bienes o derechos de la víctima, aquí la indemnización consiste en un substituto de aquéllos derechos que se han deteriorado o perdido, es decir se compensa la ausencia.

A su vez otra obligación es la llamada moratoria; aquí el daño es producto de un retardo en el cumplimiento de determinada prestación.

La manera de cuantificar ambos tipos de indemnizaciones consistirá, en la especie de daño que deba repararse, la Ley establece la obligación de que, tratándose de pérdidas o menoscabos patrimoniales estos deben de ser indemnizados en su integridad reparándose totalmente. Con base en lo dispuesto por el artículo 1915 (supra).

En materia de negligencias médicas los daños que se presentan son tanto en la integridad física como en la moral del perjudicado. La Ley ha señalado su cuantificación en los artículos 1915 segundo párrafo y 1916 cuarto párrafo.

Art. 1915.- "...cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o

parcial temporal, el grado de la reparación se determinara atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponde se tomara como base, el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté vigente en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima..."

Art. 1916.- "...el monto de la indemnización lo determinara el juez tomando 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..."

En cuanto al monto de las indemnizaciones como se ha señalado en los numerales transcritos. Se debe tomar como base la tabla de valuaciones de incapacidades permanentes contenidas en el artículo 514 de la L.F.T. y las disposiciones del Título Noveno de la Ley en cita, numerales que analizo y cito en el apartado siguiente.

2.1.8.1. INDEMNIZACIONES.

Como lo señale, las indemnizaciones que se aplican en materia de negligencias médicas se fundamentan en los artículos 1915 y 1916 del Código Civil vigente para el Distrito Federal (infra).

La Ley Federal del Trabajo nos da los conceptos de los tipos de incapacidades; así se entiende por:

Art. 478.- "incapacidad temporal es la pérdida de facultades o aptitudes que imposibilita parcial o totalmente a una persona para desempeñar su trabajo por algún tiempo".

Art. 479.-"incapacidad permanente parcial es la disminución de las facultades o aptitudes de una persona para trabajar".

Art.480.-" Incapacidad permanente total es la pérdida de facultades o aptitudes de una persona que la imposibilita para desempeñar cualquier trabajo por el resto de su vida".

El artículo 514 de la Ley Federal del Trabajo establece la **TABLA DE VALUACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE** la cual si tiene 409 supuestos que señala los traumatismos que se pueden producir.

Esta tabla contiene a su vez un porcentaje del salario, el cual va desde un 10% hasta del 100% del salario, de acuerdo al miembro afectado, este porcentaje es tomado como base en las indemnizaciones y es multiplicado por el número de días que la ley señale, en cada supuesto para las indemnizaciones.

Para el caso que se produzca una incapacidad permanente parcial, el porcentaje de salario que se de a este traumatismo, tomado de la tabla, se multiplicara por 1095 días de salario mínimo (de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 492 y 495 de la L.F.T.) el salario mínimo que se tomará como base consistirá en el cuádruplo. Para dar cumplimiento a los señalado por artículo

1915 del código civil. El resultado será la indemnización correspondiente, por ejemplo:

INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL

SUPUESTO 6.- PÉRDIDA TOTAL DE LA MANO 65 A 75%

SALARIO MÍNIMO = \$25.00 CUÁDRUPLO = \$100.00

SALARIO MÍNIMO DE 1095 DÍAS POR DISPOSICIÓN LEGAL.

1095 → EQUIVALENTE A LOS DÍAS DE SALARIO MÍNIMO

x 75 → CUÁDRUPLO DEL S.M. CON BASE EN EL PORCENTAJE
DE LA TABLA

5475
7065
82125 → INDEMNIZACIÓN.

Si se trata de incapacidad permanente total la indemnización consistirá en una cantidad equivalente al importe de 1095 días de salario mínimo (vea artículo 495 L.F.T.) el cual se produce de la manera siguiente:

INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL.

SALARIO MÍNIMO = \$25.00 CUÁDRUPLO = \$100.00

SALARIO MÍNIMO DE 1095 DÍAS POR DISPOSICIÓN LEGAL

1095 → EQUIVALENTE SALARIOS MÍNIMOS

x 100 → CUÁDRUPLO DEL SALARIO MÍNIMO

0000
0000
1095
109500 → INDEMNIZACIÓN.

El artículo 491 de la L.F.T. establece por una: "...incapacidad temporal, la indemnización consistirá en el pago íntegro del salario que deje de percibir mientras subsista la imposibilidad de trabajar. Este pago se hará desde el primer día de la incapacidad..."

INCAPACIDAD TEMPORAL

SALARIO MÍNIMO = \$25.00 CUÁDRUPLO = \$100.00

TIEMPO QUE DURE LA INCAPACIDAD. EJEMPLO 30 DÍAS

30 → INCAPACIDAD TEMPORAL

× 100 → CUÁDRUPLO DEL SALARIO MÍNIMO

00
00
30

3000 → INDEMNIZACIÓN.

En el supuesto de muerte aquí se aplica lo dispuesto por los artículos 501 y 502 de la L.F.T. consistentes en dos meses por conceptos de gastos funerarios y de la cantidad de 730 días del salario: el cual viene a ser :

MUERTE

730 → DÍAS S.M. POR DISPOSICIÓN LEGAL

× 100 → CUÁDRUPLO

73,000 → INDEMNIZACIÓN

60 → DOS MESES = 60 DÍAS

× 100 → CUÁDRUPLO

6000 → INDEMNIZACIÓN POR GASTOS FUNERARIOS.

TOTAL POR MUERTE \$ 79 000.

Cuando la indemnización recae a un daño moral el avalúo se efectuará conforme a lo señalado por el artículo 1916, cuarto párrafo del Código Civil vigente para el Distrito Federal: "el monto de la indemnización lo determinará el juez tomando 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..."

El profesor Manuel Bejarano Sánchez afirma: que "el monto de la indemnización de las lesiones espirituales por lo general podría llegar a alcanzar una tercera parte del valor de los daños económicos causados..."⁽⁵¹⁾

2.1.8.2. EL ARTÍCULO 1928 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, RESPONSABILIDAD POR HECHOS DE EMPLEADOS O REPRESENTANTES.

Este tipo de responsabilidad resulta ser de gran importancia en los casos de negligencia médica, ya que como se señaló anteriormente, los Servicios Médicos pueden ser prestados por Instituciones Públicas; Privadas y Sociales. El artículo 1918 del Código Civil vigente para el Distrito Federal dispone: "las persona morales son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones" este numeral resulta ser de gran ayuda, para el caso de el médico que actuó con negligencia y si su patrimonio no alcanza a cubrir el total de la indemnización correspondiente, aquí

⁽⁵¹⁾ Vea. BEJARANO Sánchez, Manuel. OBLIGACIONES CIVILES, 3a ed., colección textos jurídicos universitarios. México, 1981. p. 267.

el perjudicado puede intentar su acción en contra del médico y de la institución donde este prestaba sus servicios.

El artículo 1928 de la Ley en cita viene a cumplimentar el espíritu del legislador, señalando que: " el Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que le estén encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria, y solo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado ".

Además de los motivos para garantizar la indemnización correspondiente, en este caso como en el anterior " la responsabilidad civil proviene, del deber de elegir prudentemente a nuestros empleados, subalternos y representantes, deber que resulta incumplido cuando seleccionamos a una persona irresponsable, torpe o imprudente. La necesidad de indemnizar el daño ajeno causado, por nuestro empleado se finca en la culpa en que incurrimos, que los romanos califican como culpa in eligendo "⁽⁵²⁾

⁽⁵²⁾ Ibidem

2.2. IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.

El médico busca durante su actuar el salvaguardar los bienes jurídicos más importantes para el ser humano, como lo son: la vida y la salud, cuyos derechos incluso se encuentran elevados al grado de garantía individual.

A medida que esta ciencia va evolucionando, las técnicas de tratamiento y quirúrgicas van siendo más seguras; claro sin dejar de mencionar el " factor de reacción individual de cada enfermo, infinitamente variable, e imposible de ajustar a normas homogéneas de atención, es precisamente este factor el que convierte a cada tratamiento, aun el más rigurosamente exacto en un azar " ⁽⁵³⁾

Ahora bien independientemente de todos estos adelantos técnicos, existen acciones que vulneran la salud y la vida de los pacientes y que son producidos por causas dolosas, negligentes, iatrogénicas, etc. Realizadas por los médicos, las que producen alteraciones, disfunciones o incluso la muerte de los pacientes.

Es por esto que basándonos en el principio de que el que causa daños esta obligado a repararlos; este da alumbramiento a la figura jurídica de la responsabilidad civil, la cual tiene como propósito primordial, el señalar una indemnización, la cual en cierta forma viene a resarcir los daños causados por el médico.

⁽⁵³⁾ Vea. MOCTEZUMA Barragán, Gonzalo., RETOS Y PERSPECTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL, REVISTA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS p. 92

Este es el pensamiento primordial que nos lleva a aterrizar en la importancia de la responsabilidad civil médica, el conocer sus alcances, el conocer las obligaciones de los médicos y pacientes, etc.

2.2.1 DERECHO HUMANO A LA SALUD.

Es tan importante el derecho a la vida, como la forma en que se vive la vida, para poderse vivir plenamente se debe de estar en conjunción con otros factores como lo es la salud, para poder abordar este tema, me gustaría señalar primero algunas características de los derechos humanos. " los derechos humanos; son absolutos en cuanto son inherentes a la propia naturaleza humana, y así nadie puede ser privado de ellos. Pero, no debemos olvidar que también son relativos en cuanto pueden ser limitados, con la exclusiva finalidad de que se respeten los derechos de las otras personas y las "justas exigencias del orden" en un sistema y una sociedad democráticos "(54) En el año de 1948 la asamblea general de la organización de las naciones unidas proclamo **LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.**(55) ; la cual constituye un "ideal común por el que todos los pueblos y naciones, deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y

(54) GROS Espiell, Hector., ESTUDIOS SOBRE DERECHOS HUMANOS II, CIVITAS, MADRID, 1988, P. 321

(55) FUE PROMULGADA EL 10 DE DICIEMBRE DE 1948, EN PARÍS Y COMPLEMENTA A LA CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Y DA CUERPO A LA IDEA UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, BASE DEL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS.

libertades, y aseguren, por medios progresivos de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales, y afectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los territorios colocados bajo su jurisdicción".⁽⁵⁶⁾

Entre las convenciones y pactos que complementan a esta declaración se encuentra el **PACTO DE DERECHO ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES**, de fecha 16 de diciembre de 1966. Y que trata entre otras cosas sobre los derechos económico sociales que protegen al trabajador en sus relaciones laborales y en sus condiciones de vida. Este pacto plantea en su preámbulo el derecho a la salud física y mental.⁽⁵⁷⁾

El legislador mexicano lo señala de la siguiente forma. en el diario de debates del H. Congreso De La Unión de fecha 28 de diciembre de 1982, durante la alocución de la C. Diputada. Florentina Villalobos De Pineda. señaló: " la declaración universal de los derechos humanos, consta de 30 artículos; nada mas en su artículo 3° dice todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad, y a la seguridad de su persona.. después del derecho a la vida, esta el derecho a la libertad ¿ por que ? porque el derecho a la vida plena supone el derecho al trabajo, a la salud, a la vivienda, a la alimentación, al sano esparcimiento, a la educación, el derecho a la vida está antes que el derecho a la salud, porque

⁽⁵⁶⁾ MÉXICO, COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

⁽⁵⁷⁾ Cf. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS ONU-OEA, TOMO I, COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, MÉXICO, 1994, P. 30.

primero. es el ser y luego el modo del ser...la vida es un bien, el primero de los bienes. en el cual se dan todos los demás La salud debe adjetivar la vida, la vivienda y la alimentación son sustentación de una vida digna "

Por lo que se sobreentiende la importancia del derecho a la salud. así la organización mundial de la salud (OMS) define a esta como un estado anímico de bienestar físico, mental y social y no solo la ausencia de enfermedad. Concepto que nos da un panorama mas amplio de lo que es la salud. y el por que de su importancia..

Así el derecho humano a la salud. constituye uno de los bienes jurídicos mas importantes para el ser humano, la salud da continente tierno y sonrosado al niño, la salud imprime el gesto decidido al joven; la salud da prestancia y vigor al adulto; la salud permite tranquilidad al anciano.

2.2.2. ANÁLISIS DE LA GARANTÍA INDIVIDUAL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO IV CONSTITUCIONAL, DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.

Esta reforma se hizo durante el periodo presidencial del C. Miguel de la Madrid Hurtado, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos; en el año de 1982 envió la iniciativa de ley al H. Constituyente permanente. En las consideraciones de dichas reformas se manifiesta entre otras cosas que:

La salud se define como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente como la ausencia de enfermedad Disfrutar del nivel más

alto de salud posible debe constituir uno de los derechos fundamentales de todo mexicano sin distinción alguna.

Existen aún muchos compatriotas que no reciben los servicios de salud que requieren, por limitaciones presupuestales, acentuados por defectos de coordinación que implican dispersión y derroche de recursos, duplicidad de esfuerzos y concentración innecesaria en áreas privilegiadas con carencia o insuficiencia de servicios en otras que frecuentemente son las que más lo requieren.

El Estado será el promotor de este ejercicio que requerirá de la solidaridad social y de la voluntad colectiva para su cabal cumplimiento.

El concepto de justicia social contenido en nuestra constitución y las responsabilidades que el derecho a la protección a la salud obligan a una constante transformación de la estructura social; a una distribución equitativa de la riqueza, que proscriba toda ventaja o privilegio en favor de alguna clase social o en favor de intereses particulares.

La salud, como ninguna otra condición para el disfrute de una vida plena, no admite discriminaciones. No puede hablarse de una sociedad sana, cuando tiene injustamente sectores completos de la población, sin el disfrute real de este derecho.

El desarrollo de esta idea de justicia, la iniciativa propone que para igualar a los desiguales en oportunidades y seguridades se establezca este

impostergable derecho social "dar a todos los mexicanos la garantía de recibir atención médica acorde a sus necesidades y no acorde a sus recursos".

El derecho a la protección a la salud, implica que el estado y la sociedad amalgamados decidan luchar contra algo más importante que la simple enfermedad. Es el combate decidido a la patología de la pobreza que se da en los países que se encuentran en vías de desarrollo y que como el nuestro no han logrado coordinar eficazmente todas las instituciones que tienen como objetivo o como una de sus objetivos la protección de la salud de todos sus habitantes.

El derecho a la protección de la salud debe alcanzar por igual, desde el momento de la gestación, tanto a la futura madre como al hijo, sin importar sexo, tanto al joven como al anciano, del inicio al término de la vida, no sólo prolongándolo, sino haciéndola más grata dándole mayor calidad, haciéndola más digna de ser vivida.

Con base en las consideraciones anteriores el texto de la reforma al artículo 4o constitucional quedo en la forma siguiente:

"TODA PERSONA TIENE DERECHO A LA PROTECCIÓN⁽⁵⁶⁾ DE LA SALUD. LA LEY DEFINIRÁ LAS BASES Y LAS MODALIDADES PARA EL

⁽⁵⁶⁾ DURANTE LA EXPOSICIÓN REALIZADA POR EL DIPUTADO C. AMADOR IZUNDEGUI RULLAN, MIEMBRO DE LAS COMISIONES UNIDAS DE GOBERNACIÓN Y PUNTOS CONSTITUCIONALES Y DE SALUBRIDAD Y ASISTENCIA, EXPLICÓ PORQUE SE UTILIZÓ EL TÉRMINO DE "DERECHO DE PROTECCIÓN A LA SALUD", Y NO EL DE "DERECHO A LA SALUD". SEÑALANDO: "ASÍ, SE PUEDE PREGUNTAR SI EL DERECHO A LA SALUD SIGNIFICA QUE TODO MUNDO TIENE DERECHO A NO ESTAR ENFERMO ESTO ES MUY DIFÍCIL DE ACEPTAR YA QUE LA ENFERMEDAD, ES DECIR, EL ESTADO DE NO SALUD DEPENDE A MENUDO DE FACTORES FUERA DE CONTROL, COMO LA HERENCIA O EL GRADO DE DESARROLLO DE UN PAÍS, EL DERECHO A LA SALUD TAMBIÉN PODRÍA SIGNIFICAR QUE EL ESTADO, TIENE LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR LA SALUD DE SUS MIEMBROS, PERO SE ADVIERTE QUE NO PUEDE EXISTIR NINGÚN PROGRAMA, ADELANTO CIENTÍFICO O TÉCNICO

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⁽⁵⁹⁾ DE ESTA CONSTITUCIÓN "

" Así esta garantía no solo se refiere a ser atendido médicamente, en caso de enfermedad, debe de comprender la medicina preventiva, o sea, recibir ayuda para prevenir las enfermedades; la educación en materia médica de la población, pues para preservar la salud es preciso contar con la colaboración de cada habitante que debe saber que actos propios deterioran su salud y evitarlos, y un derecho cada día mas importante para la humanidad: gozar de un ambiente sano

⁽⁵⁹⁾ ARTÍCULO 73.- EL CONGRESO TIENE FACULTAD:
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;

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 O DEGENERAN LA ESPECIE HUMANA, ASÍ COMO LAS ADOPTADAS PARA PREVENIR Y COMBATIR LA CONTAMINACIÓN AMBIENTAL, SERÁN DESPUÉS CONSAGRADAS POR EL CONGRESO DE LA UNIÓN EN LOS CASOS QUE LE COMPETAN; ESTE TIPO DE FACULTADES SON LAS QUE TIENE EL CONGRESO EN MATERIAS EN LAS POR SU IMPORTANCIA DEBEN DE ESTAR CONSIGNADAS EN LEYES FEDERALES Y QUE SE ENCUENTRAN AGRUPADAS JUNTO A LAS SEÑALADAS EN LAS FRACCIONES: X, XVI, XVII, XIX, XX, XXI, XXII Y XXV.

POR ENMIENDA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE 6 DE JULIO DE 1971 SE ADICIONA LA BASE CUARTA DE LA FRACCIÓN XVI DE ESTA ARTICULO, PARA OTORGAR AL CONSEJO DE SALUBRIDAD GENERAL, ORGANO CREADO POR EL CONSTITUYENTE DE 1917, CON AMPLIAS FACULTADES DE CARACTER FEDERAL, PARA SALVAGUARDAR LA SALUD PUBLICA DE LOS HABITANTES DEL PAÍS - UNA NUEVA RESPONSABILIDAD: "PREVENIR Y COMBATIR LA CONTAMINACIÓN AMBIENTAL".

y preservar el medio de la contaminación, no solo para beneficio de los hombres que hoy viven, sino también de las generaciones futuras”⁽⁶⁰⁾

Esta reforma constitucional fue votada y aprobada por 325 votos en pro, 1 en contra y una abstención, dicha reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de Febrero de 1983.

⁽⁶⁰⁾ Ver, RABASA Gamboa, Emilio y Caballero Gloria., MEXICANO ESTA ES TU CONSTITUCIÓN, 9 Ed, México, Talleres Gráficos De La Cámara De Diputados, 1992, p. 24.

CAPITULO TERCERO

LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO COMO ARBITRO EN CONTROVERSIAS MÉDICAS

3.1 MECANISMOS PROTECTORES DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Desde 1917, nuestra Constitución ha agregado a las garantías individuales, garantías sociales en salud, educación, vivienda y trabajo. En el ámbito de las normas legales y sus procedimientos, los mexicanos nos preciamos de haber creado, desde 1847, con el juicio de amparo un avanzado instrumento jurídico que asegura la protección de la justicia federal, en contra de cualesquiera violación de garantías individuales.

Existen otros medios para la protección de los derechos humanos, dentro de esa clasificación entran todos aquellos procedimientos por medio de los cuales se busca, proteger, restituir o salvaguardar a los derechos humanos; en México esto se hace a través de tres mecanismos:

I. El Juicio de Amparo.

II. La Comisión Nacional de Derechos Humanos y las Comisiones Estatales de Derechos Humanos.

III. En materia médica y de protección a la salud a través de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

I. **El Juicio de Amparo:** es una institución de carácter político, que tiene por objeto proteger bajo las formas tutelares del procedimiento judicial, las

garantías que la constitución otorga, o mantener y conservar el equilibrio entre los diversos poderes que gobiernan la nación, en cuanto por causa de las invaciones de estos se vean ofendidos o agraviados los derechos de los individuos.

El amparo es una institución mexicana. Nació en el siglo pasado y ha ido evolucionando al compás de la dolorosa historia política de México, cuyos hombres lucharon tenazmente por alcanzar la libertad y la justicia.

Los principales antecedentes del amparo son:

1o. La constitución de Yucatán, de 31 de marzo de 1841, obra del político liberal **MANUEL CRECENCIO REJÓN**, a quien con justicia se le considera, en unión de **MARIANO OTERO**, el creador del Juicio de Amparo.

2a. El Acta de Reformas de 1847, debida a Mariano Otero, que estableció en su artículo 25 la facultad de los tribunales federales para amparar a cualquier habitante de la república "contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la federación, ya de los estados; limitándose, dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre el que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que la motivase". Los caracteres fundamentales del amparo quedaron precisados en esta disposición.

La asamblea que había de elaborar la carta de 1857 recogió estos antecedentes y en sus artículos 101 y 102 consagró, en definitiva el juicio de amparo, generoso medio que con base en la supremacía de la constitución defienden las libertades humanas.

A partir de esa fecha, el amparo ha evolucionado a ritmo de las necesidades históricas y sociales de México, y merced al trabajo creador, entre otros, de dos ilustres juristas: **IGNACIO VALLARTA Y EMILIO RABASA**, quienes, el primero en sus votos y el segundo en el juicio constitucional y el artículo 14 fundamentalmente, estudiaron esa valiosa institución precisando su grandeza, sus limitaciones y su destino.

El artículo primero de la Ley de Amparo vigente señala que: el juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales. ⁽⁶¹⁾

II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía del Estado.

III. Por leyes o actos de las autoridades de estos que invadan la esfera de la autoridad federal.

Entre los principios fundamentales que rigen el Juicio de Amparo se encuentran las siguientes bases procesales que se derivan del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

a) Principio de Instancia de Parte Agravada.- Es decir, el juicio de amparo sólo procede a petición de parte interesada, no es de oficio y siempre o

⁽⁶¹⁾ LA FRACCIÓN PRIMERA DE ESTE ARTÍCULO ES EL VERDADERO FUNDAMENTO DEL AMPARO. PUES TAL JUICIO EXTRAORDINARIO PROCEDE A INSTANCIA O PETICIÓN DEL OFENDIDO, CUANDO UN ACTO DE CUALQUIER AUTORIDAD HA VIOLADO ALGUNA O ALGUNAS DE SUS GARANTÍAS INDIVIDUALES. ES DECIR, SE PROTEGE AL HOMBRE, Y SE REPARA EN LA SENTENCIA LA VIOLACIÓN A SUS DERECHOS CONSTITUCIONALES. LO QUE SIGNIFICA DEVOLVERLE EL GOCE DE AQUELLOS DERECHOS DE QUE HABÍA SIDO PRIVADO INJUSTAMENTE, ANULÁNDOSE LOS ACTOS DE AUTORIDAD QUE PROVOCARON EL JUICIO. VEA, RABASA GAMBOA EMILIO Y CABALLERO GLORIA, MEXICANO ESTA ES TU CONSTITUCIÓN, OB CIT. (32), P. 331.

forzosamente debe existir un daño o perjuicio, o sea justifica su propia existencia del control de la constitución ya que la petición del amparo proviene del gobernado, pues es a quien se violan las garantías.

b) Principio de prosecución judicial del Amparo.- Que consiste en el establecimiento de las formas procesales, que debe revestir el juicio de amparo. Ya que el Juicio de Amparo es totalmente autónomo, se debe de cumplir con el procedimiento y forma que señale la Ley de Amparo.

c) Principio de la relatividad de la sentencia de Amparo.- Consistente en que la sentencia de amparo sólo protege y ampara al quejoso es decir quien solicita el amparo..

d) Principio de definitividad del Juicio de Amparo.- Es decir, que se deben agotar antes de interponer el Juicio de Amparo, todos los recursos ordinarios, señalados en la Ley que rija el acto reclamado.

e) Principio de estricto derecho.- Consistente en que sólo se deben atender a los conceptos de violación planteados en la demanda de amparo por el quejoso, sin poder suplir de oficio ni los actos reclamados ni los conceptos de violación, existen excepciones a este principio como lo son: en materia penal, laboral, agraria, leyes que sean declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y con relación a menores, en donde se tiene la facultad y en otros el deber de suplir la queja deficiente.

f) Principio de procedencia del Amparo.- Señala que órganos son competentes para conocer del juicio de amparo:

1. Suprema Corte De Justicia De La Nación.

2. Tribunales Colegiados De Circuito.
3. Juzgados De Distrito.
4. Excepcionalmente el superior del tribunal que haya cometido la violación.⁽⁶²⁾

El juicio de amparo para su procedencia se divide en dos:

AMPARO DIRECTO.- Procede cuando se trate de una sentencia definitiva civil, penal o administrativa, o de un laudo de los tribunales del trabajo,⁽⁶³⁾ y conocerá de estos la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito.

AMPARO INDIRECTO.- Procede en todos aquellos casos que se violen garantías individuales y que no sean resoluciones definitivas,⁽⁶⁴⁾ y conocerán de ellos los Juzgados de Distrito.

II. LA COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y LAS COMISIONES ESTATALES DE DERECHOS HUMANOS.- La Comisión Nacional de Derechos Humanos se basa en la institución pública del Ombudsman.⁽⁶⁵⁾

⁽⁶²⁾ ARTÍCULO 37 DE LA LEY DE AMPARO. LA VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS DE LOS ARTÍCULOS 16 EN MATERIA PENAL, 19 Y 20 FRACCIONES LVIII Y X PARÁFOS PRIMERO Y SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL PODRÁ RECLAMARSE ANTE EL JUEZ DE DISTRITO QUE CORRESPONDA O ANTE EL SUPERIOR DEL TRIBUNAL QUE HAYA COMETIDO LA VIOLACIÓN.

⁽⁶³⁾ ART. 158. EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO ES COMPETENCIA DEL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO QUE CORRESPONDA, EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS POR LAS FRACCIONES V Y VI DEL ARTÍCULO 107 CONSTITUCIONAL, Y PROCEDE CONTRA SENTENCIAS DEFINITIVAS O LAUDOS Y RESOLUCIONES QUE PONGAN FIN AL JUICIO, DICTADOS POR TRIBUNALES JUDICIALES, ADMINISTRATIVOS O DEL TRABAJO, RESPECTO DE LOS CUALES NO PROCEDA NINGÚN RECURSO ORDINARIO POR EL QUE PUEDAN SER MODIFICADOS O REVOCADOS.

⁽⁶⁴⁾ VEA ARTÍCULO. 114 DE LA LEY DE AMPARO.

⁽⁶⁵⁾ LA PALABRA OMBUDSMAN SIGNIFICA EN SUECO " REPRESENTANTE" , "COMISIONADO", "PROTECTOR", "MANDATARIO", O "REPRESENTANTE DEL PARLAMENTO" Y, EN

Esta institución pública nació en Suecia, en la Constitución de 1809, la cual disponía en su artículo 96, que una persona será designada por el parlamento para que en su nombre vele por los derechos generales e individuales del pueblo, vigilando que los jueces y demás funcionarios cumplan con las leyes y las apliquen del modo previsto por el parlamento.

Por lo anterior se considera que: "el Ombudsman es un cargo previsto en la constitución o por acción de la legislatura o el parlamento, que encabeza un funcionario público de alto nivel, el cual debe ser independiente y responsable ante la legislatura o parlamento, cuya labor consiste en recibir las quejas provenientes de persona agraviadas en contra de oficinas administrativas, funcionarios y empleados de la administración pública, o bien que actúen por moción propia, y quien tiene poder para investigar, así como para recomendar acciones correctivas y publicar informes".⁽⁶⁶⁾

En México nace a la vida pública el Ombudsman el 6 de junio de 1990 como órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación.⁽⁶⁷⁾ su desatinada fundamentación legal de origen se ve superada con la adición constitucional del 22 de enero de 1992.

CONSECUENCIA. EN ÚLTIMO TÉRMINO, "PROTECTOR DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS".

⁽⁶⁶⁾ EXPOSICIÓN DEL LIC. LUIS RAÚL GONZÁLES PÉREZ, EN EL V CURSO DE ESPECIALIZACIÓN SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, IMPARTIDO POR LA ACADEMIA MEXICANA DE DERECHOS HUMANOS.

⁽⁶⁷⁾ EN LA INICIATIVA DEL EJECUTIVO DE FECHA 18 DE NOVIEMBRE DE 1991 SE SEÑALA QUE LA C.N.D.H., SE CREO COMO UNA INSTITUCIÓN QUE SIRVIERA FUNDAMENTALMENTE, PARA DAR CAUSA A LA PARTICIPACIÓN ACTIVA DE LA SOCIEDAD EN LA IDENTIFICACIÓN Y DENUNCIA DE LOS ACTOS DE LAS AUTORIDADES QUE EN CUALQUIER FORMA COMPARTAN O PUEDAN COMPORTAR LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS, ASÍ COMO PARA PROMOVER LA DEFENSA EFECTIVA DE LOS PARTICULARES FRENTE A TALES ACTOS.

En el país además de la Comisión Nacional de Derechos Humanos se han creado 27 organismos de protección de derechos humanos a nivel local.⁽⁶⁸⁾

La C.N.D.H. conocerá en primer lugar, cuando el acto violatorio de este derecho emana de una autoridad federal o sean casos de importancia nacional y en segundo lugar respecto de los actos violatorios de derechos humanos cometidos por las comisiones locales.

El procedimiento ante la C.N.D.H. es flexible y breve, en el que se investigan las quejas presentadas,⁽⁶⁹⁾ procurando alcanzar una solución rápida y, de no obtener esta, se emite una recomendación no obligatoria para las autoridades respectivas, pero que al darse a conocer públicamente lleva consigo el apoyo de la opinión pública. Las conclusiones de la comisión son meras recomendaciones; es decir, no tienen fuerza coercitiva y no vinculan ni obligan a la autoridad a la cual se dirige, si la queja presentada fuera infundada se otorgará un documento de no responsabilidad. Y en ello radican las características fundamentales de esta institución.

⁽⁶⁸⁾ EN EL DICTAMEN A LA INICIATIVA QUE ADICIONA EL ARTÍCULO 102 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. EMITIDO POR LAS COMISIONES UNIDAS DE GOBERNACIÓN Y PUNTOS CONSTITUCIONALES SEÑALÓ: "PARA DESCENTRALIZAR SU FUNCIONAMIENTO, LA INICIATIVA PROPONE EL ESTABLECIMIENTO DE ORGANISMO DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS EN TODAS LAS ENTIDADES FEDERATIVAS, PARA QUE CADA UNO DE ELLOS, DENTRO DE SU ÁMBITO DE COMPETENCIA TERRITORIAL Y PERSONAL, FUNCIONE CON ABSOLUTA INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA..."

⁽⁶⁹⁾ LOS REQUISITOS PARA PRESENTAR UNA QUEJA SE SEÑALAN EN EL ARTÍCULO 78 DEL REGLAMENTO INTERNO DE LA C.N.D.H. Y BASTA LA MANIFESTACIÓN INDIVIDUAL POR ESCRITO, TELEFÓNICO O VERBAL (ESTOS ÚLTIMOS SOLO EN CASOS URGENTES); DE QUE DETERMINADA AUTORIDAD HA VIOLADO LOS DERECHOS HUMANOS A JUICIO DEL QUEJOSO. PARA ACTIVAR EL MECANISMO, DEBE DE CONTENER EL NOMBRE DEL QUEJOSO, FIRMA O HUELLA; EN CASO DE SER ANÓNIMAS SE RECIBE PERO SE TENDRÁ QUE PRESENTAR AL QUEJOSO DENTRO DE LOS TRES DÍAS SIGUIENTES.

El desempeño de la C.N.D.H. de mayo de 1994 a mayo de 1995 se difundió a través de su informe anual y que fue rendido por su entonces presidente Lic. Jorge Madrazo Cuellar, quien señaló: que de acuerdo con la naturaleza de los hechos presuntamente violatorios de derechos humanos, de las quejas⁽⁷⁰⁾ presentadas, las cuales están sujetas a investigación para determinar la veracidad de los hechos en que se sustenta y actúan, la Comisión Nacional conoció de los siguientes casos:

•VIOLACIÓN A LOS DERECHOS DE LOS RECLUSOS	443
•ABUSO DE AUTORIDAD	406
•NEGLIGENCIA MÉDICA ⁽⁷¹⁾	312
•NEGATIVA AL DERECHO DE PETICIÓN	184
•RESPONSABILIDAD DE SERVIDORES PUBLICOS	173
•DETENCIÓN ARBITRARIA	169

⁽⁷⁰⁾ RECIBIDAS UN TOTAL DE 2353 LAS CUALES FUERON PRESUNTAMENTE VIOLATORIAS DE DERECHOS HUMANOS:

1780→POR AUTORIDADES FEDERALES

356→POR AUTORIDADES DE ENTIDADES FEDERALES

157→POR AUTORIDADES FEDERALES Y LOCALES

60→NO HA SIDO POSIBLE DEFINIR EL FUERO

⁽⁷¹⁾ NEGLIGENCIA MÉDICA: CUANDO EL SERVIDOR PÚBLICO PERTENECIENTE AL SECTOR SALUD SE EQUIVOCA EN EL DIAGNOSTICO O POR INEFICIENCIA EN EL SERVICIO, CAUSE CUALQUIER ALTERACIÓN EN LA SALUD DEL PACIENTE. FUNDAMENTACIÓN LEGAL BÁSICA: ART. 228 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL ART. 47 DE LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y LEGISLACIÓN APLICABLE DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS.

•NEGATIVA DE ACCESO AL SERVICIO MEDICO ⁽⁷²⁾	144
•PRELIBERACION	139
•INCONFORMIDAD CON RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS	125
•DILACIÓN EN LA PROCURACION DE JUSTICIA	123
•DILACION CON EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	97
•FALSA ACUSACIÓN	95
•VISIOS EN EL PROCEDIMIENTO	66
•INEJECUCIÓN DE RESOLUCION, SENTENCIA O LAUDO	53
•TORTURA	45
•LESIONES	42
•NEGATIVA AL PAGO DE INDEMNIZACIÓN	35
•DILACIÓN AL PROCESO JURISDICCIONAL	34
•INCOMUNICACIÓN	30
•INTIMIDACIÓN	29

El siguiente cuadro nos muestra las diez autoridades que con mayor frecuencia fueron señaladas por los quejosos.⁽⁷³⁾

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	392
INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL	339
DIRECCIÓN GENERAL DE PREVENCIÓN Y READAPTACIÓN SOCIAL DE LA SECRETARÍA DE	301

⁽⁷²⁾ NEGATIVA A LA SOLICITUD DE ATENCIÓN MÉDICA; CUANDO LAS AUTORIDADES DEL SECTOR SALUD, NIEGUEN AL SOLICITANTE EL SERVICIO MÉDICO QUE REQUIEREN. FUNDAMENTACIÓN LEGAL BÁSICA: ART. CUARTO, PÁRRAFO CUARTO Y 73 FRACCIÓN XVI DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS; 39 FRACCIÓN PRIMERA DE LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL; 215 FRACCIÓN TERCERA DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL; RELATIVOS A LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y LEGISLACIÓN APLICABLE DE LA MATERIA DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS.

⁽⁷³⁾ LA ESTADÍSTICA ESTÁ CONFORMADA EXCLUSIVAMENTE POR EL SEÑALAMIENTO QUE HICIERON LOS QUEJOSOS EN SUS ESCRITOS, EN DONDE SON COMETIDAS PRESUNTAMENTE POR UN TOTAL DE 280 AUTORIDADES.

GOBERNACIÓN	
INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES PARA LOS TRABAJADORES DEL ESTADO	119
SECRETARÍA DE LA DEFENSA NACIONAL	100
SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN	301
SECRETARÍA DE COMUNICACIONES Y TRANSPORTES	65
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA	63
SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	58
PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE CHIAPAS	56

De los cuadros anteriormente transcritos se evidencia las quejas en materia de salud que se recibieron durante este período un total de 456, lo que equivale a un 16.61% del total de quejas. Ahora bien en cuanto a las autoridades se emitieron un total de 458⁽⁷⁴⁾ recomendaciones, dirigidas a autoridades cuyo propósito primordial es el de preservar la salud de los trabajadores.

Para finalizar, se considera que la C.N.D.H. es un órgano más al alcance de la sociedad, que colabora en la protección de los derechos de más valla del hombre frente al ejercicio de la autoridad. Así pues, a esto se le permite contribuir en la tutela a las garantías individuales y la impartición de justicia sin alterar el orden público.

III. LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO.- Durante la presentación de la **CONAMED** el Dr. Juan Ramón De La Fuente señaló: que la garantía del **DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD**, consolida nuestro sistema de justicia social, para fortalecer esa garantía, para mejorar la calidad de

⁽⁷⁴⁾ TOTAL DE RECOMENDACIONES HECHAS AL ISSSTE Y AL IMSS.

los servicios médicos y en respuesta a las demandas que la sociedad a formulado sobre el particular, el ejecutivo federal ha dispuesto la creación de una Comisión Nacional de Arbitraje Médico, cuyo decreto aparece publicado el 3 de junio de 1996 en el Diario Oficial de la Federación."

Por otro lado, al participar en el primer foro estatal: EL DERECHO A LA SALUD Y LOS DERECHOS HUMANOS, organizado por la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Hidalgo, el comisionado nacional ⁽⁷⁵⁾ afirmó que la CONAMED tiene la función de satisfacer un derecho social concreto, que es, el que todo mexicano pueda acceder a buenos y eficaces servicio de salud.

Con la creación de la CONAMED el Estado propicia la interacción responsable de los individuos dentro de un orden social que garantice la armonía en la convivencia y el actuar dentro de un marco de libertades.

Así entre sus atribuciones en materia de salud están:

- 1) El resolver los conflictos suscitados entre los usuarios y los prestadores de servicios de salud.⁽⁷⁶⁾
- 2) Colaborar con las instancias jurisdiccionales en el desarrollo de los procesos que se ventilen ante ellas, ya que se puede recurrir a ésta como un organismo, el cual es altamente calificado, para la elaboración de dictámenes y peritajes especializados en la materia.

⁽⁷⁵⁾ ALTÍSIMO CARGO RECAE EN LA PERSONA DEL DOCTOR HÉCTOR FERNÁNDEZ VÁRELA MEJÍA, QUIEN FUE DESIGNADO POR EL CIUDADANO PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EL DOCTOR, ERNESTO ZEDILLO PONCE DE LEÓN, EL CUATRO DE JUNIO DE 1996.

⁽⁷⁶⁾ SEGÚN EL ARTÍCULO 3 DEL DECRETO DE CREACIÓN SE CONSIDERAN PRESTADORES DE SERVICIOS MÉDICOS, LAS INSTITUCIONES DE SALUD DE CARÁCTER PÚBLICO, PRIVADO O SOCIAL, ASÍ COMO LOS PROFESIONALES, TÉCNICOS Y AUXILIARES QUE EJERZAN LIBREMENTE CUALQUIER ACTIVIDAD REALIZADA CON LA PRÁCTICA MÉDICA.

3) Dilucidar en forma amigable y de buena fe, posibles conflictos derivados de la prestación de servicios médicos, con lo que se evitaren cargas de trabajo para los órganos jurisdiccionales.

4) Brindar asesoría e información en forma gratuita, tanto a los usuarios como a los prestadores de servicios médicos sobre sus derechos y obligaciones en materia de salud; así como recibir, investigar y atender las quejas que sean presentadas por el usuario en relación a posibles irregularidades en la prestación o negativa de servicios médicos.

5) Es un elemento de cooperación en los órganos internos de control de las instituciones públicas del sector, al hacer de su conocimiento actos de los servidores públicos que pudieran suponer una transgresión a la normatividad que las rige.

6) Trabajar, conjuntamente con las academias, colegios y consejos médicos, comités de ética y otros similares, tanto de instituciones públicas como privadas, remitiéndoles los resultados de sus deliberaciones sobre casos específicos o de índole general, a fin de que instrumenten las medidas previstas para tales casos en sus propios ordenamientos.

7) Pero por sobre todas las cosas: ser un mecanismo más, que sin perjuicio de la actuación de las instancias jurisdiccionales, contribuya a tutelar el derecho a la protección de la salud.

En cuanto al procedimiento para poder lograr los objetivos anteriormente señalados, se eligió el arbitraje, el que será estudiado en el siguiente punto.

3.2. EL ARBITRAJE; CONCEPTO Y ANTECEDENTES.

Proviene del latín *arbitrus*, de *arbitror*: arbitraje, constituye una forma de heterocomposición, ⁽³⁷⁾ es decir una solución a un litigio, dada por un tercero el cual es imparcial.

Para *Capitant* " es una decisión dada por una o mas personas (que reciben el nombre de árbitros) de un litigio que las partes han sometido de común acuerdo, como el resultado de una convención anterior (llamada cláusula compromisoria) ó posterior al litigio (llamada compromiso).⁽³⁸⁾

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta institución, existen tres corrientes:

CONTRACTUALISTAS O PRIVATISTAS.- Que explican que la solución arbitral, deriva de un acuerdo de voluntades de las partes en pugna.

PUBLICISTA O JURISDICCIONALISTA.- Que estiman al arbitraje como una función semejante o que se puede confundir con la que el juez (oficial público) realiza en su juzgamiento compositivo.

"ECLECTICA.- Carnellutti ocupa un destacado lugar en esta categoría ya que afirma que no todos los órganos procesales, son órganos jurisdiccionales y que mientras que no se demuestre que el arbitro pronuncia por si la sentencia, en vez de prepararla para que otro la pronuncie, no se demuestra que esta provista de jurisdicción"⁽³⁹⁾

⁽³⁷⁾ Se le llama Heterocomposición porque la solución al conflicto es calificada de imparcial, porque no va a ser dada por las partes, sino por un tercero ajeno al litigio, un tercero sin interés propio en las controversias. Cfr. OVALLE Favela, Jose, teoría general del proceso, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Editorial. Harla, México 1991, p 24.

⁽³⁸⁾ Vea. CAPITANT Henri., Vocabulario Jurídico, Trad. Aquiles Horacio Guaglianone. Ed. De Palma, Buenos Aires, 1979, p 54.

⁽³⁹⁾ Cfr. BRISEÑO Sierra, Humberto., El Arbitraje En El Derecho Privado, Imprenta Universitaria, Instituto de Derecho Comparado, UNAM, México, 1969, P 37.

Concluyendo, el arbitraje, se da cuando dos o mas personas, se someten a la decisión de un tercero, para que decidan sobre un conflicto.

"El arbitraje debió ser la primera forma pacífica de obtener justicia, y resolver las cuestiones entre partes opuestas. En un principio intervirían los patriarcas o jefes de la Gens, los parientes o los amigos para calmar los ánimos, de los contendientes, persuadiéndoles a dirimir sus diferencias por medios pacíficos de conciliación, pero como esto no sería posible en todos los casos, buscarían los litigantes una persona que, revestida de honradez e imparcialidad, diera la razón a quien la tuviera."⁽⁸⁰⁾

Así, esta es una institución muy remota, pues se conoce la existencia de un Tribunal de Arbitraje en Pekín, muchos siglos antes de la era cristiana. Hubo casos de arbitrajes entre las ciudades griegas, cuyo Tribunal de los anfictiones, daba su fallo en el templo de Delfos, etc. Siguiendo así esta evolución, al través de la historia de la humanidad.

3.2.1. DERECHO ROMANO

Aquí los árbitros figuran por largo tiempo al lado de los jueces públicos, se señala su existencia en la ley de las XII Tablas, las cuales elevaban al rango de Ley, lo que era costumbre no interrumpida, así antes de este cuerpo jurídico. Los asuntos que eran considerados como poco graves,⁽⁸¹⁾ se sometían a árbitros

⁽⁸⁰⁾ Enciclopedia Universal Ilustrada, Europeo Americana, Edit, Espasa/Calpasa, Madrid Barcelona Tomo 4 1917.

⁽⁸¹⁾ Ibidem

elegidos por las partes, así este medio llegó a ser una regla general en los *iudicia privata*.

Durante ésta época se establecen las diferencias entre juez y arbitro como lo eran:

1) El juez era nombrado por el magistrado; mientras que el arbitro era elegido por las partes.

2) No podía haber más de un juez; mientras que si podía haber varios árbitros (hasta tres)

3) Se sometían al juez cuestiones del *jus civilis stricti iuris*; mientras que a los árbitros cuestiones que aunque pertenecían al *ius civile*, se les permitía que hubiera cierta apreciación para decidir sobre ellas.

La más importante diferencia consistía en que la voz *iudex* expresaba la idea genérica, y la palabra *arbitrator* se aplicaba a una especie de juez elegido por las partes.

El arbitraje toma dos formas:

a) El libremente convenido mediante el "compromissum" llamado el "receptum arbitri", y que desde Justiniano ya no necesita de la forma estipulatoria.

b) El que aparece en el sistema formulario, donde la autoridad propone un programa, procesal con nombramiento del "iudex privatus", mención de la "actio", la "exceptio", la "replicatio", etc. La fórmula era, entonces, contrato procesal, autorización del arbitraje, y nombramiento de un ciudadano como juez privado.⁽⁸²⁾

⁽⁸²⁾ Ibidem

Entre los principales especies de árbitros se encontraban:

1.- *Arbiter compromissarius*, cuando al nombrarle establecían las partes la pena que había de imponer en la sentencia arbitral.

2.- *Arbiter juratus*, cuando las partes juraban respetar sus sentencias.

3.- *Arbiter ex nudo pacto*, si quedaban en libertad de aceptarla o rechazarla.

4.- *Arbiter in contractibus adjectus*, cuando era nombrado en los contratos para resolver las dificultades que surgieran respecto de la interpretación de los mismos⁽⁸³⁾

Los arbitrajes en un principio solo eran para ciudadanos romanos pero en el procedimiento formulario, se extendió a pleitos entre extranjeros ó extranjeros y ciudadanos romanos.

"Este carácter de árbitros desapareció al instaurarse de una manera general, en el año 294, el procedimiento extraordinario, por el cual desapareció la distinción entre el *ius* y el *judicium*, y toda causa fue juzgada por entero por un solo y único funcionario."⁽⁸⁴⁾

Durante el procedimiento formulario se conocieron también con el nombre de *arbitri* a los peritos nombrados por el juez.

⁽⁸³⁾ *Ibidem*

⁽⁸⁴⁾ *Ibidem*.

En el procedimiento extraordinario se conoce también con el nombre de arbitri a los iudices pedanei, especie de jueces de paz.

3.2.2. ESPAÑA - FRANCIA

"Contiendas tienen entre si los hombres algunas veces y las ponen en manos de avenidores, decían las partidas; y la carta de tal avenencia llamarla compromiso, las partes acordaban escoger a un tercero por avenidor, arbitro o arbitrador, y por amigo común, sobre la contienda o pleito que era entre ellos, y debíalo así escribir el notario en la carta en que las partes prometían al arbitro de estar y de cumplir y de obedecer todo cuanto este hiciere, juzgare o mandare en el pleito...

En cuanto a los juzgadores privados, árbitros en latín, y avenidores en romance, decía la misma partida, eran las personas escogidas o puestas por las partes, para librar la contienda, la cual se hacía de dos formas:

a) Si juzgaren en derecho, desde que los avenidores recibieren y aceptaren conocer el pleito, deberían dirigirlo como jueces ordinarios, haciéndole comenzar por demanda y respuesta, oyendo y recibiendo pruebas, razones y defensas de cada parte, y dar sentencia como entendieren que debiere ser según derecho.

b) Se llamaba arbitradores en latín o albedriadores y amigos comunes, escogidos por avencia (sic) de las partes, para decidir en la forma que tuvieran a bien; los cuales una vez elegidos y recibido el pleito, oírían las razones

de las partes, y las avendrían de cualquier modo que tuviere a bien; y aunque no comenzaren los pleitos por demanda y contestación ni acatasen las otras cosas que los otros jueces, debieren observar, valdría su sentencia o la avenencia que hicieren entre las partes, siempre que actuaren de buena fe, y sin engaño. pues si sucediese lo contrario, la sentencia sería enmendada por otros hombres, buenos escogidos por los jueces del lugar.”⁽⁸⁵⁾

En este proceso las partes debían señalar el objeto del pleito, daban el tipo de poder al avenidor para resolver las cuestiones, así todo este pacto debería constar en carta hecha por escribano público o en carta sellada.

En cuanto a los precedentes jurídicos, de esta figura, el legado que nos da el derecho español, es muy amplio, ya que desde la ley 13 del título I del libro II del fuero juzgo otorga la facultad de juzgar a “quien es cogido por voluntad de las partes con testimonios de dos *omes* buenos o con tres”⁽²⁶⁾ y así sigue su evolución por los demás ordenamientos jurídicos, como lo fue la Ley de las 7 partidas, la Ley I del Título I del Libro III del Fuero Viejo de Castilla; la Ley 2 del Título VII del Libro I del Fuero Real, etc.

“En cuanto al Derecho Francés, por el edicto de Francisco II, de agosto de 1560. Impone el arbitraje con el propósito de dirimir las controversias entre comerciantes, como eran las demandas de partición o las cuentas de tutela, y administración aunque con posterioridad, abolieron con posterioridad el arbitraje voluntario y jurisprudencialmente atacaron el valor de la cláusula compromisoria”⁽⁸⁷⁾

⁽⁸⁵⁾ Vea, BRISEÑO Sierra Humberto EL ARBITRAJE EN EL DERECHO PRIVADO Ob. Cit. (79) p. 19 y 20.

⁽²⁶⁾ Vea, Enciclopedia Jurídica Ilustrada, Ob Cit. (80)

⁽⁸⁷⁾ Cfr. BRISEÑO Sierra Humberto EL ARBITRAJE EN EL DERECHO PRIVADO Ob. Cit. (79) P. 22.

3.2.3. MÉXICO.

"En los albores de la colonia el 9 de noviembre de 1527. Se registra el primer compromiso para zanjar todas las diferencias entre un clérigo y un particular, designando como componedores a dos personas, una de ellos escribano público."⁽⁸⁸⁾

En la reglamentación del arbitraje llevada a cabo por el Código Procesal Civil de 1872, se advierte el respeto a la libertad y la innovación. Los negocios civiles, con raras excepciones, eran susceptibles de arbitraje, aun la responsabilidad civil proveniente del delito, y correspondía a las partes la determinación misma del procedimiento, (art. 1277 fracc. XI) fue en relación a este precepto, que en 1973. Francisco J. Villalobos, redactara su proyecto de ley complementaria en la que se intentaba establecer el enjuiciamiento convencional.

Posteriormente subsiste la institución en el Código Civil de 1889. En cuyo Libro Quinto (de los Juicios Mercantiles), Título Primero, Capítulo I, establece que el procedimiento mercantil, preferente a todos es el convencional, y que a falta de convenio expreso de las partes interesadas se observaran las disposiciones del citado Libro Quinto.⁽⁸⁹⁾

En materia de derecho internacional México ha signado los siguientes tratados internacionales:

⁽⁸⁸⁾ Vea. Millares, Carlo A y J. T. Manteca., Índice y Extractos de los Protocolos del Archivo de Notarías de México. D.F., México, 1946, T. Y. P. 204.

⁽⁸⁹⁾ Vea. Diccionario Jurídico Mexicano

1. Adhesión a la convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, de 1958 publicado en el Diario Oficial de la Federación del 22 de junio de 1971.

2. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrada en Panamá en 1975, y cuyo decreto de promulgación fue publicado en el Diario Oficial de la Federación del 27 de abril de 1978.

3. En lo concerniente a la ejecución de laudos extranjeros en México, nuestro país es también Estado miembro de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos, Arbitrales, Extranjeros suscrita en Montevideo en 1979. Y publicada en el Diario Oficial de la Federación de 20 de agosto de 1987.

El 21 de octubre de 1988. El C. Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, envió al Constituyente Permanente una serie de reformas al Código de Comercio, proponiendo la adhesión de un Título Cuarto, denominado "Del Procedimiento Arbitral" arts. 1415 al 1457. Las cuales se encuentran en vigencia.

De lo anterior se desprende la importancia que tiene esta figura jurídica ya que se encuentra plasmada a lo largo de los ordenamientos jurídicos vigentes. Ahora bien en un apartado posterior se señalan las autoridades que conocen de procedimientos arbitrales y sus tramitaciones, con lo cual considero dar una visión más amplia, de lo que esta constituyendo esta figura en nuestra vida diaria.

3.3. CLASIFICACIÓN DEL ARBITRAJE.

Para poder abordar este punto, realizaré un estudio a través de cuadros, los cuales me permiten señalar los elementos más significativos, sobre el arbitraje, pretendiendo que con este se de una más amplia visión de esta institución jurídica.

1) El arbitraje es un medio de heterocomposición de los conflictos.

- | | |
|-------------------|-----------------|
| | a) Mediación |
| Heterocomposición | b) Conciliación |
| | c) Arbitraje |
| | d) Proceso |

a) la Mediación ocurre cuando la función de este tercero, puede limitarse a establecer la comunicación, la negociación entre las partes, para tratar de resolver el conflicto. En este caso, el tercero será simplemente un mediador, que al establecer esta mediación entre las partes, hace posible que estas puedan llegar a un acuerdo.

b) la Conciliación que consiste en proponer a las partes alternativas concretas para que resuelvan de común acuerdo sus diferencias. El conciliador solo propone soluciones y su adopción queda sujeta a la voluntad de las partes.

c) El Arbitraje es cuando un tercero al litigio, dicta una resolución que da fin al conflicto y en donde las partes se someten a la voluntad del tercero, por disposición legal o a través de su consentimiento.

d) El Proceso ocurre cuando ese tercero ajeno que decide el conflicto es un órgano jurisdiccional del Estado, un juzgador, con facultades no solo para emitir una resolución obligatoria para las partes, sino también para imponerla por sí mismo en forma coactiva.

2) La siguiente clasificación se basa en la opcionalidad del arbitraje. Así:

a) Forzoso

ARBITRAJE

b) Potestativo

a) Forzoso.- Por así disponer su agotamiento la ley. Es decir que por disposición legal primero se tiene que acudir al Arbitraje

b) Potestativo.- Quiere decir que el arbitraje es opcional, es decir se puede agotar este procedimiento ó se puede instaurar un litigio ante el juzgado competente.

3) Cuando el arbitraje es potestativo en que forma se puede pactar el sometimiento al Arbitraje, esto viene a ser la forma en la cual se otorga el consentimiento para someterse al Arbitraje:

a) Cláusula Arbitral

CONSENTIMIENTO

b) Compromiso Arbitral

a) "Cláusula Arbitral.- que para algunos es un segmento, un apartado en virtud del que las partes estipulan que en caso de surgir una controversia jurídica entre ellos, se someterán al arbitraje. "⁽⁸⁹⁾

⁽⁸⁹⁾ Ibidem

b) "Compromiso Arbitral.- es el acuerdo pactado entre las partes, una vez que ya se suscitó una controversia jurídica entre ellos, para que su lid sea dirimida por el Arbitraje, es decir, el compromiso se conviene después de plantear el pleito actual" ⁽⁸⁰⁾

4) Con base en los fundamentos que le sirvan al Arbitro para emitir su laudo:

a) Amigable Composición

ARBITRAJE

b) Estricto Derecho

a) Amigable Composición.- consiste en que el laudo arbitral, se va a dictar, en el real saber y entender del arbitro, es decir no se basará en las disposiciones legales, sino en la equidad de su sano juicio o mejor dicho en su buen juicio.

b) Estricto Derecho.- Aquí el Arbitraje se basara en las obligaciones que ambos contendientes tengan en las legislaciones, o sea que el Arbitro se basara en los fundamentos de derecho que impongan obligaciones y deberes a los contendientes y señalará con fundamento en estas disposiciones su laudo arbitral.

5) Otra clasificación es la que consiste en la investidura que tiene el Arbitro, es decir la potestad que tenga:

a) Público

ARBITRAJE

b) Privado

a) Público.- Cuando actúe como Arbitro un ente público, como es la Profeco, la Conamed, etc.

⁽⁸⁰⁾ Ibidem.

b) Privado.- Cuando el Arbitro es un particular, sin potestad pública alguna.

(91)

6) La siguiente clasificación consiste en el carácter interno o internacional del Arbitraje :

a) interno

ARBITRAJE

b) Internacional

a) Interno.- que es cuando el problema se plantea con base en un sistema jurídico único (local) de un país en particular.

b) Internacional.- Cuando existe un elemento extraño, ajeno al carácter local de controversia: es decir, cuando surge cualquier conexión con otra legislación distinta a la interna.

7) Por último, es la clasificación concerniente al número de Arbitros, que deben emitir el laudo, o sea la integración del tercero (arbitro)

a) Unico

ARBITROS

b) Tribunal

a) Unico.- Como su nombre lo indica, cuando se nombra a un solo Arbitro para dirimir la controversia.

⁽⁹¹⁾ EN EL ARBITRAJE COMERCIAL EXISTE UNA CLASIFICACIÓN CONSISTENTE EN EL CARÁCTER DEL ARBITRAJE, ES DECIR EL TIPO DE CONTROVERSIAS DE LAS QUE VA A DIRIMIR Y SE LE CONOCE COMO ARBITRAJE :

A) PÚBLICO.- TIENE POR OBJETO EL ARREGLO DE LOS LITIGIOS ENTRE LOS ESTADOS, COMO ENTIDADES SOBERANAS. Y

B) PRIVADO.- TRATA DE RESOLVER LAS CONTROVERSIAS SUCITADAS ENTRE PARTICULARES.

Vea. Diccionario Jurídico Mexicano Ob Cit. (89)

B) Tribunal.- Cuando se nombra a mas de un arbitro para dirimir la controversia.

3.4. ORGANOS ANTE QUIENES SE TRAMITAN PROCEDIMIENTOS ARBITRALES EN LA REPUBLICA MEXICANA.

Dentro de este apartado se señalaran a las autoridades que pueden servir como árbitros en la República Mexicana, lo anterior para señalar como ésta institución adquiere importancia en nuestra vida diaria.

Por otra parte en diversas leyes vigentes se encomienda a diversos organismos administrativos o descentralizados y aun a colegios de profesionistas la práctica del arbitraje, sea entre sujetos que forman parte de asociaciones o de actividades particulares o entre los miembros del grupo y terceros, personas con las que tienen relaciones derivadas de su profesión, ocupación o servicios.

A su vez la presente exposición pretende; Tener efectos enunciativos, ya que a grosso modo señalaremos, el cuerpo legal que lo contiene, los numerales que la regulan y alguna somera exposición de la misma.

PRIMERO.- BANCO NACIONAL DE COMERCIO EXTERIOR,

Así encontramos en primer término a lo señalado en el Reglamento Orgánico del Banco nacional de Comercio Exterior, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 24 de julio de 1986: El cual en su Capitulo Quinto habla de la

conciliación y el arbitraje, abarcando de los artículos 36 al 39 del citado ordenamiento.

El Banco Nacional de Comercio Exterior fungirá como conciliador y arbitro por las controversias que surjan de operaciones de comercio internacional, en donde intervengan exportadores e importadores en la república mexicana.

SEGUNDO.- COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES

Se rige por su Ley la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 28 de abril de 1995.

Se utilizara para dirimir controversias entre las instituciones de crédito y los usuarios del servicio publico de banca y crédito, derivadas de las operaciones y de la prestación de servicios bancarios.

TERCERO.- LA PROCURADURIA FEDERAL DEL CONSUMIDOR.

La Ley Federal de Protección al Consumidor de 18 de diciembre de 1992, en su Capitulo Octavo Sección Tercera " Del Procedimiento Arbitral " y que va del art. 117 al 122 regula este procedimiento

La PROFECO, conocerá de las violaciones a las disposiciones de la Ley Federal de Protección al Consumidor, entre consumidor y proveedor.

CUARTO.- COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE SEGUROS.

Se regula este procedimiento en el artículo 135 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

La Comisión Nacional Bancaria y de Seguros conocerá de reclamaciones contra instituciones o sociedades mutualistas de seguros, con motivo del contrato de seguros.

QUINTO.- COLEGIOS DE PROFESIONISTAS.

La Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, publicada el 26 de Mayo de 1945. La cual por reforma del 20 de Diciembre de 1974 modifico su nombre.

Por disposición expresa del artículo 34 de la citada ley, señala que cuando hubiere inconformidad del cliente respecto al servicio realizado, el asunto se resolverá mediante juicio de peritos, el cual lleva en realidad el procedimiento arbitral.

SEXTO.- JUNTAS DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE.

Este apartado resultaría ser muy amplio para dar una explicación satisfactoria de este organismo, por lo que señalaré nada más los siguientes aspectos, que de una manera fundamental define este organismo.

La Junta esta formada por un representante del gobierno , un representante de los trabajadores y un tercero de los patrones, los cuales emitirán sus laudos

sobre controversias en materia laboral, entre patrones y trabajadores y dicha jurisdicción es obligatoria.

SEPTIMO.- LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO.

Regulado este procedimiento en el Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de septiembre de 1996. De los artículos 30 al 34.

La CONAMED cuenta con unidades encargadas de llevar a cabo las siguientes actividades:

1) Orientación y Quejas.- recibe y atiende la queja del usuario, analiza la información a portada y determina si la inconformidad es procedente y la turna a la siguiente unidad.

2) Conciliación.- Establece contacto con el prestador de servicios médicos para conocer su versión de los hechos materia de la queja, reúne a las partes para proponerle mecanismos de amigable composición como vía para resolver sus diferencias, si las partes se concilian procede a las firmas de los acuerdos correspondientes para finiquitar la controversia, si no hay conciliación entonces se propone a las partes nombrar a la CONAMED arbitro.

3) Arbitraje.- La CONAMED se allega los medios de prueba que considere conveniente y emite su laudo.

Estos son pues algunos de los organismos que tramitan procedimientos arbitrales en la república mexicana de lo anterior se desprende la importancia de esta figura y la diversidad en los campos del derecho que abarca.

3.5 ANÁLISIS CRÍTICO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO.

La ineficacia de los órganos jurisdiccionales, en la solución de problemas suscitados entre médicos y pacientes, por la prestación de los servicios médicos hizo necesaria la atención por parte del Gobierno que se manifestó en las siguientes vertientes a través de los siguientes anteproyectos, 1) se señaló primeramente que fuera una Procuraduría de Salud, lo cual fue desechado porque sus finalidades serían persecutorias; 2) No podía seguir siendo parte de la Comisión Nacional de Derechos Humanos porque las actividades de esta solo se circunscriben a relaciones de suprasubordinación, por lo que no actuarían en casos de particulares, la tercera opción la constituye la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, con los alcances que señalaré.

Este apartado, constituye el punto toral del presente trabajo de investigación, para lograr su agotamiento se pretende abordarlo desde cinco perspectivas, así se analizará en primer término algunos aspectos de su Decreto de Creación, en los que a mi parecer, quedan inconclusos los alcances de la comisión; En segundo término, el Reglamento Interno de la comisión, se realiza señalando los numerales que sirven como base para el procedimiento conciliatorio

y arbitral; Un tercer punto lo constituye su tramitación desde la queja hasta la posible ejecución del laudo; En cuarto termino algunos cuadros de como ha funcionado la comisión a menos de un año de su creación; Por ultimo una propuesta sobre los alcances que debería tener la comisión, y algunos requisitos sobre la interposición del procedimiento arbitral.

PRIMERO.- DECRETO DE CREACIÓN.

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico nace a instancia del Ejecutivo Federal, entre las circunstancias que propiciaron su nacimiento fueron:

Con motivo del Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, dio inicio la reestructuración del Sistema Nacional de Salud, buscando la consolidación de una cultura de salud, basada en la aceptación y confianza, hacia las instituciones médicas y un desarrollo organizacional que estimule una actividad responsable de los profesionales vinculados con la practica médica; Esta institución pretende dirimir, las controversias suscitadas entre los usuarios y los prestadores de servicios de salud.

Durante la presentación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico por el C. Dr. Juan Ramón de la Fuente. Secretario de Salud. el 3 de Junio de 1996. señaló: Que en México se realizan 170 millones de consultas al año, cifra en la que no se incluyen exámenes de laboratorio y gabinete, intervenciones quirúrgicas u otros procedimientos diagnósticos y terapéuticos, dentro de este inmenso quehacer, es comprensible que ocurran errores y surjan problemas, pero no por ello deben soslayarse los esfuerzos que permitan reducirlos o mejor aun evitarlos;

Lo que el Estado pretendió con la creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico es que los principios éticos de la profesión médica, no se debiliten por los intereses mercantilistas, la politización innecesaria, o lo que es peor aun: Las modas y las tendencias de otros países que tanto han encarecido a la medicina y tan poco han contribuido a mejorar su calidad.

El Decreto de Creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, es publicado el 3 de Junio de 1996. En el Diario Oficial de la Federación, proclamado por el C. Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos Dr. Ernesto Zedillo Ponce de León. Dicho Decreto consta de 14 artículos.

Entre los considerandos del Decreto se señala:

“ . . . Que en las actuales circunstancias resulta necesario que la población cuente con mecanismos que, sin perjuicio de la actuación de las instancias jurisdiccionales en la solución de conflictos, contribuyan a tutelar el derecho de protección de la salud, así como mejorar la calidad en la prestación de los servicios médicos;

Que para lograr tal objetivo, es pertinente contar con un órgano al cual puedan acudir los usuarios y los prestadores de servicios médicos para dilucidar en forma amigable y de buena fe, posibles conflictos derivados de la prestación de dichos servicios, con lo cual se contribuirá a evitar grandes cargas de trabajo, para los órganos jurisdiccionales, sin sustituirlos;

Que de igual manera, es indispensable que esa instancia especializada, garantice a los usuarios y prestadores de servicios médicos, la imparcialidad en el análisis, dictamen y resolución en las controversias que conozca, y.

Que la creación de un órgano administrativo con autonomía técnica para recibir quejas, investigar las presuntas irregularidades en la prestación o negativa de prestación de servicios médicos y emitir sus opiniones, acuerdos y laudos, responde a los legítimos reclamos de los actores de la relación que genera la prestación de servicios médicos. . . . ”

A continuación se señalan diversos numerales que conforman al Decreto de Creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

ARTÍCULO 1°.- Se crea la Comisión Nacional de Arbitraje Médico como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud.

ARTÍCULO 2°.- La Comisión Nacional de Arbitraje Médico tendrá por objeto contribuir a resolver los conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de dichos servicios.

ARTICULO 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 profesionales, 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 dichos servicios de los prestadores de servicios médicos para proteger, promover y restaurar su salud.

ARTÍCULO 4°.- La Comisión Nacional tendrá 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 las 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 Art. 3° de este decreto.

Comentario.- Este es el fundamento de legitimación de la Comisión para conocer de las controversias médicas

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 aquellas otras que sean necesarias para dilucidar tales quejas, así como practicar las diligencias que correspondan.

Comentario.- Con este precepto se respeta la Garantía de Audiencia que contempla el Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

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 de la prestación del servicio.
- b) Probables casos de negligencia con consecuencia sobre la salud del usuario, y.
- c) Aquellas que sean acordadas por el Consejo.

Comentario.- me parece una falta de técnica jurídica el establecer "intervenir en amigable composición para resolver conflictos" ya que, como se ha señalado con antelación, la figura jurídica de la conciliación, es cuando un tercero (CONAMED) propone soluciones para resolver el conflicto. Mientras

que la amigable composición es una forma de resolver conflictos en el procedimiento arbitral, se considera por las aseveraciones que se hacen, que el texto debería de ser de la siguiente forma " intervenir para conciliar los conflictos . . . " ahora bien el término amigable composición debería suprimirse de esta fracción y, utilizarse en la fracción siguiente por las consideraciones que se señalaran posteriormente.

V.- Fungir como arbitro y pronunciar los laudos que correspondan cuando las partes se sometan expresamente al arbitraje.

Comentario.- Este precepto esta inconcluso ya que no señala la forma en que se va a emitir el laudo arbitral, si este va a ser un arbitraje en amigable conciliación o en estricto derecho, aplicando lo señalado en la fracción anterior solo habrá arbitrajes en amigable composición, con lo cual se limitan grandemente los preceptos señalados en los numerales: 1910, 1915 y 1916 del Código Civil vigente para el Distrito Federal y que sirven como sustento a la figura jurídica de la responsabilidad civil; Por otro lado en el punto anterior se estudiaron algunos de los organismos ante quienes se tramitan procedimientos arbitrales y cada uno de ellos admite que el laudo arbitral sea dictado en amigable composición o en estricto derecho según las partes lo hallan pactado. Así se debería permitir que los laudos arbitrales de la Comisión puedan ser en amigable composición como en estricto derecho. Desde una particular perspectiva se considera que la CONAMED, solamente debería realizar arbitrajes con fundamento en el estricto derecho

y buscar que las indemnizaciones señaladas en la Ley sirvan como mínimo, ya que estas son irrisorias.

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.

Comentario.- Esta fracción viene a constituir lo que es denominado como acción social.

VII.- Hacer del conocimiento del órgano de control competente, la negativa expresa o tácita de un servidor público de proporcionar la información que le hubiera solicitado la Comisión Nacional, en ejercicio de sus atribuciones.

VIII.- Hacer del conocimiento de la autoridad competente, 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 la comisión de un ilícito.

Comentario.- La CONAMED no tiene medios de ejecución forzosa de sus laudos así que esta fracción señala que es lo que puede hacer la comisión para poder cumplimentarlos.

IX.- Elaborar los dictámenes o peritajes médicos que le sean solicitados por las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia.

Comentario.- Esta fracción es la que faculta a los jueces en materia civil para solicitar un peritaje a la CONAMED.

XI.- 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 gobiernos de las Entidades Federativas para la creación de instituciones análogas a la comisión nacional.

Comentario.- A la fecha, con casi un año de vida de la CONAMED, todavía no se encuentra instituida una Comisión Estatal de Arbitraje Médico.

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.

Comentario.- Dicha consideración la considero reiterativa a lo señalado en la fracciones I Y VIII; En la primera fracción en lo concerniente a que en esta se señala el " brindar asesoría e información a los usuarios " y este concepto subsume el mandamiento contenido en esta fracción XII. Por otro lado si se carece de título profesional en la fracción VIII se señala " Hacer del conocimiento de las autoridades competentes. . . de hechos que en su caso, pudieran llegar a consumir la comisión de un ilícito " Así si recordamos lo señalado en el artículo 250 del Código Penal para el Distrito Federal vigente esta conducta constituye un delito por tanto debe enterarse al C. Agente del Ministerio Público.

XIII.- Las demás que determinen otras disposiciones aplicables.

ARTÍCULO 13°.- La presentación de quejas así como los procedimientos que se sigan ante la Comisión Nacional no afectaran el ejercicio de otros derechos o medios de defensa de los que dispóngan los usuarios o prestadores de servicios médicos conforme a la ley.

Comentario.- Dicho artículo viene a constituir una aberración jurídica puesto que vulnera la seguridad jurídica tanto de los usuarios como de los prestadores de servicios médicos. En primer lugar al señalar " . . . no afectaran el ejercicio de otros derechos o medios de defensa de los que dispongan los usuarios o los prestadores de servicios médicos conforme a la ley. " ¿ Que aplicación práctica puede tener esta comisión ? si algún miembro de la relación médico-paciente, puede no importando que se este realizando algún procedimiento conciliatorio o arbitral ante la comisión, ejercitar su acción ante la autoridad competente, o más aun qué sucede para el supuesto que la comisión ya haya emitido su laudo o su acuerdo conciliatorio y este no sea cumplido por alguna de las partes. Qué sucede si hay contradicción entre el laudo y la sentencia. El Comisionado Nacional, en innumerables ocasiones, tanto en conferencias, como en programas televisivos y prensa escrita ha señalado que los laudos que la comisión emita se encuentran sustentados en la buena fe de las partes, esta aseveración me parece desatinada, en virtud de que el miembro afectado de la relación médico-paciente, busca que lo mas acelerado posible le sea

restaurado su derecho o indemnizado su perjuicio. La comisión ha tratado de suplantar este error, haciendo firmar renunciias expresas en el compromiso arbitral, a las acciones de cada uno de los contendientes, dichas renunciias son ilegales y por tanto pueden ser impugnadas, lo cual afecta la celeridad del procedimiento con lo que se vulnera el espíritu de la comisión. A su vez la política interna de la comisión ha señalado que para que la comisión actúe, es necesario que las partes no hayan ejercitado sus derechos por otra vía. Existe otro caso que preciso señalar, y es en el supuesto que la comisión ejercite el derecho que le confiere la fracción VIII del artículo 4° de este decreto de creación y desacredita al médico, por no cumplir el laudo o el acuerdo conciliatorio ya que este prefirió acudir ante una autoridad competente (juez de lo civil) y en dicho procedimiento decreta el juzgador que no es responsable por negligencia médica, aquí cual es la utilidad práctica. Por último es pertinente señalar que las resoluciones de la CONAMED no constituyen instancia ni son obligatorias debido ha que la Comisión no cuenta con mediós de ejecución, por lo que para que se puedan cumplimentar sus laudos tienen que ser homologados estos por un juez., motivo por el cual Si deberán afectar el ejercicio de otros derechos, ya que al homologarse los juzgadores deben velar porque los laudos se apeguen a la voluntad de las partes y que no sean vulneradas ni restringidas las garantías individuales.

No señala en ninguno de sus artículos cuales son sus medios de defensa, ni que ordenamientos le son supletorios, violando así lo dispuesto por el artículo 14 Constitucional.

SEGUNDO.- REGLAMENTO INTERNO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO.

Con el propósito de regular la estructura, organización y facultades de la CONAMED, el 12 de Septiembre de 1996 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

Dicho reglamento consta de 38 artículos y en estos se señala el funcionamiento de la estructura de la CONAMED. Integrada por un Consejo, órgano supremo de autoridad que tiene la función de conducir la política que debe regir para el desarrollo de las atribuciones del órgano. Un Comisionado Nacional, sus atribuciones y obligaciones, 2 Subcomisionados Nacionales denominados "A" y "B" con sus atribuciones y obligaciones. Así también regula a 3 Direcciones Generales:

1) Dirección General de Asuntos Sectoriales

2) Dirección de Comunicación Social

3) Dirección de Contraloría Interna

y 7 Unidades Administrativas.

1) Dirección General de Orientación y Quejas

2) Dirección General de Conciliación

3) Dirección General de Arbitraje

- 4) Dirección General de Coordinación Regional
- 5) Dirección General de Compilación y Seguimiento
- 6) Dirección General de Investigación y Métodos
- 7) Dirección General de Administración

La presentación del citado reglamento pretende dar cumplimiento al artículo 5° transitorio del Decreto de Creación el cual señala que: " El Reglamento Interno a que se refiere este decreto, deberá ser publicado en el Diario Oficial de la Federación en un termino no mayor de 60 días hábiles posteriores a la fecha de entrada en vigor del presente decreto ".

El Artículo 8° en su Fracc. II del Decreto de Creación, faculta al Consejo para " aprobar y expedir el reglamento interno. . . " con base en esta facultad el Consejo expide el reglamento interno, pero no lo expide en el término que le señala el Artículo 5° transitorio del Decreto de Creación, ya que este le ordena que lo haga en un término no mayor de 60 días hábiles al hacer el computo se obtiene que el que el reglamento fue publicado 73 días después, con lo cual ya no estaba facultado el Consejo de la Comisión para expedirlo, por tanto es ilegal.

Una última consideración se basa en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, la cual según los artículos 1° y 2° se aplica supletoriamente a los actos de la administración pública centralizada, esta ley señala en su Art. 4° párrafo II. ". . . Cuando así lo establezcan las leyes, los proyectos de reglamentos, decretos, acuerdos y demás actos administrativos de carácter general, cuando afecten el interés público deberán ser publicados previamente en el Diario Oficial de la Federación, para dar oportunidad a los interesados de formular

observaciones sobre las medidas propuestas, dentro del plazo que las leyes señalen para tales efectos y, en su defecto, dentro del plazo de 60 días siguientes a su publicación. . . ". Al buscar en el Decreto de Creación de la CONAMED no señala esta obligación, pero al aplicarse supletoriamente este párrafo, y ya que afecta al interés público debió haberse publicado su proyecto.

Pasando al análisis de los artículos que conforman al reglamento, solo señalaré los que tengan alguna relación con los aspectos de la responsabilidad civil del médico.

ARTÍCULO 16°.- Este artículo hace mención de un reglamento para la atención de quejas el cual hasta el 30 de abril de 1997 no había sido expedido por lo que sigue siendo potestativo para la CONAMED el determinar si se esta en presencia de la responsabilidad civil del médico.

ARTÍCULO 30°.- Corresponde al Subcomisionado "A" el ejercicio de las siguientes facultades y obligaciones:

- I.- Asesorar e informar a los usuarios y prestadores de servicios médicos sobre sus derechos y obligaciones.
- II.- Recibir, admitir o rechazar las quejas presentadas por los usuarios de los servicios médicos, respecto de la presunta irregularidad en la prestación o negativa de prestación de servicios.
- III.- Investigar los hechos presumiblemente atribuidos a los prestadores de servicios médicos en los términos de las quejas presentadas.
- IV.- Instar a las partes involucradas en la queja a llegar a la conciliación.

Comentario.- Aquí si ya se suprime el término amigable composición.

V.- Proponer a las partes el arbitraje de la Comisión como medida para dirimir el conflicto materia de la queja.

VI.- Sustanciar el procedimiento de arbitraje.

Comentario.- *El cual sigue sin señalar si es en Amigable Composición o en Estricto Derecho.*

VII.- Conocer de las quejas presentadas en las Entidades Federativas y sustanciarlas conforme a los procedimientos establecidos al efecto.

VIII.- Realizar las investigaciones y estudios que requiera el análisis de la queja, a efecto de someter a consideración del Comisionado, el proyecto de laudo o resolución que corresponda.

IX.- Orientar a los usuarios sobre las instancias competentes para resolver conflictos derivados de servicios médicos prestados por quienes carecen de título o cédula profesional.

Comentario.- *Merece el mismo comentario a la Fracc. XII del Art. 4° del Decreto de Creación.*

ARTÍCULO 31°.- Corresponde al Subcomisionado "B" el ejercicio de las siguientes facultades y obligaciones:

I.- Dar seguimiento a los acuerdos, laudos y opiniones que emita la comisión.

II.- Establecer, para los efectos de la fracción anterior, los medios de comunicación adecuados, con las instituciones públicas y privadas, prestadoras de servicios médicos así como academias y colegios de profesionales de la medicina y disciplinas vinculadas al objeto de la comisión.

Comentario.- Estas dos fracciones se basan en lo dispuesto en la Fracc. VIII del Art. 4° del Decreto de Creación, al no contar la comisión con medios de ejecución de sus resoluciones su función se limita a exponer o declarar a la opinión pública sobre la negligencia médica de un sanitario con lo que se precisa la capacidad de la comisión quedando muy claro que sus decisiones son declarativas y no vinculatorias.

ARTÍCULO 32°.- Corresponde a la Dirección General de Orientación y Quejas el despacho de los siguientes asuntos:

I.- Brindar asesoría en materia de derecho a la protección de la salud.

II.- Orientar a los usuarios y prestadores de servicios médicos sobre los derechos y obligaciones que consigna la Ley General de Salud y otras disposiciones aplicables.

Comentario.- Ambas fracciones se desprenden de lo ordenado en la Fracción I del Art. 4° del Decreto de Creación.

III.- Dictaminar si las quejas recibidas son competencia de la Comisión.

Comentario.- Si aplicamos lo señalado en los Arts. 2° y 3° del Decreto de Creación son los únicos supuestos de que conoce la comisión.

IV.- Recibir, atender y calificar el fundamento de las quejas presentadas ante la comisión.

Comentario.- Esta fracción es una desatinada redacción, ya que la palabra fundamento jurídicamente significa el numeral o artículo que sirve como base para ejercitar una acción pretendiendo que lo señalado en este se

aplique; Así la palabra motivación significa los hechos en los cuales se basa la posible violación de la norma. a nivel Constitucional existe una máxima y es la que señala el Artículo 16 que consiste en la obligación de la autoridad para fundar y motivar. Estos dos vocablos por lo que significan deben encontrarse juntos, la Constitución lo hace así es que el texto debería quedar en la forma siguiente " recibir, atender y calificar el motivo y fundamento de las quejas. . . "

V.- Solicitar y analizar la información relativa a los hechos materia de la queja.

Comentario.- Esta fracción viene a corroborar la motivación y fundamentación que se menciona en el apartado anterior.

VI.- Turnar a las autoridades o instituciones correspondientes, los casos que no sean competencia de la comisión.

VIII.- Remitir a la Dirección General de Conciliación los expedientes que se determinen procedentes.

ARTÍCULO 33*.- Corresponde a la Dirección General de Conciliación el despacho de los siguientes asuntos:

I.- Recibir y analizar los expedientes de los asuntos remitidos por la Dirección General de Conciliación y Quejas.

II.- Investigar las quejas presentadas, así como solicitar y analizar los informes y demás documentos requeridos.

III.- Suscribir los citatorios y cédulas de notificación a usuarios, prestadores de servicios y demás personas relacionadas con los hechos materia de la queja.

Comentario.- La CONAMED aplica supletoriamente en este artículo lo señalado en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y el Código Federal de Procedimientos civiles.

IV.- Actuar como conciliador en aquellos casos en que exista reclamación susceptible de solución ante la comisión.

V.- Proponer a los usuarios de los servicios médicos y a los prestadores de dichos servicios la amigable composición.

Comentario.- Nuevamente esta fracción denota una pobre técnica jurídica, ya que al proponer es realizar funciones de conciliador y la amigable composición es una forma de resolver conflictos mediante el arbitraje, con lo cual se están tomando dos formas diferentes de heterocomposición de los conflictos para alumbrar una mutación jurídica bajo la forma de la conciliación.

VI.- Sustanciar los procedimientos de conciliación.

VII.- Formular propuestas de conciliación entre las partes.

Comentario.- Lo cual es el fundamento jurídico y teórico de la conciliación.

VIII.- Elaborar y determinar, en su caso, de conformidad con la voluntad de las partes, los convenios que se den como resultado de la amigable composición.

Comentario.- El resultado esta auspiciado bajo una conciliación en la que las partes accedieron a la propuesta que le realiza la CONAMED.

IX.- Proponer a las partes el procedimiento de arbitraje, en los no conciliados.

Comentario.- Sigue sin señalar la forma que va a adoptar el arbitraje.

X.- Remitir a la dirección General de Arbitraje los expedientes que se determinen precedentes.

ARTÍCULO 34°.- Corresponde a la Dirección General de Arbitraje el despacho de los siguientes asuntos:

I.- Recibir y analizar los expedientes de los asuntos remitidos por la Dirección General de Conciliación.

II.- Reunir los elementos necesarios para analizar los casos que se someten al arbitraje.

III.- Suscribir los citatorios y cédulas de notificación a usuarios, prestadores de servicios y demás personas relacionadas con los hechos materia del arbitraje.

Comentario.- La CONAMED aplica supletoriamente en este artículo lo señalado en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y el Código Federal de Procedimientos civiles.

IV.- Sustanciar los procedimientos de arbitraje.

Comentario.- Sigue sin señalar la forma de sustanciar este procedimiento.

V.- Realizar los anteproyectos de laudos que emitirá el Comisionado respecto de los asuntos sometidos al arbitraje.

VI.- Emitir opiniones técnicas en aquellos casos en que no se resuelva la queja mediante conciliación.

Comentario.- Esta opinión suponemos se puede utilizar como una prueba pericial para intentar probar su acción en el caso de intentar la acción de daños y perjuicios en un juicio ordinario civil contra el médico o viceversa.

Ahora este dictamen al ser emitido por una autoridad tiene como consecuencia una presunción de legalidad y podría constituir una prueba plena con las implicaciones legales que esto tiene.

ARTÍCULO 35°.- Corresponde a la Dirección General de Coordinación Regional el despacho de los siguientes asuntos:

I.- Conocer de las quejas presentadas por los usuarios en las entidades federativas e investigarlas.

Comentario.- Esta facultad se debe suponer es temporal ya que se pueden crear Comisiones Estatales de Arbitraje Médico. Ahora bien que utilidad práctica tendría si el problema que se pretende resolver necesita de rapidez como en el supuesto de la negativa de un servicio.

II.- Suscribir los citatorios y cédulas de notificación en las entidades federativas, a usuarios, prestadores de servicios y demás personas relacionadas con los hechos materia de la queja.

Comentario.- La CONAMED aplica supletoriamente en este artículo lo señalado en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y el Código Federal de Procedimientos Civiles.

III.- Coordinar con las Direcciones Generales de Conciliación y Arbitraje, el análisis e integración de los expedientes de queja, en las Entidades Federativas.

IV.- Proponer a las partes la conciliación y en su caso el arbitraje.

VII.- Propiciar la creación de organismos similares en cada entidad federativa.

Comentario.- Todavía no existe una Comisión Estatal de Arbitraje Médico

ARTÍCULO 36°.- Corresponde a la Dirección General de Compilación y Seguimiento el despacho de los siguientes asuntos:

I.- Representar legalmente a la comisión en los procedimientos judiciales y administrativos en que se requiera su intervención.

Comentario.- Esta dirección es la encargada de desahogar las pruebas periciales en los juicios en los que sea nombrado como perito.

VI.- Expedir copias certificadas de las constancias que obren en los archivos de la comisión, a petición debidamente fundada y motivada.

Comentario.- Con las implicaciones legales que esto implica ya que estos documentos son públicos y están emitidos por un organismo especializado.

VII.- Formular las bases y requisitos legales a que deban sujetarse los convenios, opiniones y procedimientos arbitrales que desarrolle la comisión.

Comentario.- En otras palabras la debida fundamentación de estos.

VIII.- Coordinar con las direcciones generales de Coordinación y Quejas, de Conciliación, de Arbitraje y de Coordinación Regional, el seguimiento de los acuerdos, opiniones y laudos.

Comentario.- En este punto hay que recordar que la comisión no tiene medios de ejecución propios y por tanto sus decisiones no son vinculatorias sino declarativas.

IX.- Solicitar información adicional a los prestadores de servicios médicos a efecto de precisar datos o para que aporten otros elementos que permitan evaluar el grado de cumplimiento de los compromisos derivados de los convenios de

conciliación o laudos de las quejas presentadas en su contra, y en su caso, practicar las diligencias que fueran necesarias para verificar la información recibida.

Comentario.- Al no tener Imperium la comisión no puede exigir el cumplimiento de sus resoluciones, entonces el contenido de esta fracción se sustenta únicamente en la buena intención de la autoridad y esta supeditada a la buena intención de los sanitarios.

X.- Informar a las Direcciones Generales de Conciliación y Arbitraje el estado que guarda el cumplimiento el compromiso de los convenios de conciliación o laudos que resulten de las quejas presentadas en su contra, a efecto de que dichas unidades administrativas conozcan su grado de atención.

Los numerales anteriormente transcritos constituyen los lineamientos de como actúa la comisión. De los comentarios hechos se deduce que esta comisión tanto en su regulación como en sus procedimientos estos son inapropiados por lo que se da la inseguridad jurídica.

TERCERO.- PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO.

Preciso es señalar los pasos que se requieren para la utilización del procedimiento y el agotamiento del mismo.

1) RECEPCIÓN DE LA QUEJA.- Esta se presentará a través de la Dirección General de Orientación y Quejas, la queja deberá reunir los requisitos que señala el Artículo 15 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.⁽⁹²⁾ entre los que están el nombre, domicilio para recibir notificaciones, las autorizaciones legales correspondientes, una relación sucinta de los hechos materia de la queja, los médicos responsables y la firma correspondiente. Existe una práctica que esta realizando la CONAMED y es que como política interna, no se están recibiendo quejas si las partes ejercitan sus derechos por otras vías actitud que vulnera el Artículo 13 de su Decreto de Creación. El termino para la presentación de la queja es de 2 años, después de los cuales ya no conocerá la comisión.

2) ANÁLISIS DEL CASO.- Lo lleva acabo la Dirección General de Orientación y Quejas, aquí la comisión valora si la queja es materia de su competencia y debe allegarse los medios de prueba.

3) RESOLUCIÓN INMEDIATA, ASESORÍA.- Si la queja no es materia de su competencia, solo se dará asesoría al usuario sobre las vías que puede agotar para resolver su problema.

4) PRESTADOR O PRESTADORES DE SERVICIOS.- Se les notificara de la queja, aquí se le correrá traslado de la misma, y se le solicitara comparezcan ante la comisión para alegar lo que a su derecho convenga, solicitándoles un

⁽⁹²⁾ Se aplica supletoriamente lo señalado en el Artículo 1 de la ley Federal de Procedimiento Administrativo, el cual a la letra señala: " las disposiciones de esta ley son de orden e interés publico, y se aplicaran a los actos, procedimientos y resoluciones de la administración publica federal centralizada. . . "

informe detallado, así como las probanzas que ratifiquen su dicho, el termino que se señala para este informe no podrá ser mayor de 10 días según lo señala el Artículo 32 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Dichas actividades las realizara la Dirección General de Conciliación.

5) AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN - Este es quizá el punto mas importante que tenga la comisión a su favor basado en la celeridad y economía procesal, aquí a las partes se les conmina a un arreglo, en caso de asi pactarlo se procederá a levantar el acta con el acuerdo correspondiente. Dando fin a la controversia.

6) PROPONE EL ARBITRAJE.- Si las partes no llegan a un acuerdo se les propondrá que nombren a la comisión arbitro para dirimir su controversia, si las partes no aceptan se emitirá la opinión técnica correspondiente para los efectos legales a que haya lugar.

7) LAUDO.- Si se sometieron expresamente al arbitraje las partes, la Dirección General de Arbitraje emitirá el laudo correspondiente el cual llevará la firma autógrafa del Comisionado Nacional y se terminará el conflicto.

Existen ciertas circunstancias las cuales por su importancia se abordan a continuación.

Primera.- Los laudos que emite la comisión no tienen el carácter de coercibles ni son vinculatorios, para que se puedan hacer de cumplimiento forzoso se tendrá que llevar éste a la homologación por parte del juez, el cual en este caso es un juez de lo civil del fuero común, debido:

1) Las actividades de la Comisión se circunscriben a levantar el compromiso arbitral.

2) El litigio se basa en la acción de ejecución forzosa del laudo es fundamentado en la indemnización de daños y perjuicios que señalan los artículos 1910, 1915, 1916 y demás aplicables del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

3) La vía es la ordinaria civil.

Segundo.- Al aplicarse, supletoriamente la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, se está facultado para oponer el recurso de revisión que contempla este ordenamiento. Ahora bien según lo dispuesto por el Artículo 83 del citado ordenamiento, su agotamiento es optativo, con la oposición de este recurso se rompe con el principio de celeridad y economía procesal, ya que si se tramita, la resolución que sobre este recaiga no es vinculatoria y no puede hacerse exigible su cumplimiento, por lo que se encuentra supeditado a la voluntad de las partes y la oposición de este recurso no tiene otro objetivo que el de retardar el procedimiento.

Tercero.- Ya sea el acuerdo conciliatorio o el laudo arbitral desde mi muy particular punto de vista debe de sujetarse cuando exista un daño a lo señalado en el Código Civil vigente para el Distrito Federal y la Ley Federal del Trabajo, por lo que considero que debería agregarse un fracción a su artículo 4° del Decreto de Creación en el que se establezca que las indemnizaciones que se señalen en los laudos arbitrales y en los acuerdos conciliatorios deben tener como base a lo señalado en los ordenamientos anteriormente citados.

CUARTO.- FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO.

En este punto es conveniente transcribir dos acuerdos conciliatorios, los que se considera servirán para ejemplificar la utilidad de la comisión en dichos acuerdos conciliatorios. Sin señalar los nombres de las personas involucradas por obviedad de razones;

COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO

Miña No. 250, Esq. Eugenia, Col. Narvarte

EXPEDIENTE XXX/XX

EN LA CIUDAD DE MÉXICO, DISTRITO FEDERAL, SIENDO LAS 12:00 HORAS DEL DÍA 1 DE ABRIL DE 1997, EN LAS OFICINAS QUE OCUPA ESTA H. COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO, LOS TITULARES DE LA SALA 2 CONCILIATORIA INTEGRADA POR EL DR. XXXXXXXXXXXX Y EL LIC. XXXXXXXXXXXX HACEN CONSTAR QUE EN EL ACTO SE ENCUENTRAN PRESENTES PARA LA CELEBRACIÓN DE LA AUDIENCIA DIFERIDA EL 20 DE MARZO DE 1997, CON EL OBJETO DE QUE LOS PRESTADORES PUDIERAN ANALIZAR LA PROPUESTA DE AJUSTE ADMINISTRATIVO MANIFESTADO POR LA QUEJOSA XXXXXXXXXXXX, EN REPRESENTACIÓN DE SU ESPOSO EL USUARIO XXXXXXXXXXXX, ASISTIDA POR EL ABOGADO XXXXXXXXXXXX QUIENES SE ENCUENTRAN IDENTIFICADOS EN EL EXPEDIENTE-----

LOS PRESTADORES DEL SERVICIO, DR. XXXXXXXXXXXX, DR. XXXXXXXXXXXX, Y DR. XXXXXXXXXXXX, QUIEN SE TUVO QUE RETIRAR POR MOTIVOS PERSONALES; ASISTIDOS POR EL LIC. XXXXXXXXXXXX, QUIEN SE ENCUENTRA IDENTIFICADO EN EL EXPEDIENTE.----- EN ESTE ACTO, AMBAS PARTES SE RECONOCEN PERSONALIDAD PARA EFECTOS DE LA PRESENTE.-----

ESTA H. COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO POR CONDUCTO DE LOS CONCILIADORES EXHORTAN A LAS PARTES PARA QUE DIRIMAN LA CONTROVERSIA MEDIANTE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN; Y SE CONDUZCAN CON VERDAD. ASÍ MISMO LES INFORMAN DE LOS ALCANCES QUE TIENE LA CONCILIACIÓN EN ESTA ETAPA Y EN QUE CONSISTE EL ARBITRAJE Y LOS REQUISITOS QUE SE REQUIEREN PARA QUE ESTE SE EFECTÚE.-----

LOS PRESTADORES DEL SERVICIO EN USO DE LA PALABRA MANIFIESTAN:-" COMO INTEGRANTES DEL GRUPO MÉDICO QUE ATENDIÓ AL SR. XXXXXXXXXXXX, Y CON EL ANIMO

DE CONCILIAR LA PRESENTE CONTROVERSIA, PROPONEMOS UN AJUSTE ADMINISTRATIVO POR LA CANTIDAD DE \$80,000 (OCHENTA MIL PESOS 00/100 M.N.), PAGADEROS EN TRES APORTACIONES, LA PRIMERA EL DÍA 2 DE MAYO DEL AÑO EN CURSO POR LA CANTIDAD DE 26,600.00 (VEINTISÉIS MIL, SEISCIENTOS PESOS 00/100 M.N.), LA SEGUNDA EL DÍA 2 DE JUNIO DEL AÑO EN CURSO POR LA CANTIDAD DE 26,600.00 (VEINTISÉIS MIL, SEISCIENTOS PESOS 00/100 M.N.) Y LA TERCERA EL 1 DE JULIO DEL AÑO EN CURSO POR LA CANTIDAD DE 26,800.00 (VEINTISÉIS MIL, OCHOCIENTOS PESOS 00/100 M.N.), SOLICITAMOS QUE DICHAS APORTACIONES SE EFECTÚAN ANTE ESTA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO. ES TODO LO QUE TENEMOS QUE DECIR ".....

EN USO DE LA PALABRA LA QUEJOSA XXXXXXXXXXXX MANIFIESTA "-" ACEPTO EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE MI ESPOSO, LO CUAL ACREDITO SON LA CARTA PODER QUE PRESENTO Y SOLICITO SE ADJUNTE AL EXPEDIENTE, EL AJUSTE ADMINISTRATIVO PROPUESTO POR LOS PRESTADORES DEL SERVICIO DRS. XXXXXXXXXXXX Y XXXXXXXXXXXX Y ESTOY DE ACUERDO QUE SE EFECTÚEN LOS PAGOS ANTE ESTA COMISIÓN NACIONAL, Y SEÑALO QUE CUANDO SE ME EFECTUÉ EL ULTIMO PAGO, OTORGARE ANTE ESTA COMISIÓN A LOS PRESTADORES DEL SERVICIO, EL MAS AMPLIO FINIQUITO QUE EN DERECHO PROCEDA, EN MATERIA DE LA PRESENTE QUEJA, ES TODO LO QUE TENGO QUE DECIR ".....

CON LOS COMPROMISOS ESTABLECIDOS LAS PARTES, DE MANERA VOLUNTARIA, DAN POR CONCILIADA SU CONTROVERSIA EN AMIGABLE COMPOSICIÓN

ESTA H. COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO POR LO ANTES EXPUESTO Y CON FUNDAMENTO EN LO DISPUESTO POR LOS ARTÍCULOS 1°, 2°, 3°, 11°, 57°, 58°, 59° Y DEMÁS RELATIVOS APLICABLES DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO 1°, 2°, 3°, 4° Y 5° APLICABLES DEL DECRETO DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 3 DE JUNIO DE 1996.....

-----ACUERDA-----

PRIMERO.- TÉNGASE POR ACREDITADA Y RECONOCIDA LA PERSONALIDAD DE LAS PARTES Y HECHAS LAS MANIFESTACIONES QUE ANTECEDEN PARA TODOS LOS FINES LEGALES A QUE HAYA LUGAR-----

SEGUNDO.- TODA VEZ QUE DE LO MANIFESTADO EN EL CUERPO DE LA PRESENTE, SE DESPRENDE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE CONCILIAR SU CONTROVERSIJA MEDIANTE EL AJUSTE ADMINISTRATIVO ARRIBA SEÑALADO, LOS TITULARES DE LA SALA CONCILIATORIA NUMERO 2, DETERMINAN LA PRESENTE QUEJA COMO CONCILIADA Y LA DARÁN POR CONCLUIDA CON EL CUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS ESTABLECIDOS POR LAS PARTES-----

TERCERO.- DE ACUERDO A LO SOLICITADO POR LAS PARTES, LOS PAGOS SE EFECTUARAN ANTE ESTA COMISIÓN LOS DÍAS 2 DE MAYO, 2 DE JUNIO Y 1 DE JULIO DEL PRESENTE AÑO-----

CUARTO.- NOTIFIQUENSE LOS ACUERDOS AL DR. XXXXXXXXXXX-----

QUINTO.- A LA FIRMA DE LA PRESENTE, LAS PARTES SE DAN POR NOTIFICADAS DE QUE LOS PAGOS SERÁN EN LAS OFICINAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE CONCILIACIÓN LOS DÍAS SEÑALADOS A LAS 9:00 HORAS-----

LA PRESENTE AUDIENCIA SE CONCLUYA A LAS 15:00 HORAS DEL DÍA DE SU INICIO FIRMANDO PARA CONSTANCIA LOS QUE EN ELLA INTERVINIERON.-----

LA QUEJOSA
XXXXXXXXXX

EL ABOGADO DE LA QUEJOSA
XXXXXXXXXX

EL PRESTADOR DEL SERVICIO
XXXXXXXXXX

EL PRESTADOR DEL SERVICIO
XXXXXXXXXX

POR LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO

CONCILIADOR
DR. XXXXXXXXXXX

CONCILIADOR
LIC. XXXXXXXXXXX

COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO

Mitla No. 250, Esq. Eugenia, Col. Narvarte

EXPEDIENTE XXX/XX

EN LA CIUDAD DE MÉXICO, DISTRITO FEDERAL, SIENDO LAS 11:30 HORAS DEL DÍA 15 DE ENERO DE 1997. EN LAS OFICINAS QUE OCUPA ESTA H. COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO, LOS TITULARES DE LA SALA 2 CONCILIATORIA INTEGRADA POR EL DR. XXXXXXXXXXXX Y EL LIC. XXXXXXXXXXXX HACEN CONSTAR QUE EN EL ACTO SE ENCUENTRAN PRESENTES PARA LA CELEBRACIÓN DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN ACORDADA EL 16 DE DICIEMBRE DE 1996 -----
LA USUARIA, XXXXXXXXXXXX, QUIEN SE ENCUENTRA IDENTIFICADA ANTE ESTA COMISIÓN,-----
EL PRESTADOR DEL SERVICIO EN REPRESENTACIÓN DEL ISSSTE LIC. XXXXXXXXXXXX, JEFE DE SERVICIOS DE QUEJAS Y DENUNCIAS. LIC. XXXXXXXXXXXX JEFE DEL DEPARTAMENTO DE QUEJAS Y DENUNCIAS DE LA COORDINACIÓN REGIONAL DE ATENCIÓN AL DERECHOHABIENTE, Y EL DR. XXXXXXXXXXXX, REPRESENTANTE DE LA SUBDIRECCIÓN MÉDICA DEL INSTITUTO, QUIENES SE ENCUENTRAN IDENTIFICADOS PREVIAMENTE ANTE ESTA H. COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO,-----
EN ESTE ACTO AMBAS PARTES SE RECONOCEN PERSONALIDAD PARA EFECTOS DE LA PRESENTE.-----
ESTA H. COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO POR CONDUCTO DE LOS CONCILIADORES EXHORTAN A LAS PARTES PARA QUE DIRIMAN LA CONTROVERSIA MEDIANTE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN; Y SE CONDUZCAN CON VERDAD. ASÍ MISMO LES INFORMAN DE LOS ALCANCES QUE TIENE LA CONCILIACIÓN EN ESTA ETAPA Y EN QUE CONSISTE EL ARBITRAJE Y LOS REQUISITOS QUE SE REQUIEREN PARA QUE ESTE SE EFECTUÉ.-----

LOS REPRESENTANTES DEL ISSSTE, PRESTADOR DEL SERVICIO, EN USO DE LA PALABRA MANIFIESTAN QUE EN LA SESIÓN 2/ 96. D E FECHA 30 DE ENERO DEL AÑO PRÓXIMO PASADO, EL COMITÉ TÉCNICO DE QUEJAS MÉDICAS AL ANALIZAR EL CASO DE LA SRA. XXXXXXXXXXXX, DETERMINO COMO IMPROCEDENTE SU SOLICITUD DE REEMBOLSO; SIN EMBARGO A SOLICITUD EXPRESA DE LOS TITULARES DE ESTA SALA CONCILIATORIA Y DE LO DICHO POR LA QUEJOSA, NOS COMPROMETEMOS A QUE SE ADMITA, TRAMITE Y RESUELVA LO QUE EN DERECHO PROCEDA, EN SU MOMENTO LA INCONFORMIDAD EN CONTRA DEL DICTAMEN DE IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE REEMBOLSO A LA QUE SE HA HECHO ALUSIÓN, PARA LO CUAL SE HACEN NECESARIO QUE LA SRA. XXXXXXXXXXXX, PRESENTE EL ESCRITO DE INCONFORMIDAD CORRESPONDIENTE CON LAS CONSIDERACIONES Y LOS NUEVOS ELEMENTOS QUE SE APORTEN ANTE LA COORDINACIÓN GENERAL DE ATENCIÓN AL DERECHOHABIENTE, PARA DARLE SEGUIMIENTO ANTE LA UNIDAD DE AUDITORIA INTERNA ORIENTE PARA LA RESOLUCIÓN DEL COMITÉ TÉCNICO DE QUEJAS MÉDICAS QUE EN DERECHO PROCEDA, LA COORDINACIÓN GENERAL DARÁ SEGUIMIENTO A DICHO TRAMITE Y BUSCARA EN LO POSIBLE SU AGILIZACIÓN EN EL ENTENDIDO DE QUE, LA SOLICITUD DE REEMBOLSO FUERA DETERMINADA COMO PROCEDENTE Y SI DEL ANÁLISIS DEL ASUNTO SE DESPRENDIERAN ELEMENTOS DE POSIBLE RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL MÉDICO QUE PARTICIPO EN LA ATENCIÓN DE LA DERECHOHABIENTE, XXXXXXXXXXXX, SE SOLICITARA EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN RESPECTIVA, LO CUAL SE SOLICITARA POR LA CONTRALORÍA GENERAL DEL INSTITUTO.....

EN EL ASPECTO MÉDICO SE OFRECE RETOMAR LA ATENCIÓN MÉDICA INSTITUCIONAL SOBRE LOS PADECIMIENTOS DE LA DERECHOHABIENTE PARA LO CUAL YA SE HA ESTABLECIDO COMUNICACIÓN CON LA Srita XXXXXXXXXXXX, JEFA DE LA UNIDAD DE ATENCIÓN AL DERECHOHABIENTE DE LA CLÍNICA DE MEDICINA FAMILIAR MOCTEZUMA, CON OBJETO DE QUE LA SRA. XXXXXXXXXXXX, SEA REEVALORADA MÉDICAMENTE CON OBJETO DE ESTAR EN POSIBILIDAD DE QUE SE ENVIÉ AL SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN

A LAS ESPECIALIDADES QUE REQUIERA SU PADECIMIENTO EN EL HOSPITAL REGIONAL RESPECTIVO. LA COORDINACIÓN REGIONAL SE COMPROMETE A VIGILAR QUE LA ATENCIÓN SEA OPORTUNA Y DE CALIDAD. GESTIONANDO QUE LAS CONSULTAS RESPECTIVAS SE REALICEN A LA BREVEDAD POSIBLE. PARA LO CUAL ENVIARA COPIA DE LA PRESENTE A LAS ÁREAS MEDICAS INVOLUCRADAS, DE ESTO SE INFORMARA OPORTUNAMENTE A ESTA COMISIÓN. ES TODO LO QUE TENEMOS QUE DECIR. "-----

EN USO DE LA PALABRA QUE LE FUE CONCEDIDA A LA USUARIA SRA. XXXXXXXXXXXX, MANIFIESTA: " ACEPTO LOS COMPROMISOS PROPUESTOS POR LOS REPRESENTANTES DEL ISSSTE Y CON EL DEBIDO CUMPLIMIENTO DE LOS MISMOS ESTOY DE ACUERDO EN DAR POR CONCLUIDA MI QUEJA EN AMIGABLE COMPOSICIÓN, PERO SOLICITO QUE SE DEJEN A SALVO MIS DERECHOS PARA HACERLOS VALER COMO LEGALMENTE CORRESPONDA, EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE DICHOS COMPROMISOS, QUE ES TODO LO QUE TENGO QUE DECIR ."-----

AMBAS PARTES DE MANERA VOLUNTARIA DAN POR CONCILIADA SU CONTROVERSIA EN AMIGABLE COMPOSICIÓN OTORGÁNDOSE EL FINQUITO QUE EN DERECHO CORRESPONDA SOBRE LA MATERIA DE LA PRESENTE QUEJA.-----

ESTA H. COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO POR LO ANTES EXPUESTO Y CON FUNDAMENTO EN LO DISPUESTO POR LOS ARTÍCULOS 1°, 2°, 3°, 11°, 57°, 58°, 59° Y DEMÁS RELATIVOS APLICABLES DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO 1°, 2°, 3°, 4° Y 5° APLICABLES DEL DECRETO DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO. PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 3 DE JUNIO DE 1996.-----

-----ES DE RESOLVERSE Y SE RESUELVE-----

PRIMERO.-TENGANSE POR HECHAS LAS MANIFESTACIONES QUE ANTECEDEN PARA TODOS LOS FINES LEGALES A QUE HAYA LUGAR.-----

SEGUNDO.- TODA VEZ QUE DE LO MANIFESTADO EN EL CUERPO DE LA PRESENTE, SE DESPRENDE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE CONCILIAR SU CONTROVERSIA MEDIANTE

LA AMIGABLE COMPOSICIÓN ESTA COMISIÓN POR CONDUCTO DE SUS CONCILIADORES LA DETERMINA COMO CONCLUIDA Y LA ENVÍA AL ARCHIVO.....
TERCERO.-CONFORME A LO SOLICITADO POR LA USUARIA XXXXXXXXXXXX, SE LE DEJAN A SALVO SUS DERECHOS PARA QUE LOS HAGA VALER COMO EN DERECHO PROCEDA EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS ESTABLECIDOS POR LOS REPRESENTANTES DEL ISSSTE PRESTADOR DEL SERVICIO.....
LA PRESENTE AUDIENCIA SE CONCLUYA A LAS 13:15 HORAS DEL DÍA DE SU INICIO FIRMANDO PARA CONSTANCIA LOS QUE EN ELLA INTERVINIERON.....

LA USUARIA

XXXXXXXXXXXX

POR EL ISSSTE PRESTADOR
DEL SERVICIO MEDICO

XXXXXXXXXXXX

POR EL ISSSTE PRESTADOR
DEL SERVICIO MEDICO

XXXXXXXXXXXX

POR EL ISSSTE PRESTADOR.
DEL SERVICIO MEDICO

XXXXXXXXXXXXXXXX

POR LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO

CONCILIADOR
DR. XXXXXXXXXXXX

CONCILIADOR
LIC. XXXXXXXXXXXX

De los dos acuerdos conciliatorios transcritos anteriormente se desprende el gran valor que adquiere la CONAMED, ya que la mayoría de los problemas suscitados entre médicos y pacientes se deben a la falta de comunicación entre usuarios y prestadores de servicios en muchas ocasiones el problema no es

realmente una negligencia médica con resultados evidentes y permanentes sobre la salud del usuario, sino que consiste en la falta de tacto de los médicos para comprender el impacto psicológico que representa una enfermedad para los usuarios, por otro lado es importante la celeridad con la cual son resueltos estos asuntos ya que en un término de entre quince días y un mes aproximadamente se realizan las audiencias de conciliación, fomentando así que la materia de prestación de servicios de salud no concurra a elevar la carga de trabajo de nuestros tribunales.

A continuación señalaré algunas estadísticas de como ha funcionado la CONAMED a menos de un años de su creación.

1994. Antes de su creación, los problemas en los servicio de salud eran:

30% Falta de Recursos.

44% Mala Calidad de Atención.

26% Otras Causas

Durante sus primeros 38 días hábiles de funcionamiento se recibieron 1138 asuntos de los cuales:

51.1% = 582 asuntos se solucionaron mediante la atención inmediata.

48.9% = 556 asuntos se abrieron sus expedientes y se procedió a la conciliación.

Por ultimo en el periodo que abarca del 10 de junio de 1996 al 28 de enero de 1997 el comisionado señalo que se recibieron:

A s u n t o s	3004
E n p r o c e s o	791

Casos Resueltos	2213
Solución Inmediata	1607
Casos Conciliados	530
Dictámenes Médicos	58
Arbitrajes	18

Entre las disciplinas médicas que reciben un numero mayor de quejas están:

- 1) TRAUMATOLOGÍA
- 2) GINECO-OBSTETRICIA
- 3) URGENCIAS.
- 4) MEDICINA GENERAL Y FAMILIAR
- 5) CIRUGÍA GENERAL
- 6) ODONTOLOGÍA
- 7) OFTALMOLOGÍA
- 8) GASTROENTEROLOGÍA.
- 9) CIRUGÍA PLÁSTICA.
- 10) OTRAS ESPECIALIDADES.

De las cifras anteriormente señaladas se comprende la importancia que la CONAMED a tenido en estos meses de gestión, este esfuerzo realizado por el gobierno, a pretendido, hacer de la practica médica una disciplina menos litigiosa que sus homologas tanto Estadounidense como Canadiense, pretendiendo darle una solución mas rápida a los conflictos suscitados entre médicos y pacientes. El

camino andado nos permite señalar que la CONAMED a pesar de no estar sustentada, jurídicamente de la mejor forma, pretende cubrir las necesidades de nuestra sociedad mexicana, la importancia de la CONAMED reside esencialmente en la celeridad y equidad, ya que generalmente la mayoría de los problemas que los usuarios contemplan son la falta de atención, es decir se circunscriben a fricciones entre el personal médico y los usuarios, y no a prácticas negligentes y dolosas por parte de los sanitarios.

Así pues, este organismo es bienvenido por la sociedad mexicana, como una vía más de control para defender sus derechos, tal vez no sea como lo he mencionado el camino idóneo, ni la forma correcta de plantearlo, pero lo que sí es un hecho, es que la creación de este organismo viene a constituir un retroceso debido a la ineficacia de nuestras instituciones jurisdiccionales, y de control interno de los organismos sanitarios.

QUINTO.- PROPUESTAS.

Se sustentan principalmente en dos ideas, las que he venido señalando a lo largo de este trabajo de investigación.

La primera se basa en que la figura jurídica del arbitraje se puede pactar su sometimiento, tanto en el compromiso arbitral (fundamento de la CONAMED) como en la cláusula arbitral (origen contractual). Debería exigirse como un requisito a la prestación de servicios profesionales de un médico, la celebración de un contrato ya que como se recuerda es un contrato de adhesión

generalmente, y en éste debe señalarse, de forma expresa el sometimiento por parte de los contratantes al arbitraje de la comisión para dirimir cualquier controversia posterior lo que se lograría entre otras cuestiones mediante la expedición de una NOM en materia de requisitos mínimos en la prestación de servicios médicos. Ahora bien tenemos que recordar que la comisión está facultada para que cuando tenga conocimiento de alguna conducta que pueda constituir un delito hacerla saber a la autoridad competente, supuesto de la responsabilidad penal.

En segundo término, tanto en los acuerdos conciliatorios como los laudos arbitrales, la comisión debe velar por la defensa de la justicia y la equidad, así debe propugnar porque las indemnizaciones que decrete, se basen en las disposiciones del Código Civil vigente para el Distrito Federal, la Ley Federal del Trabajo, la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos y la Ley General de Salud es decir, tomando en cuenta todo el marco legal aplicable; aunque los acuerdos conciliatorios se rijan por la autonomía de la voluntad de las partes, la Comisión tiene la innegable obligación como parte de la administración pública de velar por el bienestar de los ciudadanos, este objetivo lo logrará a medida que su actuación esté apegada a derecho por lo menos y por lo que respecta a los arbitrajes, estos deben ser basándose en tales disposiciones como mínimo, logrando así un BIENESTAR SOCIAL.

CONCLUSIONES

- 1)** La salud es un elemento sine qua non que consagra la vida, así este es reconocido como un derecho universal de donde es retomada por nuestra Carta Magna en el Artículo 4o Constitucional señalando que todo individuo tiene derecho que le protejan su salud. Los medios que le protegen son tanto públicos como privados, y si éstos no lo realizan en la forma correcta deben responder jurídicamente por esto.
- 2)** El hombre en su evolución ha creado normas para su convivencia en sociedad, quienes tutelan la vida, la salud, el patrimonio, la libertad, etc. Estas al ser violentadas dan origen a la responsabilidad por parte de quien las violenta, esta responsabilidad ha evolucionado desde antes del Derecho Romano llegando hasta nuestros días con una regulación abundante
- 3)** La figura de la responsabilidad se funda en la máxima de no ofender o causar daño. La cual se encuentra basada en los deberes morales y jurídicos, así la responsabilidad surge cuando una persona se obliga a realizar una determinada conducta por así ordenárselo su moral o la ley, trayendo como consecuencia ésto que la responsabilidad sea moral o jurídica. La responsabilidad jurídica se divide doctrinalmente en dos grandes continentes, que son el de la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva con sus características propias.
- 4)** La responsabilidad subjetiva es la que tiene como fundamento la voluntad del individuo de causar daño, ya sea dolosa o culposamente. Esta responsabilidad a su vez se divide en responsabilidad contractual o extracontractual también

llamada delictual. Por cuanto a la primera se da por el incumplimiento de un acuerdo de voluntades (contrato) y en la segunda por contravenir los deberes jurídicos señalados en las leyes, ya sea por una acción o por una abstención. Existen 3 elementos sine qua non para que se configure a la responsabilidad subjetiva, que son: 1) una acción o una omisión de un deber jurídico proveniente de una norma o un contrato; 2) que se produzca un daño; 3) que exista un nexo de causalidad entre ambos.

5) La responsabilidad objetiva es también conocida como por el hecho de las cosas o de riesgo creado. En este tipo de responsabilidad no existe la voluntad de causar el daño, pero éste se causa, ya que se introduce en la sociedad un objeto peligroso y éste produce un daño. La responsabilidad objetiva tiene a su vez tres requisitos indubitables: 1) que se use un mecanismo peligroso; 2) que se cause un daño; 3) un nexo de causalidad entre hecho y daño.

6) La responsabilidad civil del médico es tanto subjetiva como objetiva, es subjetiva, ya que tiene una doble fuente: la contractual como producto de un incumplimiento de un contrato de prestación de servicios profesionales el que las partes son el médico como deudor del servicio y el paciente o usuario, como acreedor del servicio. Y la extracontractual en el supuesto de que se preste el servicio en ausencia de todo contrato. Y objetiva por el uso de mecanismos peligrosos.

7) La regulación del contrato de prestación de servicios profesionales, es ineficaz por parte de nuestro Código Civil, ya que se aplica sin distinción a cualquier profesionista, sin comprender que cada disciplina debe de contener sus propias

reglas, por la naturaleza misma de los servicios que se prestan, para el supuesto de los médicos, no señala sus obligaciones, no exige el requisito de la forma para conocer el alcance de los mismos, se aplica indistintamente a los servicios públicos, privados y sociales, sin señalar que la obligación del médico es de medios o diligencia y no de resultado. Ya que el médico no está obligado a curar el mal o extirpar el dolor sino a actuar con la mayor diligencia, poniendo en sus actos el cuidado y la atención exigible a su calidad profesional.

8) Debe regularse en la Ley General de Salud al contrato de prestación de servicios profesionales realizado por un médico particular o una institución hospitalaria. Con la singularidad de ser un contrato de adhesión, fundamentado en una Norma Oficial Mexicana, de prestación de los servicios de salud, la cual establezca, los parámetros mínimos de higiene y diligencia de estos médicos o instituciones hospitalarias, así como una cláusula arbitral donde sea designada la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

9) Existen conductas activas u omisivas que realiza un médico y que pueden hacer presumible, el nexo de causalidad entre el hecho y el daño, dando origen a su responsabilidad civil como : el dolo, la culpa, la negligencia, la ignorancia, el error, la impericia, la iatrogenia, la experimentación médica hecha sobre el cuerpo humano. A su vez existen circunstancias que logran excluir de la responsabilidad civil al médico como : el caso fortuito, la causa mayor y la culpa inexcusable de la víctima.

10) El segundo elemento de la responsabilidad civil del médico, lo constituye el daño, subsumiéndose en este elemento al daño moral y al perjuicio. Cuando se

está en presencia de una negligencia médica, siempre se propiciará el daño moral, la forma en que se reparan estas clases de daño es mediante la indemnización cuantificada conjuntamente por el Código Civil vigente para el Distrito Federal y la Ley Federal del Trabajo, cuyos montos son inadecuados por ser éstos ínfimos.

11) El Estado ha creado mecanismos que protegen a las garantías individuales, como son a través del Juicio de Amparo; Por la ineficacia de éste se crea a la Comisión Nacional de Derechos Humanos y las Comisiones Estatales de Derechos Humanos las que continúan siendo ineficientes en materia de prestación de servicios médicos cuando ambos son particulares por lo que se alumbra a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico la que pretende resolver los conflictos suscitados entre médicos o instituciones hospitalarias públicas privadas y sociales y sus pacientes a través de procedimientos conciliatorios y arbitrales, en donde se cuantificarán indemnizaciones por negligencias médicas.

12) La figura del arbitraje es una forma heterocompositiva de resolver conflictos, tiene sus antecedentes desde el Derecho Romano, pasando por España y Francia, en México existen una infinidad de organismos ante quienes se tramitan procedimientos arbitrales, organismos de la más variada diversidad material, los cuales conocen desde conflictos mercantiles, financieros, laborales, de protección al consumidor, y en materia de servicios de salud. Los cuales son tanto públicos como privados, resueltos con base en el estricto derecho o en la amigable composición, cuyo sometimiento puede ser potestativo o forzoso.

13) Es ineficiente la regulación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, desde su decreto de creación, su reglamento interno, hasta los laudos que emite, ya que estos procedimientos se basan en la buena fe de las partes, y si no existe ésta, el procedimiento se volverá litigioso, incumpliendo con esto su objetivo principal.

14) La Comisión Nacional de Arbitraje Médico es un producto más del sistema presidencialista en el que vivimos y constituye el retroceso de nuestras instituciones jurisdiccionales, como posible solución a los conflictos suscitados entre médicos y pacientes, es un buen intento, pero debe modificar sustancialmente sus estructuras jurídicas para poder lograr su propósito, como lo sería, si en el procedimiento arbitral tramitado ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, se pactaren, además del compromiso arbitral, mediante la cláusula arbitral, debiendo basar los laudos en estricto derecho y no en amigable composición

BIBLIOGRAFIA

- Acosta Romero, Miguel., Teoría general del derecho administrativo primer curso, 11 Edición, Editorial Porrúa, México 1993.
- Achaval, Alfredo., Responsabilidad Civil del Médico, Editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1982.
- Altamira Gigena, Julio., Responsabilidad del Estado, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973.
- Alvarez Alonso, Salvador., Responsabilidad Civil, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978
- Bejarano Sanchez, Manuel., obligaciones civiles, 3 Edición, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Harla, México, 1981.
- Betti, Emilio., Teoría General de las Obligaciones, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1969.
- Boffi Boggero, Luis Maria., Responsabilidad, Separata de la Enciclopedia Jurídica Omeba, Argentina, 1958.
- Bustamante Alsina, Jorge., Teoría General de la Responsabilidad Civil, 6 Edición, Editorial Abeledo-Perrot, buenos Aires 1978.
- Briseño Sierra, Humberto., El Arbitraje en el Derecho Privado, Imprenta Universitaria, Instituto de Derecho Comparado, UNAM, México, 1969
- Capitant, Henri., Vocabulario Jurídico, Trad. Aquiles Horacio Guaglianone, Editorial de Palma, Buenos Aires 1979.
- D'ORS, Alvaro., Derecho Privado Romano, 8 Edición, Editorial Universidad de Navarra S.A., Pamplona 199.
- Grandini Gonzalez, Javier., Medicina Forense, Editora Mexicana, México 1980
- Iglesias, Juan, Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado, 6 Edición, Editorial Ariel , Barcelona- Caracas- México, 1972.
- Luis Lorenzetti, Ricardo., Responsabilidad civil de los Médicos, Editorial, Rubinzal-Culzoni, 1977.
- Lucero Espinoza, Manuel., Ley Federal de Procedimiento Administrativo Comentada, Editorial Porrúa, México, 1996.

Lucero Espinoza, Manuel., Ley Federal de Procedimiento Administrativo Comentada, Editorial Porrúa, México, 1996.

Martínez Alfaro, Joaquín., Teoría de la Obligación, 3 Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1993.

Mazeaud-Tunc., Tratado de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Ediciones Jurídicas Europa-América Tomos I, II, III y IV, Buenos Aires, 1977.

Miguel Díaz, Luis., Arbitraje privatización de la Justicia, Editora themis, México, 1991.

Muñoz, Luis., Teoría general del Contrato, 9 Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1973.

Ovalle Favela, José., Teoría General del Proceso, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Harla, México, 1991.

Pascual Estevill, Luis., La Responsabilidad Extracontractual, Aquiliana o Delictual, Tomo II, Volumen 2, Parte Especial, Continuación, Editorial BOSCH S.A., Barcelona-España, 1992.

Rojina Villegas, Rafael., Compendio de Derecho Civil, Tomos III y IV, 18 Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1993.

Riu, Jorge Alberto., Responsabilidad Profesional de los Médicos, Editorial L.E.A., Argentina, 1981.

Suarez Gil, Enrique., LA Teoría Integral del Derecho, Editorial Cajica S.A., Puebla, México, 1988.

Comisión Nacional de Derechos Humanos., La Responsabilidad Profesional del Médico y los Derechos Humanos, Editorial CNDH., México, 1995.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo.

Ley Federal del Trabajo.

Ley General de Salud.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Ley Federal de Protección al Consumidor.

Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos.

Código Penal para el Distrito Federal.

Código Civil para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal.

Ley Reglamentaria del Artículo 5° Constitucional Relativo al ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal.

Decreto de Creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

Instituto de Investigaciones Jurídicas., Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa S.A., México 1995.

Enciclopedia Metódica Larousse., Ediciones Larousse S.A., México, 1983.

Colección Científica de Time-Life. Editorial Reproducciones Fotomecánicas S.A., México, 1980.

Diccionario Marxista de Filosofía. Ediciones de Cultura Popular, México, 1988.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Bibliográfica Omeba, Argentina, 1976.

Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana. Editorial Espasa/Calpsa, Madrid- Barcelona, 1917.

Revista de la CONAMED. Año 1, Numero 1, Octubre-Diciembre, México 1996.

Fernández Hierro, José Manuel., Requisitos Generales de la Responsabilidad Civil Médica. Revista Estudios de Deusto, Segunda Epoca, Volumen 30/2 Fascículo 69. Julio- Diciembre, Bilbao España, 1982.

Reyes Tayabas, Jorge., Responsabilidad Penal de los Servidores Públicos. Revista de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Pesci Feltri, Mario., Relaciones Contractuales y los Terceros. Revista de la Facultad de Derecho, Numero 23, Caracas, 1972.

Tamayo Jaramillo, Francisco Javier., Causales de Exoneración de la Responsabilidad Civil. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Numero 57, Abril-Mayo-Junio, Colombia, 1956.

Tallada, Manuel., Cláusula de Exoneración de Responsabilidad. Ministerio de Justicia, Comisión de Legislación Extranjera, Números 74 y 75, Madrid 1949.