

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**"LA REPARACION DEL DAÑO EN LAS TECNICAS
DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA."**

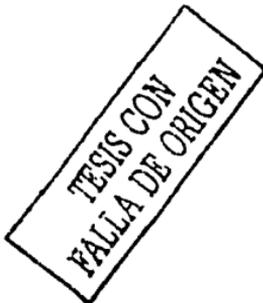
T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
CELSO ESPEJO MEZA

ASESOR: LIC. ROBERTO REYES VELAZQUEZ



CIUDAD UNIVERSITARIA

2002





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.

Paginación Discontinua



UNIVERSIDAD NACIONAL

AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

No. 011-2002

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.,
P R E S E N T E .

El alumno CELSO ESPEJO MEZA, elaboró en este Seminario bajo la asesoría del Lic. Roberto Reyes Velázquez, la tesis denominada "LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA", que consta de 101 fojas útiles

La tesis de referencia satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes profesionales de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que lo sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPañOL"
Cd. Universitaria, D.F. 4 de Marzo de 2002

DR. IVAN LAGUNES PÉREZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

ILP'egr.



DR. IVAN LAGUNES PEREZ.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA U.N.A.M.



P R E S E N T E .

Distinguido Sr. Director :

ROBERTO REYES VELAZQUEZ, en mi carácter de director de la tesis intitulada " LA REPARACION DEL DAÑO EN LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA ", elaborada por el alumno CELSO ESPEJO MEZA, con número de cuenta 8701226-2, y en atención a las observaciones hechas a mi dirigido respecto del trabajo recepcional, antes citado, y una vez que fue corregido, manifiesto mi conformidad a las mismas, y para el caso de no haber inconveniente alguno de su parte, solicito se autorice a imprimir la referida monografía para que sea presentada ante el Honorable Jurado que designe la Facultad de Derecho en su examen recepcional.

Agradeciendo la atención a la misma, como siempre me es grato enviarle un cordial saludo

" POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU "

LIC. ROBERTO REYES VELAZQUEZ.
PROFESOR DE LA FACULTAD DE DERECHO.

Ciudad Universitaria a los trece días del mes de febrero del año dos mil dos .

AGRADECIMIENTOS.

*A DIOS, por darme vida, salud y fuerzas
permitiéndome alcanzar mi meta profesional.*

*A mi Madre Sra. MARIA ELENA MEZA RUIZ,
quien sacrifico parte de su vida, por darme sus
cuidados , cariño y comprensión, y por estar
siempre a mi lado en los momentos más difíciles
a quien le debo todo lo que soy ; Gracias*

*A mi Padre Sr.IGNACIO LUIS ESPEJO GONZALEZ,
por haberme dado con sus sacrificios , sustento y la
mejor de las herencias: vocación al estudio y a la
superación , su ejemplo de honradez, rectitud y amor
a la justicia a quien espero algún día este orgulloso
de su hijo; Gracias .*

A mi alma mater Universidad Nacional Autónoma de México y a la Facultad de Derecho, de la que siempre estaré orgulloso de pertenecer y de quien recibí un legado valioso, que me acompañará toda la vida; Gracias.

A mi maestro Licenciado ROBERTO REYES VELAZQUEZ, con especial agradecimiento por sus atenciones, su guía, por su desinteresado apoyo, con todo respeto y admiración y la más grande gratitud, ya que por su gran calidad humana, fue posible el presente trabajo; Gracias.

A mis Profesores de la Facultad de Derecho con cariño y agradecimiento por su legado valioso, sus enseñanzas y consejos recibidos ; Gracias.

DEDICATORIA.

A mi esposa ANTONIA MENCHACA RAMOS, con mucho amor y agradecimiento por que con su amor, cariño y comprensión, supo esperar, pese a las molestias que le ocasiona, para que lograra mi meta,

A mis hijos JESSICA y CRISTIAN ANGEL, quienes han dado a mi vida sentido y esperanza siendo el gran motivo para que me siga superando y de los que siempre estaré orgulloso.

A MARISOL ALVAREZ MENCHACA, muy especialmente por brindarme su amistad y su apoyo moral, por alentarme en los momentos difíciles con sus palabras.

A MIS HERMANOS: ADAN, JOSE LUIS, IGNACIO y MARISOL, quienes de alguna forma me motivaron a superarme y de quienes me siento orgulloso ya que de ellos aprendo.

*A mis amigos:
Arturo Cortes Arista,
Alfonso Valdespino,
Cesar Espinosa Bonilla,
Eduardo Pereyra Peña,
Eliseo González Ruiz,
Fernando García García,
Julián López Rodríguez,
Jorge Cruz Mejía y
Saúl Arellano Arellano,
quienes me brindaron su amistad y
acompañaron durante mis estudios de
Licenciatura motivándome, para
alcanzar mi meta.*

*A mis mejores amigas con cariño :
GABRIELA RUEDA ROSAS y
EDITH ESTEVEZ APARICIO quienes
me apoyaron moralmente durante mis
estudios motivándome a concluir mi
carrera.*

INDICE

INTRODUCCION.

CAPITULO PRIMERO

RESPONSABILIDAD MEDICA Y REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.

1.1. EVOLUCION HISTORICA DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MEDICO.....	1
1.2. CONCEPTO DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MEDICA	5
1.3. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL MEDICO.....	7
1.3.1. La clave de la responsabilidad: Los llamados deberes médicos.....	8
1.3.2. Deberes relacionados a la información.....	9
1.3.3. Deberes relacionados con la competencia profesional.....	10
1.3.4. Deberes de asistencia.....	10
1.3.5. Deber de certificación.....	11
1.4. CULPA MEDICA Y ERROR PROFESIONAL.....	11
1.4.1. Antecedentes de la Culpa	11
1.4.2. CULPA PROFESIONAL.....	12
1.4.3. FORMAS DE LA CULPA MEDICA.....	12
1.4.3.1. IMPERICIA	12
1.4.3.2. IMPRUDENCIA.....	13
1.4.3.3. NEGLIGENCIA.....	13
1.4.3.4. INOBSERVANCIA DE LOS REGLAMENTOS Y DEBERES DE CARGO.....	14
1.4.3.5. ERROR.....	14
1.5. LAS NUEVAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.....	15
1.5.1. CONCEPTO DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.....	18
1.5.2. CLASES DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.....	19
1.5.2.1. Inseminación matrimonial, homóloga, consorcial o autoinseminación.....	20
1.5.2.2. Inseminación Artificial inter vivos.....	20

1.5.2.3. Inseminación post mortem.....	21
1.5.3. Inseminación con tercería maternal.....	21
1.5.3.1. Fecundación in vitro con óvulo de tercera.....	22
1.5.3.2. Inseminación matrimonial, por tercería o heteroinseminación.....	22
1.5.4. Inseminación artificial inter vivos.....	22
1.5.5. Inseminación artificial post mortem.....	23
1.5.6. Inseminación artificial con tercería maternal.....	23
1.5.6.1. Inseminación artificial extramatrimonial.....	23
1.5.6.2. Inseminación artificial de viuda.....	23
1.5.6.3. Inseminación artificial de soltera.....	24
1.6. LEGISLACION SOBRE TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN MEXICO.....	24
1.6.1. TEXTO DE REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL MEXICANO DE FECHA DEL 25 DE MAYO DEL 2000.....	24
1.6.2. LEY GENERAL DE SALUD.....	26

CAPITULO SEGUNDO

LA PROBLEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL ANTE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

2.1. RESPONSABILIDAD CIVIL.....	29
2.1.1. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDICO ANTE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.....	32
2.1.2. PERSPECTIVA CONTRACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDICO.....	32
2.1.3. LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO.....	33
2.1.4. LA CONFIGURACION AQUILIANA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDICO.....	33
2.2. CONFIGURACION JURIDICA DEL CONTRATO MEDICO. ANALISIS.....	33
2.2.1. El mandato.....	34
2.2.2. El arrendamiento de obra.....	36
2.2.3. El arrendamiento de servicios.....	37

2.2.4. El contrato innominado.....	39
2.3. NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO MEDICO.....	40
2.3.1. Como acto constitutivo.....	40
2.3.2. Como objeto de los derechos disponibles.....	41
2.3.3. Como relación jurídica derivada.....	43
2.4. ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DEL CONTRATO.....	43
2.4.1. ELEMENTOS PERSONALES.....	43
2.4.1.1. Elementos personales comunes.....	43
2.4.1.2. Elementos personales accidentales.....	44
2.4.2. ELEMENTOS ESENCIALES O DE EXISTENCIA DEL CONTRATO.....	44
2.4.2.1. Consentimiento.....	45
2.4.2.2. La emisión de los consentimientos, su alcance según sus clases, condición y términos en la inseminación artificial.....	46
2.4.2.3. Consentimiento de la esposa/mujer receptora.....	47
2.4.2.4. Consentimiento del esposo/varón.....	47
2.4.2.5. Consentimiento de los terceros biológicos.....	47
2.4.2.6. Consentimiento de la tercera.....	48
2.4.3. El Objeto, elemento esencial del acto jurídico.....	48
2.5. ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO.....	51
2.5.1. La capacidad.....	51
2.5.2. Capacidad jurídica.....	52
2.5.3. Clases de capacidad.....	52
2.5.4. La forma del contrato.....	53
2.6. PROBLEMATICA JURIDICA DE LA REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.....	56
2.6.1. EN LA INSEMINACION ARTIFICIAL HOMOLOGA.....	58
2.6.2. EN LA INSEMINACION ARTIFICIAL HETEROLOGA.....	59
2.6.3. EN LA FECUNDACION IN VITRO HETEROLOGA.....	59
2.6.4. EN LA FECUNDACION IN VITRO HOMOLOGA.....	60
2.6.5. LESIONES PRODUCIDAS AL DONANTE.....	61
2.6.6. LESIONES INFERIDAS A LA MUJER INSEMINADA O A LA RECEPTORA DEL EMBRION.....	62

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**CAPITULO TERCERO
LA VALORACION DEL DAÑO**

3.1.	PROBLEMÁTICA DE LA VALORACION DEL DAÑO.....	64
3.1.1.	DAÑO Y RESPONSABILIDAD MÉDICA.....	64
3.1.2.	DAÑO MORAL.....	67
3.2.	APLICACIÓN A LA RELACION MEDICO-PACIENTE DE LAS CONDICIONES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.....	68
3.3.	LA ACCION U OMISION.....	68
3.3.1.	LA ACCION.....	69
3.3.2.	LA OMISION SIMPLE O PROPIA.....	69
3.4.	LA ANTIJURICIDAD ó ANTIJURIDICIDAD.....	72
3.4.1.	LA ILICITUD DE LAS TÉCNICAS.....	72
3.5.	LA CULPA MEDICA E IMPERICIA.....	73
3.5.1.	EL DOLO Y LA CULPA.....	73
3.5.2.	LA CULPA MEDICA E IMPERICIA. SU PRUEBA.....	74
3.5.3.	PRUEBA DE LA CULPA.....	76

**CAPITULO CUARTO.
LA REPARACION DEL DAÑO.**

4.1.	LA REPARACION DEL DAÑO.....	78
4.1.1.	EJERCICIO DE LA ACCION DERIVADA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	82
4.2.	PRETENSION INDEMNIZATORIA DEL NACIDO MEDIANTE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.....	83
4.3.	PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS DE LOS PADRES DEL NUEVO SER NACIDO MEDIANTE TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.....	86
4.4.	JURISDICCION COMPETENTE.....	87
4.4.1.	JURISDICCION CIVIL.....	87
4.4.1.	JURISDICCION PENAL.....	88
4.5.	LEGITIMACION DE LA ACCION.....	88

4.5.1. LEGITIMACION ACTIVA.....	89
4.5.2. LEGITIMACION PASIVA.....	89
4.6. CARGA DE LA PRUEBA.....	89
4.6.1. ESPECIAL CONSIDERACION DE LA PRUEBA PERICIAL.....	91

CAPITULO QUINTO.

**SISTEMAS DE REPARACION QUE SE PROPONEN EN LAS TECNICAS
DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA**

5.1. SOLUCIONES A LA PROBLEMÁTICA DE LA REPARACION DEL DAÑO EN LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.....	94
5.1.1. INDEMNIZACION POR LOS DAÑOS PATRIMONIALES.....	95
5.1.2. INDEMNIZACION POR LOS DAÑOS NO PATRIMONIALES.....	95
5.1.3. PENSION A FAVOR DE LOS HIJOS NACIDOS MEDIANTE TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA CON DAÑOS FISICOS Y/O PSIQUICOS.....	97
5.2. TEXTO DE REFORMAS A LAS DISPOSICIONES LEGALES MEXICANAS	98
5.2.1. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	98
5.2.2. LEY DE SALUD MEXICANA	100

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION

La evolución científica y tecnológica ha producido, en este siglo abrumadora cantidad de descubrimientos e invenciones, creando situaciones originales, este fenómeno ha alcanzado también a la medicina, y su expansión es una de las características de este tiempo. Se ofrecen al hombre de hoy posibilidades insospechadas en un pasado inmediato.

Tal situación entra muchas veces, en conflicto con ideas y conceptos arraigados y produce modificaciones en el comportamiento, esta alteración en la conducta humana gravita en el derecho, que como ciencia normativa, se enfrenta a realidades completamente nuevas y a hecho que solo parezca posible en el mundo de la fantasía

Los nuevos comportamientos sociales exigen, entonces nuevos pronunciamientos del derecho, que podrá en algunos casos declarar prontamente lo jurídico o antijurídico del obrar, en otros se encontrará con propósitos dignos de protección, toda vez que el derecho no podrá mantenerse indiferente.

En la actualidad, nadie puede ignorar los avances en las Ciencias Biológicas, aplicado en el campo de la infertilidad o esterilidad humana, este proceso esta representado por la gran disponibilidad de métodos y técnicas que pretenden dar solución al problema de la Infecundidad de la pareja humana.

Este mismo progreso entraña, sin embargo un sin número de peligros y de excesos en la aplicación de estas técnicas, algunas de ellas son de carácter médico, atentando ciertos métodos contra la salud psicofísica de la madre, del grupo familiar y del nuevo ser por nacer

Las técnicas de reproducción humana asistida, constituyen el inicio de una nueva etapa para el género humano. En la ciencia médica y el campo de la Ingeniería Genética los avances son tan notables en los últimos tiempos que no dudamos en afirmar que estamos frente a una verdadera revolución médica

En el uso de los métodos de reproducción humana asistida la sociedad debe tomar conciencia de las consecuencias que se generen e intentar solucionar lo más adecuadamente posible los conflictos que se pudieran plantear.

En la presente tesis, se pretende esbozar la problemática de las técnicas de reproducción humana asistida, tema sobre el cual, no ha merecido el interés por parte de los estudiosos del Derecho Civil Mexicano vigente, así como de los profesionales de la medicina en nuestro país.

Así de esta manera en el **Capítulo Primero**, de la presente tesis, ingresamos a la responsabilidad médica y el conocimiento de las técnicas de la reproducción humana asistida.

En el **Capítulo Segundo**, se abarca la problemática de la responsabilidad civil ante las técnicas de reproducción humana asistida, haciendo mención a la responsabilidad civil del médico y referencias al contrato médico ante estas técnicas.

En el **Capítulo Tercero**, se hace referencia sobre los daños en las técnicas de reproducción humana asistida, abarcando la problemática de su valoración de los daños en estas.

En el **Capítulo Cuarto**, se amplía más el tema sobre los daños en las técnicas de reproducción humana asistida y adentrará la problemática de la reparación del daño en estas mismas.

En el **Capítulo Quinto**, se especificara los sistemas de reparación de los daños en las técnicas mencionadas, así como también reformas necesarias a diferentes disposiciones legales, dando las razones por las cuales se reclama su intervención preventiva en función del altísimo valor de los riesgos.

Por último dentro de las conclusiones se dan los principios teóricos para la modificación de algunas disposiciones legales, mismas que son necesarias para lograr las pretensiones indemnizatorias de los afectados dentro de las modernas técnicas de reproducción humana asistida, así como la importancia del control de estas dentro del marco legal.

Al final se da referencia a una extensa bibliografía misma que sirve para ampliar mas el conocimiento del presente tema.

CAPITULO PRIMERO

RESPONSABILIDAD MEDICA Y REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.

- 1.1. EVOLUCION HISTORICA DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MEDICO**
- 1.2. CONCEPTO DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MEDICA**
- 1.3. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL MEDICO.**
 - 1.3.1. La clave de la responsabilidad: Los llamados deberes médicos.**
 - 1.3.2. Deberes relacionados a la información.**
 - 1.3.3. Deberes relacionados con la competencia profesional.**
 - 1.3.4. Deberes de asistencia.**
 - 1.3.5. Deber de certificación.**
- 1.4. CULPA MEDICA Y ERROR PROFESIONAL.**
 - 1.4.1. Antecedentes de la Culpa**
 - 1.4.2. CULPA PROFESIONAL**
 - 1.4.3. FORMAS DE LA CULPA MEDICA.**
 - 1.4.3.1. IMPERICIA**
 - 1.4.3.2. IMPRUDENCIA.**
 - 1.4.3.3. NEGLIGENCIA.**
 - 1.4.3.4. INOBSERVANCIA DE LOS REGLAMENTOS Y DEBERES DE CARGO**
 - 1.4.3.5. ERROR.**
- 1.5. LAS NUEVAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.**
 - 1.5.1. CONCEPTO DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.**
 - 1.5.2. CLASES DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.**

- 1.5.2.1. Inseminación matrimonial, homóloga, consorcial o autoinseminación.
- 1.5.2.2. Inseminación Artificial inter vivos.
- 1.5.2.3. Inseminación post mortem.
- 1.5.3. Inseminación con tercería maternal.
- 1.5.3.1. Fecundación in vitro con óvulo de tercera.
- 1.5.3.2. Inseminación matrimonial, por tercería o heteroinseminación.
- 1.5.4. Inseminación artificial inter vivos.
- 1.5.5. Inseminación artificial post mortem.
- 1.5.6. Inseminación artificial con tercería maternal.
- 1.5.6.1. Inseminación artificial extramatrimonial.
- 1.5.6.2. Inseminación artificial de viuda.
- 1.5.6.3. Inseminación artificial de soltera.

- 1.6. **LEGISLACION SOBRE TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN MEXICO.**
- 1.6.1. **TEXTO DE REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL MEXICANO DE FECHA DEL 25 DE MAYO DEL 2000.**
- 1.6.2. **LEY GENERAL DE SALUD.**

CAPITULO PRIMERO

RESPONSABILIDAD MEDICA Y REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.

1.1. EVOLUCION HISTORICA DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MEDICO.

Históricamente existe la preocupación de la responsabilidad médica, siendo la profesión médica la primera en elaborar sus códigos y normas deontológicos, en busca de una ética médica.

Los primeros esbozos de regulación de la actividad médica, no son propiamente de orden jurídico, si no más bien ético-deontológico, pero su peso ha sido suficientemente importante como para que dediquemos a ellos nuestra atención, aunque sea brevemente.

El primer texto en ocuparse de la deontología médica, es el código de Hammurabi, Rey de la dinastía de Babilonia, alrededor del año 2394 A. C., que se conserva en Susa, tallado en veintiún columnas de piedra, dicho código dedica un grupo de preceptos a la reglamentación de los derechos y obligaciones de los médicos, arquitectos y constructores de barcos, entre ellos, trece números (del 215 al 227), estrictamente a la profesión médica de los cuales destacan:

- 218- *"Si un Médico ha tratado a un hombre libre de una herida grave con la lanceta de bronce y ha hecho morir al hombre, o si ha abierto la nube del hombre con la lanceta de bronce y destruye el ojo del hombre, se le cortaran las manos".*
- 219- *"Si un Médico ha tratado una herida grave al esclavo plebeyo con un punzón de bronce y lo ha matado devolverá esclavo por esclavo".*
- 220- *"Si ha abierto la nube con la lanceta de bronce y ha destruido el ojo, pagara en plata la mitad del precio del esclavo"¹*

¹ CARDENAS URIBE, Filiberto. *Código de Hammurabi*. Ed. Cárdenas Editor. México .1992.
Pag 115.

Los preceptos transcritos del Código de Hammurabi, obedecen al sistema retributivo estricto "ojo por ojo, diente por diente", en orden a la responsabilidad penal. Importa señalar que este gran monumento jurídico, además de sus de sus innumerables aspectos penales, implanta un sistema contractual que abarcaba todas las relaciones económicas.²

En Roma y como aplicación del Juramento Hipocrático, se entiende a la eliminación de discriminación al trato de esclavos y extranjeros, por parte de los médicos como refleja el principio de Escríbonio Logo "*Plenus misericordiae et humanitatis*".

Tengamos en cuenta que, para cierto sector de la doctrina, la profesión médica, estaba en Roma reservada a los esclavos, lo cual explica el rigor de sus leyes en materia de responsabilidad. Temas como la impericia, los experimentos peligrosos, el error profesional, el abandono del enfermo, una vez comprometido en su curación, etc.; mismos que aparecen en textos romanos.

Así mismo se pone de relieve la preocupación por los delitos cometidos en el ejercicio de la medicina.

En el orden práctico, existieron dos acciones diferentes para la exigencia de la responsabilidad a los médicos, dependiendo de la condición del paciente. Si este último era esclavo, el dueño podría ejercitar la acción de la Ley Aquilia para que se indemnice el daño ocasionado a su propiedad; la indemnización se fijaba con arreglo al valor más alto que hubiera tenido el esclavo en el año precedente, si se producía la muerte o en el mes anterior si solamente era herido, en caso de ser hombre libre el paciente, cambia la acción de locación, en virtud del arrendamiento de servicios por el que estaba ligado el médico esclavo o libreto.

No obstante Ulpiano, citando como apoyo a Proculo, cabe el ejercicio indiferente de ambas acciones, sin embargo la opinión mayoritaria y más convincente, es que no cabe la acumulación de ambas acciones, sino más bien que se utiliza una u otra, dependiendo de la condición de libre o esclavo del paciente.

El problema por consiguiente se presenta cuando tratándose de un paciente libre y también de un médico libre, no puede acudir a la acción de locación, ya que dichos médicos, al no ser de baja condición no podían vincularse por el contrato de locatio-conductio.

² IBIDEM, Pág. 19.

Resulta curiosa la tradición visigoda, en materia de responsabilidad médica, según la cual, además de poner al médico negligente o incompetente a la disposición de la familia del paciente muerto para que lo matase o redujese a la esclavitud, uso por parte, tomando de los estragados, el médico no cobraba sus emolumentos, cuando el resultado de su actividad no era satisfactorio.

Existía la presunción de que el médico se comprometía a curar al enfermo, y este o su familia, abona a sus honorarios, como si de dos obligaciones de resultado se tratase; si el método no cumplía su cometido, curar al enfermo, según su compromiso, el contrato había incumplido por su parte y cesaba la obligación de pagar esta contraprestación.

Sin embargo suele decirse que el primer compendio exclusivo de Derecho Médico, lo constituye el texto de Si-yuan-lu que traducido es: "Compilación de la reparación de las injusticias llevado a cabo por Sung Ts. 'eu, médico chino en 1247.

En Egipto según relata Diodoro de Sicilia, existió también un código de reglas y conocimientos médicos que debían cumplirse estrictamente, so pena de muerte para el médico, sin tomar en cuenta las consecuencias que la desviación de estas normas tuviera para el paciente; dicho código llamado "Libro Sagrado", lo elaboraron los sacerdotes con las declaraciones comprensivas de los síntomas de la enfermedad, que todo paciente debía hacer en el templo.³

El Juramento Hipocrático, era un compromiso de carácter ético llevado a cabo ante los dioses y sigue constituyendo el paradigma de la Deontología Médica, por lo universal de los principios que establece.

Además de las relaciones interprofesionales, el Juramento Hipocrático, alude el secreto médico, al aborto, contracciones y a determinados medicamentos al beneficio o perjuicio de los enfermos.

La segunda parte del Juramento Hipocrático, contiene un código ético sobre la forma como el Médico debe portarse con el enfermo, el médico a de poner toda su ciencia al servicio del enfermo, evitando la injusticia y buscando el bien del paciente.

Platon y Aristóteles sobre el enfermo expresan constantemente en sus obras al enfermo como inmoral y al médico que cura como realizador

³ QUINTANA FERGUSON Manuel De La. *La responsabilidad civil del médico*. Ed. Espasa Madrid 1949. Pág 29.

de un acto cargado de fealdad y la enfermedad son compañeras naturales de la maldad.⁴

En la Edad Media, supone un regreso a la concepción deontológica de la responsabilidad del Médico, así la **regula de San Benito**, tras numerosas argumentaciones bíblicas menciona:

"...Ha de ser obligación personal y moral del abab-médico, el que los enfermos no sean descuidados en ningún momento, sea cual fuere su estado y condición".

Dicha influencia religiosa se manifiesta en la bellísima "Plegaria del médico", de Maimonides, ya en la Edad Media, quien redactó una oración pidiendo la ayuda de Dios en las labores médicas, más que un código.

Así también debemos de destacar el texto de las partidas que también se ocupó del resarcimiento del daño ocasionado por la actividad médica a libres y siervos, del abandono del paciente una vez comenzado el tratamiento y de las penas en caso de muerte.

Así mismo establecen las partidas penas, para aquellos que fingen tener mayores conocimientos médicos de lo que verdaderamente poseen, e insisten en la obligación de resarcir por daños causados por culpa o mengua de saber.

A finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, es cuando en Francia, comienza una preocupación importante por el tema de la responsabilidad médica en los medios jurisprudenciales y doctrinales.

Destaca en los albores del siglo XIX, el **Código de Thomas Percival**, que reglamento no pocas circunstancias de la profesión médica y de gran influencia posterior para los "**Principios de Ética Médica**", elaborados por la Asociación Médica Norteamericana.

Solo el empleo de técnicas sofisticadas y un sin fin de avances científicos en los últimos cincuenta años, explican la necesidad de que el derecho tome en consideración la exigencia de la responsabilidad que exige la sociedad actual.

⁴ GAFO FERNANDEZ, Javier. Los códigos médicos. Ed Universidad Comillas. Madrid. España 1986. Pág. 18

1.2. CONCEPTO DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MEDICA .

Todo hecho del hombre o de las cosas vinculadas con él , implica responsabilidad, lo que trae, a su vez agregado el deber de la reparación en el supuesto de que se haya cometido una falta, o sea que la regla legal es concreción del principio moral que prohíbe causar daño a otro.

Cuando la conducta se ajusta a la señalada por la ley, no por el contrato se impone una sanción resarcitoria, es decir, el establecimiento de la situación al estado anterior o su equivalencia indemnizatoria si aquello no fuera posible.

Se ha dicho que la noción actual de la obligación desvuelve el concepto romano clásico, o sea que es el vinculo ideal según el acreedor puede exigir del deudor una prestación, sin perjuicio de nuevos aspectos en cuanto a la teoría de la culpa que ha evolucionado de la pluralidad a la unidad, de la variación de los derechos del acreedor sobre la persona y de los bienes del deudor, y de las nuevas fuentes de obligaciones, propias del derecho moderno .

Responsabilidad significa en definición la calidad o condición de responsable, la obligación de reparar y satisfacer por si o por otro, toda pérdida, daño o perjuicio que se hubiera ocasionado, ello implica , de suyo, aceptar las consecuencias de un acto realizado con capacidad, con voluntad y dentro de un marco de libertad ⁵

En sentido lato, la responsabilidad se consustancia con una capacidad en abstracto, o sea con la posibilidad de que un hecho se presente y se asuman las consecuencias del mismo, se trataría de un principio general cuya formulación expresaría : Todos los hombres son responsables de los actos ejecutados con discernimiento, intención y libertad.

En sentido restringido, la responsabilidad se corresponde con situación particular, lo que equivale a la necesidad de determinar quien es el responsable, cuál ha sido la acción u omisión infractora del contrato o productora del acto ilícito, la naturaleza antijurídica de la misma o, en su caso los motivos que la excluyen , la culpa del sujeto, la existencia de un

⁵ YUNGANO-LOPEZ-BOLADO. Responsabilidad de los médicos. Ed Universidad. Buenos Aires Argentina .1986. Pág. 21.

daño y la adecuada relación de causalidad entre el acto y el daño ocasionado .⁶

La responsabilidad civil se diferencia de la responsabilidad penal en cuanto aquella debe de reparar el daño producido, pero su naturaleza patrimonial hace renunciable el derecho a exigir dicha reparación .

La responsabilidad profesional es un capítulo dentro de la teoría general de la responsabilidad y sujeta a las normas generales de esta. La responsabilidad del médico se da cuando el profesional, por dolo, imprudencia , negligencia, etc., ha ocasionado un daño en la persona , los bienes o intereses de aquellos que han requerido sus servicios.

Así ampliando el criterio de Bustamante Alsina , se puede afirmar que la función del profesional en el organismo social es tanto más importante cuanto más extensa es la regulación jurídica de la conducta y cuanto más complejo es el contenido de las normas .⁷ La responsabilidad se inicia con el juramento de buen desempeño de la profesión y desde su inscripción en la matrícula respectiva, y en relación con el cliente , es de naturaleza contractual existiendo algunos deberes comunes para la mayoría de las profesiones : así el deber de la lealtad, el secreto profesional y la indemnización del daño que se hubiere ocasionado .

La responsabilidad médica constituye , a su vez capítulo particular de la responsabilidad profesional , y al igual que ésta , sometida a los principios generales de la institución . En Francia se considero durante mucho tiempo la responsabilidad médica como de carácter extracontractual, aunque en rigor, es la ley la determinante de la conducta cuyo incumplimiento ocasiona un perjuicio que debe de ser reparado, si bien los Tribunales franceses fijaron desde 1936 la naturaleza contractual de la obligación, a la que debe calificarse como obligación de medios, lo que implica que el médico asume el compromiso de atender al paciente con cuidado y diligencia para que ello sea conducente al logro de su curación, la que no puede ser asegurada por el profesional.

También aquí y como en la teoría general de los actos jurídicos , juegan como factores determinantes de la responsabilidad, la existencia de la culpa , el daño ocasionado y el nexo de causalidad entre aquella y este, no siendo de aplicación la teoría del riesgo objetivo ya que la existencia de

⁶ SANTOS BRIZ, José. La responsabilidad civil de los médicos. Ed. Montecorvo. Madrid . España 1993 . Pág 23 .

⁷ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría general de la responsabilidad civil. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina. 1980. Pág 447.

culpa es requisito fundamental para que el daño causado sea susceptible de reparación

No resulta novedoso afirmar que las acciones por malpraxis resultan cada vez más frecuentes, especialmente en los países de economía liberal donde las responsabilidades derivadas de la actividad médica se ven ampliadas debido al progreso de la tecnología, la cual ha implicado la multiplicación de los riesgos en los distintos tratamientos.

Así para Gisbert Calabuig ⁸ la responsabilidad médica significa la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios dentro de los límites de lo cometido en el ejercicio de su profesión, en otras palabras, el médico que, en el curso del tratamiento ocasiona, por su culpa, un perjuicio al paciente, debe de repararlo y tal responsabilidad tiene su presupuesto en los principios generales de la responsabilidad, según los cuales todo hecho o acto realizado con discernimiento, intención y libertad genera obligaciones para su autor en la medida en que provoque un daño a otra persona.

Se ha discutido si la obligación de reparación nace ex contrato o ex delito, o sea si el derecho del paciente es emergente del contrato que ha celebrado con el médico o de los principios generales de la responsabilidad aquiliana, pensando que la responsabilidad es estrictamente contractual salvo que se trate de supuestos de derecho penal, sin perjuicio de la opinión de algunos autores.

1.3. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL MEDICO

Al hablar de responsabilidad profesional médica en sentido amplio, ha que hacer referencia inexcusable a la dimensión ética de la misma, la responsabilidad de quienes toman a su cargo la curación de los enfermos, en una época remota daba cobertura a consideraciones de índole moral siendo que tal punto de partida da origen a un segundo camino, de origen legislativo, que configura la responsabilidad jurídica del médico, en sus vertientes de derecho médico y de normas deontológicas siendo que ambas se complementan cada vez más y adquieren una creciente apariencia jurídica siendo los pilares jurídicos en los que se asienta la responsabilidad médica.

⁸ GISBERT CALABUIG, Juan Antonio. Medicina legal y toxicología Ed. Fundación García Valencia España Pág 21

No es posible fundamentar la responsabilidad del médico, sin hacer referencia a los rasgos que caracterizan a la medicina moderna, que viene a justificar con mayor contundencia, la aplicación del citado instrumento jurídico a la profesión médica, sin perjuicio del análisis detallado de estos fenómenos que recoge más adelante.

Basta citar el proceso de socialización de la medicina, que se produce en nuestros días y que puede provocar situaciones de indefensión del paciente frente al "*Leviatan*" de un aparato sanitario, dentro del cual se relaciona no ya un profesional en particular sino con una organización hospitalaria, necesaria para la salud de nuestra sociedad de nuestra sociedad.

El derecho no puede permanecer ajeno a estos peligros, como no puede mantenerse al margen del proceso de especialización médica que obliga al profesional de la medicina a asumir riesgos mayores y a la sociedad a exigirle un mayor grado de responsabilidad cuando actual en el ámbito de aquellos conocimientos sobre los cuales se le considera especialista. El estándar de competencia con el que debe de ser valorado aumenta tanto más cuando sea el grado de su especialización.

1.3.1. La clave de la responsabilidad: Los llamados deberes médicos.

Para la solución al tema que se plantea es centrarse en lo que constituye el objeto de decisión por el juez, que no es otro que la determinación de la existencia de un acto u omisión que de origen a una obligación de reparar el daño causado, llegar a tal determinación se cuenta con lo que Martínez Calcerrada ha denominado *lex artis ad hoc*, concebida como criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina", que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, la complejidad y trascendencia vital del acto y en su caso conforme o no con la ética normal requerida.⁹

Así, e independientemente del origen contractual o extracontractual, materia conocimiento del juez el cual determinará el alcance y los términos de la responsabilidad, en la base de que siempre que aparezca un error o el incumplimiento de uno de los llamados deberes médicos, deberes enunciados casi siempre como de contenido ético de la profesión médica,

⁹ MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. *Derecho Médico*. Estudio especial de la denominada *Lex artis ad hoc* en la función médica. A C número 24, Ed. Tecnos Madrid. 1986. Pág.1700.

pero que sería conveniente recoger para su posible entente jurídico, en la ya deseable regulación legal de la responsabilidad médica y sanitaria.

Los numerosos códigos deontológicos de esta profesión que son precisamente los que han venido recogiendo de forma más o menos de forma ordenada los deberes médicos son también considerados el fundamento último de la responsabilidad del médico.¹⁰

Entre los deberes médicos se encuentra un gran número de prescripciones deontológicas encaminadas a delimitar las obligaciones corporativas del médico, así como un sin fin de detalles relativos a los profesionales de la medicina.

Pasamos a recoger a aquellos deberes médicos que creemos pueden tener mayor transcendencia en orden a la concreción del alcance de la responsabilidad civil del médico.

1.3.2. Deberes relacionados a la información.

El deber de la información o comunicación, que tiene dos vertientes aunque no la esencia en estos términos, si parece aproximarse a esta idea Savatier.¹¹

La primera vendría dada por la obligación de explicar o aclarar al paciente los extremos más importantes de su enfermedad así como la conducta que debe de seguir, precauciones que debe de tomar, etc.; de otro lado existe un deber de advertir al enfermo del riesgo que entraña el tratamiento u operaciones a seguir, de forma que el paciente nunca desconozca la naturaleza de este tratamiento, las consecuencias o efectos secundarios que pueda tener, o las posibles secuelas de una operación, y con carácter negativo, puede recogerse el secreto profesional médico, siempre y cuando no se trate de materia penal.

¹⁰ La declaración de Helsinki o código ético de la asociación médica mundial de 1964, el código de Londres de 1949, el código internacional de Nuremberg de 1967, la declaración de Sydney de 1965, la declaración de Oslo de 1970, en Apéndice del Vol. IV. de la Enciclopedia de bioética. New York. 1978 Pags. 1788 y ss. Véase también DOBLER, Irving. La responsabilidad en el ejercicio médico. Ed. El manual moderno. 1989. México Pag 71 y ss.

¹¹ SAVATIER, René. *Tratado de la Responsabilidad civil en el Derecho Francés* Ed. Dalloz Paris 1951. Paris Francia. pag s 397 y 398.

1.3.3. Deberes relacionados con la competencia profesional.

Existe, por otra parte, un deber de competencia, actualización de conocimientos o capacidad profesional¹², entendiéndose por competencia el adecuado nivel de conocimientos para el ejercicio de la profesión.

No obstante no se puede exigir un conocimiento absoluto y general a cualquier médico, en razón de la corriente de especialización que sufre el grado de especialización debe tenerse en cuenta exigir unos conocimientos determinados.

1.3.4. Deberes de asistencia.

Existe otra clase de deberes que independientemente de cual sea la naturaleza de la relación médico-paciente, lo que resulta indudable es que, una vez entablada la misma, el facultativo ha de emplear los medios intelectuales y técnicos a su alcance para lograr la curación del paciente, sin que puedan eximirle de este deber. Por asistencia debemos de entender, en consecuencia, todas aquellas tareas encaminadas al logro de ese objetivo que representa la curación y que incluyen el diagnóstico, el pronóstico, las recetas, el tratamiento, etc.

Para un correcto análisis del deber de asistencia debemos de diferenciar los supuestos en que la interpretación del médico es obligatoria y aquellos en que es voluntaria, en circunstancias normales, no urgentes, y no existiendo ninguna relación previa entre médico y paciente debemos de admitir con De La Quintana Ferguson, que dicha posibilidad existe para el médico¹³

En la actualidad con el amplio crecimiento en los servicios de seguridad social, por los estados como una de las necesidades fundamentales para el desarrollo de toda nación, en los servicios de salud por las instituciones de seguridad social los médicos están obligados a atender a todos aquellos sujetos con derecho a gozar de estos servicios.

¹² SANTOS BRIZ, Jaime: *La responsabilidad civil de los médicos*. Op. Cit. Pág. 144.

¹³ QUINTANA FERGUSON, Manuel De La: *La responsabilidad civil del médico*. Op. Cit. Pág. 84.

1.3.5. Deber de certificación.

Es necesario hacer referencia a un conjunto de situaciones en las que el médico esta obligado a emitir documentos acreditativos de la realización de ciertas situaciones, esto se conoce como deber de certificación, que tiene como contrapartida el derecho del paciente consagrado por la Ley de Salud, a que se extienda certificado acreditativo del estado de salud, cuando su exigencia se establezca por disposición legal o reglamentaria.

El certificado médico es una simple aseveración de hechos redactados por el técnico o profesional de un diagnóstico efectuado por escrito .

A efectos de responsabilidad, son fundamentalmente los penalistas los que se han preocupado de este deber de certificación, puesto que su incumplimiento, en general, puede dar lugar a falsedades de una o de otra índole.

1.4. CULPA MEDICA Y ERROR PROFESIONAL.

Para llegar a entender lo que es la culpa médica, debemos de partir por el principio de saber lo que se entiende por la culpa en la materia civil, por lo que haremos un pequeño esbozo de esta.

1.4.1. Antecedentes de la Culpa.

Ripert y Boulanger, refiriéndose al Código Civil Francés, señalan que todo hecho del hombre por cuya culpa se ha producido un daño trae aparejada responsabilidad, siendo, por lo tanto la culpa fuente de aquella.

En la teoría subjetiva, en materia de responsabilidad tiene en consideración el valor del acto realizado -moral, social, profesional-, analizando la conducta del autor quien estará obligado a la reparación si ha incurrido en culpa y ha ocasionado un daño.

La culpa se define como una infracción a una obligación preexistente fijada por la ley o por Contrato.¹⁴

El fundamento de la reparación, esta dado por la existencia de culpa, la que debe ser fundada por el damnificado por todos los medios posibles y aun por el sistema de presunciones (graves, precisas y concordantes).

¹⁴ RIPERT-BOULONGER. *Derecho Civil. Obligaciones*. Segunda parte. Traducción de Delia Darre - aut. Vol.V. Pág 24. Ed. La ley. Buenos Aires. Argentina 1965.

Así se define la culpa como la omisión de aquellas diligencias que exige la naturaleza de la obligación y que corresponden a las circunstancias de las personas, tiempo y del lugar.

1.4.2. CULPA PROFESIONAL.

Es aquella que cometen los profesionales de una actividad libre o con dependencia, en el ejercicio de su profesión y vinculada con las tareas que han convenido; los que deberán realizarse con cuidado y diligencia y de conformidad con las reglas de la respectiva profesión.

La culpa profesional, será fuente de responsabilidad si se ha contravenido las reglas propias, de tal actividad, es decir si hubo falta de idoneidad, imprudencia o negligencia, las que se determinarán con las reglas de la respectiva profesión las que determinaran la existencia de la culpa.

La culpa médica es una forma de la culpa contractual, si bien la opinión moderna se inclina por la unidad de la culpa –contractual y delictual– sin perjuicio de su distinto origen y de las diferencias en la intensidad de sus efectos.¹⁵

1.4.3. FORMAS DE LA CULPA MEDICA.

La culpa médica, puede darse a través de distintas formas: impericia, imprudencia, negligencia, inobservancia de los reglamentos y error.

1.4.3.1. IMPERICIA.

Es la falta –total o parcial– de la pericia entendiéndose por esta la sabiduría, conocimientos, técnicas, experiencia y habilidades en el ejercicio de la medicina. Así la realización de una intervención quirúrgica sin conocer adecuadamente las reglas técnicas, el proceder con técnica inadecuada.

¹⁵ YUNGANO-LOPEZ-BOLADO. *La responsabilidad profesional de los médicos*. Op.Cit. Pág. 149.

1.4.3.2. IMPRUDENCIA.

Es obviamente la falta de prudencia; realizar un acto con ligereza, sin las debidas precauciones, la prudencia debe de ser – o es – una de las virtudes médicas, pues es esencial que el médico ejerza su profesión con cordura, moderación, cautela, discreción y cuidado, en sentido estricto se identifica con el conocimiento práctico y por lo tanto idóneo y apto para la realización del acto profesional y supone el ejercicio de otros valores o conductas, conjugándose en aquella la experiencia y la comprensión del caso actual.

El fundamento por el cual se contrae responsabilidad al obrar por culpa recae en el hecho de que el sujeto no ejerció su capacidad de prever, no ajustando su conducta a las exigencias de la vida en sociedad y no habiendo usado su capacidad de reflexión, con un resultado dañoso.

A este resultado se llega partiendo de dos aptitudes: la imprudencia y la negligencia, cuando el Código Penal quiere caracterizar como punibles a las conductas culposas, lo hace enunciando las distintas modalidades de esa forma de culpabilidad (imprudencia, negligencia, etc.)

El delito consiste en causar por culpa la muerte o lesiones de un ser humano. Siendo requisitos de dicha culpa:

- a) Voluntariedad del acto.
- b) Falta de previsión.
- c) Posibilidad de prever.

Según Jiménez de Asúa, la imprudencia supone el emprender actos inusitados, fuera de lo corriente y que por ello, pueden causar, efectos dañosos. Es la violación activa de las normas de cuidado o cautela que establece la prudencia, imprudente es quien actúa sin cordura, moderación discernimiento, sensatez o buen juicio.¹⁶

1.4.3.3. NEGLIGENCIA.

Es sinónimo de descuido y omisión. Es la falta de diligencia debida o del cuidado necesario en un acto jurídico o en un hecho humano, puede configurar un defecto de la realización del acto o bien una omisión.

¹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal Editorial Lozada, Tercera Edición. Buenos Aires. Argentina. 1964. Pág. 323.

Negligencia deriva etimológicamente del latín: *negligo*, que significa descuido y de *nec lego* que se traduce como recojo, dejo pasar.

El defecto o la omisión en la realización del ejercicio médico constituye otro de los supuestos de responsabilidad. La negligencia se define como la falta de adopción de las precauciones debidas, sea en actos extraordinarios, sea en los de la vida diaria.

Para Jiménez de Asúa, la negligencia es un "hacer menos", dejar de hacer, o hacer lo que no se debe. Es negligente el que no guarda la precaución necesaria o tiene indiferencia por el acto que realiza; el que actúa con descuido u omisión de la diligencia debida.

1.4.3.4. INOBSERVANCIA DE LOS REGLAMENTOS Y DEBERES DE CARGO.

Constituyen otras formas de responsabilidad que pueden circunscribirse a la esfera administrativa si no se ocasiona un daño al paciente, o sumarse a ello la instancia judicial si se lo provoca.

1.4.3.5. ERROR.

En su actividad y como resultado casi siempre de su impericia, el médico puede cometer errores que en su caso pueden ser motivos de responsabilidad, estos errores suelen ser de diagnóstico o error de tratamiento.

- **ERROR DE DIAGNOSTICO.** Comprometen responsabilidad del médico los errores de diagnóstico derivados de su ignorancia de fallos groseros de apreciación inexcusable. El médico no será responsable por error de diagnóstico ante un caso científicamente dudoso, o por haberse orientado por una de las opiniones idóneas en conflicto formulando diagnóstico de acuerdo con las reglas autorizadamente aceptadas; o si no se ha puesto de manifiesto una ignorancia de la materia.
- **ERROR DE TRATAMIENTO.** A pesar del acierto del diagnóstico se puede incurrir en error en el tratamiento; este debe adecuarse a la enfermedad y al estado del paciente. El médico es responsable si se recomienda un tratamiento equivocado por error grave e inexcusable. Pero si se actuó poniendo en celo profesional eligiendo el método más adecuado para obtener el éxito de su tarea el fracaso del médico

no puede serle imputable.¹⁷

1.5. LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Las nuevas técnicas de reproducción humana asistida tienen sus orígenes ya apreciables, porque, persigue en principio, en cualquiera de sus modalidades, luchar contra el estigma de la esterilidad o de la infertilidad de aquellas personas que a partir de su unión sexual no pueden concebir.

Dado el vertiginoso proceso de perfeccionamiento de las técnicas científicas, ya se asiste a riesgos eventuales de que no siempre se ajuste el invento a esa finalidad de procreación correctora de las leyes impeditivas de la naturaleza.

En los precedentes históricos, la ciencia antes de experimentar el proceso genético de los seres humanos, con su técnica de artificio, ensayó previamente con animales, y cuyas pruebas y adelantos sirvieron de origen a las técnicas de reproducción humana asistida.

Siendo España, el país donde se practicó por primera vez, por el siglo XV, la inseminación artificial en la persona de Juana de Portugal, la segunda esposa de Enrique IV " el impotente ".¹⁸

Desde épocas remotas los pueblos babilonios y arábigos más antiguos descubrieron que las plantas pueden reproducirse sin cópula practicando la polinización artificial con palmeras, para la mayor producción de dátiles; igualmente, dentro de la piscicultura, el monje borgoñón Don Pinchón en el siglo XIV, ensayó con éxito la fecundación artificial.¹⁹

Prácticas que prosiguieron el anatómico holandés Juan Van Swammerdan, el fisiólogo Roësel, L. Jacobi y Weltheim.²⁰

En el año de 1322 el jeque árabe de Darfur, impresionado por un famoso caballo semental de una tribu enemiga, al observar que estaba eyaculando, mojó un manojo de crines en dicho esperma y rápidamente lo

¹⁷ KRAUT, Alfredo Jorge. Los derechos de los pacientes. Anexo Conclusiones de la Comisión. Número Dos del Tercer Congreso Internacional de daños. Ed. Abeledo-Perrot 1997 Buenos Aires Argentina. Pág. 411 y ss.

¹⁸ PIÑAR Blas. Problemas Morales y Jurídicos de la Inseminación artificial Pág. 539. Vol. V. Estudios de Derecho Civil Ed. Eusa, 1969

¹⁹ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO HISPANOAMERICANO. VOL VIII PÁG. 135.

²⁰ SPALLANZANI, LAZARO. Experiencia para servir a la historia de la generación de los animales y plantas. Ed. Española España. 1948. Nota 26

trasladó al aparato genital de una yegua de su propiedad en celo, obteniendo igualmente un potro.²¹

En 1777, el naturista Lázaro Spallanzani, tras varios experimentos consiguió con dos granos de esperma fecundar artificialmente con óvulos de rana y sapo sin coito, destruyendo el famoso mito de *aura seminalis*, continuó con sus experimentos al elegir una perra de la raza Barbets como animal idóneo para aplicarle la inseminación artificial a la que inyectó 19 granos de semen de perro joven en su útero y consiguiendo que a los 62 días pariese 3 perritos.²²

El salto a practicar en la especie humana estaba cerca, como lo escribía con estupor el naturalista suizo C. Bonnet al propio Spallanzani, en la carta que se conserva, siendo, finalmente el médico Inglés J. Hunter el que aplicó el invento al expresar a su paciente un rico Lord que padecía de hispospadias y con el fin de perpetuar su apellido; y previo consentimiento de su esposa le inyectó a ésta con una jeringa adecuada el semen de su esposo a temperatura adecuada produciéndose su embarazo y naciendo el deseado heredero.²³

En 1838 el médico francés Girault perfeccionó el método inyectando el esperma en el cuello uterino después del ciclo; en 1866 en Estados Unidos, J. Marion Roubaud de la Academia de Medicina de París presenta a ésta una jeringuilla en 1872, muy ventajosa para estas prácticas.

A principios del siglo se multiplicaron las técnicas euteleogénicas en los estados más avanzados, de corte protestante: así en 1911 Röhlde se refería a 65 intentos de los que 21 fueron positivos, y en 1924 habla ya de 123 casos con el 38 por ciento de éxitos.

En 1932 de 157 casos, 57 son positivos, y los ejecutores proceden de los países más desarrollados: En Estados Unidos, Cary, en Alemania, Guttmacher y Schulze, en Italia, Alfieri Traina-Rao de Bari y Berruti, iniciándose en 1940 en los Estados Unidos ya el establecimiento de los llamados " bancos de semen " a imitación de los de sangre, en razón de la difusión de las referidas prácticas de Inseminación artificial e, incluso, -acaso por influencias racistas de la época, se llegó a proponer por Elhawkes Jones

²¹ VECIANA, Ramon de, *La euteliogénesis ante el derecho canónico*. Ed Bosch Barcelona, España 1957. Pag 32.

²² SPALLANZANI, LAZARO Op Cit. *Experiencia para servir a la historia de la generación de los animales y plantas*, Nota 26.

al reclutamiento por Estado de los mejores jóvenes para proceder a su inseminación con objeto de la consecución de la etnia de elite.²⁴

En 1945, afirma Borrel existían en los Estados Unidos unos 20 000 niños " eutelegénicos " o inseminados artificialmente, a los que sorprendentemente, el juez H. Greenberg de la Suprema Corte de New York los consideró hijos ilegítimos.

Con la última guerra mundial se realizaron en forma masiva estas prácticas, incluso transportando en aviones el esperma de los soldados norteamericanos para fecundar a sus esposas, al igual que lo hicieron los ingleses expatriados de la guerra de Corea, hasta el punto que se cometieron tales abusos porque era difícil, a veces, controlar la autenticidad del esperma, -conservarlo debidamente- el Ministro Willink en nombre del Gobierno Inglés en abril de 1945 declaró la prohibición de escribir como legítimo al hijo engendrado con esperma de un dador anónimo, medida que despertó fuertes críticas sobre todo en el sector médico que propugnaba la igualdad de la condición de ese hijo, tanto fuese engendrado con esperma del marido como de extraño, ya que biológicamente no existía diferencia alguna; y aquella prohibición respondía a prejuicios religiosos, por entender entonces se cometía adulterio; ante la imparables donación de estas inseminaciones con semen de tercero o dador se crea una Real Comisión que dictamina en diciembre de 1955 que sólo será causa de divorcio e sa inseminación *ex tertius* lo sea sin consentimiento del marido, con lo que se convalida el fenómeno.

En Francia la inseminación artificial, esta incluida en los servicios de la Seguridad Social, aunque se mantiene una cierta resistencia a nivel legal y comunitario, a su expansión. En Suecia, su arraigo es evidente aunque en 1951 los Obispos protestantes se oponían a la inseminación heteróloga; en Australia, cabe afirmar que junto con los Estados Unidos es el país de más avanzada aplicación de todas las técnicas inseminatorias.

En España en 1932, en la Academia Nacional de Medicina de Madrid se mostró partidaria de su práctica, si bien con el nuevo sistema político instaurado se restringió, por indudables prejuicios religiosos, su acontecer.

Por último, como datos más de actualidad, ha de afirmarse que sólo la inseminación artificial de primer grado, o con artificio solo en el medio o conducto de traspaso del semen, sino que las siguientes de la fecundación *in vitro* y el procedimiento doble congelación/descongelación embrionaria se

²⁴ REVISTA ITALIANA. LA TRIBUNA ILLUSTRATIVA DEL 7 DE NOVIEMBRE DE 1948

expanden, cada día más por el mundo: Son noticias periodísticas al respecto: "Hasta la fecha, viven en Francia alrededor de 10 000 hijos procreados por inseminación artificial y se calcula que existen varias docenas de casos como el de Corinne, con la inseminación *post mortem*."²⁴

Mil españoles han nacido por inseminación artificial, en el cual funcionan tres bancos de semen desde 1973. El día 12 de Julio de 1984 culminó con éxito la primera fecundación *in vitro* realizada en España, realizándose en 1988, ya aproximadamente la número 600 en el mundo.²⁵

En 1978 nace el primer mal llamado bebé de probeta en realidad fecundado *in vitro*, y "ZOE la niña que sumergió del frío."²⁶

En Australia en 1984 existen 500 parejas que siguen el tratamiento de Fecundación *in vitro* y 2500 matrimonios que esperan hasta 2 años para este procedimiento y 7 años para tener la oportunidad de ser padres.

Ya existiendo 200 embriones en congelación esperando su oportunidad a la vida, en Australia al igualmente que en Holanda y el Reino Unido. Al parecer estas técnicas en el cuatrienio 1984-1988, no ha hecho sino aumentar.²⁷

1.5.1. CONCEPTO DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

Debemos de entender por reproducción humana asistida, aquella lograda mediante el empleo de técnicas y procedimientos terapéuticos para lograr la eficaz y con posibilidad de éxito a producir el proceso de fecundación humana.

También conocida globalmente con fecundación artificial, debiendo aludir a la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, la transferencia de embriones, y sus diferentes variantes y modalidades, que a continuación se precisan, pero antes es necesario discutir la certeza y alcance de la expresión "fecundación artificial".

²⁴ DIARIO, YA, DEL 21 DE JULIO DE 1984 EL CORREO GALILEGO, DEL 14 DE JULIO DE 1984 España.

²⁵ DIARIO EL PAÍS, 2 DE AGOSTO DE 1984 España.

²⁶ O.GILLIE Y J. WILES. "Zoe, la niña que surgió del frío", en Paris Semanal. España. Pág.17

²⁷ CATALDO, Fabian. La fecundación *in vitro* en el mundo, Revista La Semana del 22 de Julio de 1987. Año X, Núm. 555. Pag. 8 Buenos Aires. Argentina.

Parece unánimemente la palabra **fecundación** para designar las técnicas que nos ocupan, por cuanto que se dirigen a la procreación por aquellas personas que no pueden acceder a la misma en forma natural, o dicho de otra forma, a la lucha contra la esterilidad o la infertilidad, término este de mayor amplitud, por incluir la subfertilidad.²⁸

Mayores problemas encuentra el calificativo **artificial**, aplicado a la fecundación por dichos métodos, por lo que se emplea continuamente: el término **asistida**.

El argumento que se esgrime, es el de que, el fecundación es natural, no artificial, sin perjuicio de que la unión entre los gametos masculinos y femeninos se produzca en virtud de la intervención del especialista.²⁹

Sin embargo no vemos justificación para no emplear el término artificial, y acudir a otro como es asistida. Etimológicamente, artificial es lo que hace el hombre ayudado por su inventiva, por su mente por lo que descubre (*ars artis* en latín, *tecne* en griego); lo que hace inventa, crea frente a lo natural, lo que la naturaleza ha dado al hombre espontáneamente.

El término de técnicas de **Fecundación Asistida** lo encontramos en el Artículo 2 d el Proyecto de Ley de Fecundación Asistida Proyecto Rivas Britos, el cual considera como fecundación asistida a todo método o técnica médica tendiente a producir el proceso de fecundación humana.³⁰

1.5.2. CLASES DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.

Una de las formas de clasificar las técnicas de reproducción humana asistida es en razón del procedimiento, así se habla de tres grados los cuales son:

- ◆ **Primer grado.** También conocido como inseminación artificial clásica o eutelegenesica o eutelegenesia, en donde se manipula o se sustituye la conducción natural del semen, autentica inseminación, hacia su destino en el aparato genital femenino.

²⁸ ROCA TRIAS, Encarna. La incidencia en la inseminación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional, Segundo Congreso Mundial Vasco. La situación a finales del siglo XX. Ed Trivium. Madrid España. Pág. 29 y 30.

²⁹ MORO ALMARAZ María de Jesús. Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro, Ed Bosch. Barcelona España 1988 Pág. 65.

³⁰ PROYECTO DE LEY DE FECUNDACION ASISTIDA: PROYECTO RIVAS BRITOS. PRESENTADO EN LA CÁMARA DE SENADORES EN BUENOS AIRES EL 8 DE JUNIO DE 1993, BAJO EL NÚMERO 1374/93 BUENOS AIRES ARGENTINA

- ♦ **Segundo grado.** También conocida como Fecundación In Vitro con la correspondiente transferencia del embrión, en la que también se hace experimental el efecto de esa inseminación, o sea, el encuentro del espermatozoide con el óvulo, que, así fecundado, crea el embrión, el cual luego es introducido en el útero.
- ♦ **Tercer grado.** O sistema de congelación/descongelación embrionaria, en el que, tras la formación del embrión – o sin la necesidad de ello, porque también, se puede aislar al efecto fecundador: el semen o los óvulos -, éste permanece depositado in vitro previa congelación del mismo, y sin que por tanto, operase a seguido la fecundación intrauterina, sin que se estimase adecuada aquella introducción en el útero.

Otra de las formas de clasificación de estas técnicas es la que se presenta a continuación, la cual toma como criterios la titularidad del semen, el estado civil de las partes la técnica, así puede hablarse de:

1.5.2.1. Inseminación matrimonial, homóloga, consorcial o autoinseminación.

La terminología que se emplea en el lenguaje profesional de este tipo de inseminación artificial, adopta la siguiente nomenclatura:

A.I.H. (en inglés) Artificial Insemination of Husband que traducido es Inseminación artificial con semen del marido.

I.A.H. (en español) Inseminación Artificial Homóloga.

Este tipo de inseminación se da con el elemento activo del marido, porque entonces es homogénea u homóloga, es decir, viene a hacer semejanza, homologación, con la inseminación natural en la que también es el semen del marido el que produce la concepción en la esposa; de la cual existen como modalidades:

1.5.2.2. Inseminación Artificial inter vivos.

- ♦ **De primer grado.** Mediante procedimiento artificial se introduce semen del marido en la vagina de la esposa. La mención inter vivos ratifica el hecho de que el marido convive con la esposa receptora.
- ♦ **De Segundo grado.** El semen del marido se congela y tras su

descongelación se insemina a la esposa – o sea sin que desaparezca la fecundación in natura -, porque la duplicidad tanto está en esa descongelación como en la introducción seminicola, el supuesto ordinario esta en la F.I.V. (Fecundación In Vitro), y T.E. (transferencia de Embriones), pueden acontecer en una relación inter vivos de la pareja: es decir cuando sea aconseja

- ♦ **De tercer grado.** Del mismo modo, el acoplamiento del procedimiento de conservación del semen/embrión, también es aconsejable con aquella supervivencia, cuando la Fecundación In Vitro no aconseja sea practicada a seguido de la fecundación y se demora la transferencia hasta que, por ejemplo, el ciclo, menstrual de la esposa lo aconseja.

1.5.2.3. Inseminación post mortem.

Cuando el marido-dador ya ha fallecido, y por lo tanto la práctica o artificio científico recurre al novedoso sistema de congelación y descongelación experimental, a cuyo través la materia genética queda conservada para su posterior uso intrauterino. A su vez puede darse:

- ♦ **Inseminación propiamente dicha**, si el semen del marido premuerto es congelado y el que por tanto, tras su descongelación se hace penetrar en la vagina para su encuentro fecundante con el óvulo.
- ♦ **Fecundación in vitro con transferencia del embrión.** Cuando el semen también congelado del marido, se descongela y en el laboratorio se le conecta con un óvulo de la esposa, surgiendo así el embrión que a su vez, puede a seguido inyectarse intrauterinamente, o bien permanecer congelado para su posterior trasplante.

1.5.3. Inseminación con tercería maternal.

Cuando el semen marital causa la concepción de la gestación, interviniendo en el proceso, al principio – concepción – o durante el final – gestación y alumbramiento -, otra mujer distinta a la esposa, estos procedimientos son de fecundación y no de inseminación, con variantes de estas:

1.5.3.1. Fecundación in vitro con óvulo de tercera.

Cuando el embrión resultante de la yuxtaposición de semen de marido y óvulo de esposa, y por la vía intrauterina de esta o, incluso, cuando por el fallecimiento de la esposa se congelaron sus óvulos, se transfieren al útero de la tercera o mujer extraña, quien en su seno lo gesta o lo alumbrará.

1.5.3.2. Inseminación matrimonial, por tercería o heteroinseminación.

La terminología profesional a esta inseminación artificial es:

A.I.D. (en inglés) Artificial Insemination with Donor, la cual es inseminación artificial con semen de dador.

I.A.H. (en español) Inseminación Artificial Heteróloga ó **I.A.D.** Inseminación Artificial con semen de dador.

En los grandes problemas de infertilidad, por el lado del marido, principalmente, o bien cuando por el componente genético de la esposa no es idóneo el semen de aquel para su fecundación que sí, en cambio, puede serlo con otro, lo resuelven por la intervención de un tercero que aporta su semen para la concepción.

Caracteriza, al método que el portador de semen que aporta es una persona diferente del marido de la esposa – se le llama donante o dador, porque, de ordinario efectúa el traslado de su semen sin contraprestación económica y con fines altruistas -, y de ordinario también anónima o desconocida. Son variantes, las análogas al matrimonio cambiando la persona del titular del semen, estas son las de continuación:

1.5.4. Inseminación artificial inter vivos.

- **De primer grado.** Si ese tercero es conocido o no y por tanto su semen penetra en la vagina de la mujer por el artificio adecuado, habrá de plantearse si el tercero fuera conocido, previamente si existirá algún marido, vivo o muerto, que expresamente lo consintiera.
- **De segundo grado.** Por lo general a través de la fecundación in vitro; aunque cabe la variante de que el semen del tercero, en este caso se congelara, en un banco, y luego con el mismo inseminar a la esposa

o bien a través de la Fecundación In Vitro y la Transferencia de Embriones se dilata a momento oportuno.

1.5.5. Inseminación artificial post mortem.

La hipótesis margina, alude, dentro de la inseminación artificial en un matrimonio a que el marido consienta y así se proceda a que su esposa sea inseminada/fecundada con el semen de dador conocido o no, que ya haya muerto, que solo se explicaría de, razonablemente, cuando por motivación sentimental, genéticas o de salubridad/inteligencia, cupiera la posibilidad de que ese marido accediera a que el semen de un dador ya fallecido, y por las circunstancias que sobre el concurren, lo eligiera para dicha inseminación artificial. Siempre habrá que catalogarla como de segundo o tercer grado de artificio.

1.5.6. Inseminación artificial con tercería maternal.

Si el semen es de tercero, a su vez, fecunda un óvulo de otra mujer, el cual luego se transfiere al útero de la esposa, o el óvulo de esta es fecundado por aquél – en cualquiera de las técnicas de dos o tres grados conocidos -. El evento complicará en modo los problemas de la relación filiación/paternidad, por esa doble tercería concurrente.

1.5.6.1. Inseminación artificial extramatrimonial.

Esto es, la que tiene lugar fuera de un matrimonio, es decir, cuando la mujer inseminada no esta casada. Aunque la mayoría de los estudios y recomendaciones legales, van referidos a las especies de inseminación artificial descritas, bien homólogas o hetérológicas, también son posibles estas variantes, que en, nuestra clasificación, no pueden eludirse; según la condición de la mujer inseminada puede hablarse de:

1.5.6.2. Inseminación artificial de viuda.

Por supuesto, que su ubicación y tratamiento, cuando así sea la especie inseminatoria adoptada, habrá de referirse a la modalidad post mortem,³¹ tanto con el semen del marido premuerto – caso general -, como el de dador también finado – hipótesis extrema -; si la inseminación artificial no se

³¹ SERRANO ALONSO, Eduardo. El depósito de espermatozoides o embriones congelados y los problemas de la fecundación post-mortem en Segundo Congreso Vasco. La filiación a finales del siglo XX. Ed. Trivium. Madrid España. 1988. Pág. 377

relaciona con su anterior matrimonio, entonces el tratamiento clasificatorio estará dentro de la:

1.5.6.3. Inseminación artificial de soltera.

Al margen de los problemas legales que plantee en torno a los hijos solo ex matre,³² cuando la mujer que se insemina es soltera, no caben sino las siguientes subespecies según la condición de conocido o no del dador del semen y según que el mismo estuviese o no vivo así:

- ◆ **Inseminación artificial de donante conocido.** Generalmente, suele practicarse con las parejas que conviven de facto y ofrecen aspectos técnicos, que no éticos parecidos a los de la inseminación artificial matrimonial homóloga.
- ◆ **Inseminación artificial con dador desconocido.** Si la mujer recaba los servicios de un banco genético para inseminarse; de aceptación social discutible, pero que responde a un indiscutible derecho de esa mujer.
- ◆ **Inseminación artificial inter vivos o mortis causa.** Según la situación del conocido y solo apreciable en esa pareja de facto cuando murió el acompañante.

1.6. LEGISLACION VIGENTE SOBRE TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN MEXICO.

1.6.1. TEXTO DE REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE FECHA DEL 25 DE MAYO DEL 2000.

Código Civil para el Distrito Federal .Capítulo III. De los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio.

Art. 162. Los cónyuges tiene derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley cualquier método de reproducción

³² MONTES PENADES, Vicente. El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana en Segundo Congreso Vasco Op Cit. Pág 151.

asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Art.267. Son cuales de divorcio.

Fracción XX. El empleo de método de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge,

Título Séptimo. De la filiación.

Art. 326. Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales método.

Art.329. Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacidos después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación, pero esta no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

Art.338. Bis. La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.

Art.353 Quáter. Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre declara que reconoce al hijo de la mujer que esta embarazada.

Art.292. La ley solo reconoce como parentesco los de consanguinidad afinidad y civil.

Art. 293. El parentesco por consanguinidad es el vinculo entre personas que descienden de un tronco común. También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan.

Como se desprende de los artículos anteriormente mencionados dentro de las nuevas reformas al Código Civil para el Distrito Federal únicamente se ha legislado sobre las técnicas de reproducción humana asistida en lo referente a la materia de filiación y a los efectos del consentimiento con respecto a las modernas técnicas así como de las obligaciones que se desprenden en la materia familiar .

Se observa de lo anterior que se ha dejado inconcluso el problema con referencia a los posibles daños en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, así como de un riguroso estudio de posibles indemnizaciones por daños patrimoniales así como de daño moral .

1.6.2. LEY GENERAL DE SALUD MEXICANA

Art. 466. Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuera menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

En el artículo anterior se desprende que el legislador ha iniciado dentro de las técnicas de reproducción humana asistida el estudio del otorgamiento del consentimiento así como los posibles daños ocasionados a falta de este, así como los efectos posibles en materia penal .

CAPITULO SEGUNDO

LA PROBLEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL ANTE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

- 2.1.1. RESPONSABILIDAD CIVIL .**
- 2.1.2. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO ANTE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.**
- 2.1.3. PERSPECTIVA CONTRACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.**
- 2.1.4. LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO.**
- 2.1.5. LA CONFIGURACIÓN AQUILIANA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.**

- 2.2. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO MÉDICO. ANÁLISIS.**
 - 2.2.1. El mandato.**
 - 2.2.2. El arrendamiento de obra.**
 - 2.2.3. El arrendamiento de servicios.**
 - 2.2.4. El contrato innominado.**

- 2.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO MÉDICO.**
 - 2.3.1. Como acto constitutivo.**
 - 2.3.2. Como objeto de los derechos disponibles.**
 - 2.3.3. Como relación jurídica derivada.**

- 2.4. ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DEL CONTRATO.**
 - 2.4.1. ELEMENTOS PERSONALES.**
 - 2.4.1.1. Elementos personales comunes.**
 - 2.4.1.2. Elementos personales accidentales.**
 - 2.4.2. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO.**
 - 2.4.2.1. Consentimiento.**
 - 2.4.2.2. La emisión de los consentimientos, su alcance según sus clases, condición y términos en la inseminación artificial.**
 - 2.4.2.3. Consentimiento de la esposa/mujer receptora.**
 - 2.4.2.4. Consentimiento del esposo/varón.**
 - 2.4.2.5. Consentimiento de los terceros biológicos.**

2.4.2.6. Consentimiento de la tercera.

2.4.3. El Objeto, elemento esencial del acto jurídico.

2.5. ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO.

2.5.1. La capacidad.

2.5.2. Capacidad Jurídica .

2.5.3. Clases de capacidad.

2.5.4. La forma del contrato.

2.6. PROBLEMATICA JURIDICA DE LA REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.

2.6.1. EN LA INSEMINACION ARTIFICIAL HOMOLOGA.

2.6.2. EN LA INSEMINACION ARTIFICIAL HETEROLOGA.

2.6.3. EN LA FECUNDACION IN VITRO HETEROLOGA.

2.6.4. EN LA FECUNDACION IN VITRO HOMOLOGA.

2.6.5. LESIONES PRODUCIDAS AL DONANTE.

2.6.6. LESIONES INFERIDAS A LA MUJER INSEMINADA O A LA RECEPTORA DEL EMBRION.

CAPITULO SEGUNDO.

LA PROBLEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDICO ANTE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.

2.1. RESPONSABILIDAD CIVIL.

Al hablar de consideraciones generales, la calificación de legal de responsabilidad profesional solo puede ser declarada por un juez, previo procedimiento que pruebe dicha responsabilidad.

El médico o profesional de la salud, como todo individuo que vive en comunidad, y tiene obligaciones y deberes que cumplir en la misma, ello con la finalidad de vivir en paz y armonía que hacen posible la convivencia de los seres humanos en sociedad, de manera que el médico debe de cumplir con disposiciones comunes a todo sujeto de derecho, las cuales son señaladas en nuestras leyes, mismas que al ser infringidas lo ubican en determinadas circunstancias, que tienden a agravarse por su calidad de médico.

El médico no solo tiene una responsabilidad moral y social, pues en el momento en que sus actos durante su ejercicio profesional se toman conductas que pueden constituir un delito, infracción o cualquier falta a la normatividad que regula su actividad, en ese momento encuadra su conducta dentro del ámbito del derecho penal, y/o civil.

La ley señala que se incurre en responsabilidad hacia terceros por incumplimiento, como consecuencia de impericia, negligencia o dolo del profesionista, generándose las posibles consecuencias:

1. Delitos por responsabilidad médica, y
2. La obligación de indemnizar daños y perjuicios a un paciente.

Asimismo, si un médico actúa con dolo e intencionalmente daña a uno de sus enfermos, comete un delito que lo coloca además en el campo del derecho penal, al abordar el aspecto civil de la responsabilidad profesional del médico reviste particular importancia, pues es bien sabido que, ante la presencia de esta situación, estará obligado a reparar los

daños y perjuicios causados a otro, por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo como el manejo de objetos peligrosos.

La manera de responder en materia civil, es mediante la reparación de los daños, por ello esa obligación de reparar los daños y perjuicios causados se llama **responsabilidad civil**.

Asimismo debemos tener un concepto con respecto a la noción de responsabilidad civil de donde se observa que la producción del detrimento genera un desequilibrio en todo orden social, hay una alteración que debe ser corregida y hacia ese objetivo se orienta la responsabilidad civil, que aparece como una consecuencia lógica y natural de todo daño causado injustamente, y como la solución más acorde posible orientada al restablecimiento de aquel equilibrio alterado.

Así tenemos que **la responsabilidad civil no es sino la obligación de resarcir todo daño injusto causado a otro.**³³ Este concepto, muy genérico por cierto, tiene la suficiente flexibilidad para brindar una explicación razonable de la forma y modo en que se comporta esa obligación de reparar los daños y perjuicios, sin atadura a preconceptos.

- Es menester que exista un daño causado. No hay responsabilidad civil sin daño material o moral resarcible.
- El daño debe ser injusto.
- La obligación de resarcir el daño causado tiene una finalidad eminentemente reparadora.
- La obligación de indemnizar el daño causado puede tener su origen en hecho propio del responsable, o en razón del menoscabo causado por el hecho de las personas que de él dependen, o de las cosas de las que se sirve o tiene a su cuidado, o de las que es titular del derecho de dominio.

En nuestro sistema jurídico la responsabilidad civil tiene dos posibles fuentes: el hecho ilícito (la conducta antijurídica culpable y dañosa) y el riesgo creado, la conducta lícita e inculpable de usar un objeto peligroso. En el derecho mexicano son elementos de la responsabilidad civil: la comisión de un daño, la culpa, la relación de causa y efecto entre el hecho y el daño, de esta manera se define la

³³ DANIEL PIZARRO, Ramón *Responsabilidad Civil*, Ed. Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1993. Pág. 2

responsabilidad civil como la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por otro, por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo.³⁴

El resarcimiento es la reparación del daño a cargo del delincuente, el concepto de resarcimiento implica una gama amplia de daños, incluyendo perjuicios, lesiones personales y menoscabos de la propiedad, la indemnización es la reparación del daño proporcionada por el estado u otro fondo establecido para tal fin.³⁵

El juzgamiento de la conducta reprochable del médico se hace a través de normas o sanciones represivas, si aquella configura un ilícito penal, o de normas o sanciones indemnizatorias o reparadoras si aquella implica un daño que debe de ser salvado y/o compensado en materia civil, sabido es que un mismo hecho puede ser ventilado ante justicia penal para los efectos de decidir si se trata de un delito y, en caso afirmativo, determinar una pena tal como prisión, multa o inhabilitación o en materia civil la reparación de daños y perjuicios.

Los gastos curativos que eroga la víctima, respecto de la recuperación de sus salud, entre otros, pueden ser demandados como incidente de reparación de daño dentro del proceso penal, cabe mencionar que el aspecto de reparación de daño a la víctima, se da cuando previamente existe un daño, o bien, se puso en peligro algún bien jurídicamente tutelado (tentativa).

Algunas de las formas en que el paciente puede hacer valer su derecho de reparación de daño por concepto de responsabilidad profesional del personal de salud son:

- Por patrimonio propio del responsable.
- Por parte de un seguro de responsabilidad profesional.
- Indemnización del Estado en caso de tratarse de un servidor público.
- Indemnización de una Institución privada en caso de tratarse de un servicio particular.

³⁴ BEJARANO SANCHEZ Manuel. Obligaciones civiles. Tercera edición Ed. Harla. México. 1984. Pág. 262.

³⁵ RODRIGUEZ MANZANERA Luis Victimología. Segunda Edición. Ed. Porrúa S.A México. 1989. Pág. 336.

2.1.1. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDICO ANTE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.

De conformidad con el objetivo del presente trabajo pasamos a tratar seguidamente los problemas que la doctrina de los últimos tiempos ha puesto de relieve con motivo de la responsabilidad civil del médico.

Obviamente los temas que ahora analizamos constituyen el punto de partida para toda la teoría general de esta materia, y resultan válidos y aplicables a la realidad cotidiana de la responsabilidad médica. Sin embargo, dicha realidad ha planteado recientemente una serie de cuestiones que, como veremos no tiene cabida dentro del enfoque tradicional.

A pesar de las consideraciones en torno a la dicotomía responsabilidad contractual-extracontractual, es indudable que tradicionalmente, el esquema con mayor claridad sistemática para abordar los problemas derivados del acto médico dañoso, es el que parte de un estudio separado de los regímenes de responsabilidad que ofrece nuestro Código Civil.

2.1.2. PERSPECTIVA CONTRACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDICO.

Es unánime la opinión doctrinal a favor de la existencia de un contrato en base a la relación entre médico y paciente aunque en determinadas circunstancias, no podrán entenderse así. En cualquier caso afirmar que estamos en la presencia de un contrato, no basta para determinar la responsabilidad del médico, sino que es necesario acercarse a la posible configuración de ese contrato, así como analizar sus elementos esenciales en nuestro caso.

Partiendo de la hipótesis de la existencia de un contrato en la relación entre médico y paciente, y teniendo en cuenta que en innumerables supuestos debe de admitirse ese hecho de forma indudable, resulta obligado él cuestionarse acerca de la configuración jurídica de ese contrato.

2.1.3. LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO.

Partiendo de la idea de que en la generalidad de los supuestos estamos frente a un contrato, entonces debemos de analizar esos elementos del contrato entendiendo por estos como aquellas condiciones que lo integran y que contribuyen a la formación y validez del mismo, una vez esbozada la naturaleza jurídica del contrato de servicios médicos, el estudio de los citados elementos esenciales o elementos constitutivos básicos, nos servirá para cuestionarnos sus propias presencia en la relación médico-paciente; y en segundo lugar hará posible saber cómo funcionan esas condiciones en la mencionada relación.

2.1.4. LA CONFIGURACION AQUILIANA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDICO.

Aceptando también que la responsabilidad del facultativo no deriva del incumplimiento de las obligaciones contractuales sino de las desviaciones de normas y deberes profesionales, por tanto, es extracontractual. Al tratar de las obligaciones dimanantes del contrato, ya se verá la posibilidad de que las reglas de la profesión médica se incorporen al mismo, formando parte de su contenido, como lo parece ilógico, amen de poco útil y bastante dificultosos separar los deberes médicos derivados de un contrato por una parte, y por otra, los derivados de su profesión. Así que tenemos como punto relevante el estudio de la aplicación de las condiciones de responsabilidad extracontractual a la relación médico-paciente.

Todos estos temas de importancia con respecto a la responsabilidad civil del médico que pasamos a analizar a continuación en su momento a tratar en el presente trabajo.

2.2. CONFIGURACION JURIDICA DEL CONTRATO MEDICO . ANALISIS.

El primer problema a dilucidar, es el problema básico para los fines que pretendemos, es el de si entre el médico y paciente existe o no contrato, examinando el contenido de la relación que une al médico con el paciente .

Resulta obligado en el presente trabajo a cuestionarse acerca de la configuración jurídica del contrato en la relación médico-paciente, lo cual nos servirá para aclararnos, en cierta medida, los aspectos más oscuros de esa relación.



Partiendo de la hipótesis de la existencia de un contrato en la relación médico-paciente, y teniendo en cuenta que debe cuestionarse acerca de la configuración de ese contrato, pasamos a continuación al análisis de este.

Para el Profesor Gitrama las posibles dudas deben de resolverse en torno a dos soluciones en cuanto a la configuración del contrato en la relación médico paciente: la del arrendamiento de servicios y la del contrato innominado.³⁶

Se presenta metodológicamente acertado comparar el contrato de servicios con otras figuras contractuales típicas.

En efecto, las peculiaridades de la relación que nos ocupa irán apareciendo precisamente cuando tratemos de encajarla en alguna de las categorías contractuales, que aparecen más afines, así que a continuación pasamos a su análisis.

2.2.1. El mandato.

La idea de la existencia de un contrato de mandato entre médico y paciente es probablemente la primera de las soluciones que en historia se dio al problema de la configuración jurídica de la relación que nos ocupa.

En el Derecho Romano era un mandatario del enfermo, que por el carácter esencialmente gratuito de ese contrato, veía remunerados sus servicios a través de los *honoraria* que le adeudaba el paciente no a causa del mandato, sino de otro contrato paralelo, pero diferente del mandato, que se concluía entre ambos, y con arreglo a la *cognitio estra ordinem*.³⁷

Esta tesis fue recogida por los grandes tratadistas del Derecho común como Bartolo, Donello, Domat, Pothier, etc., y se recoge a los autores modernos, entre ellos los alemanes y aplicada en general a los profesionales liberales. Ya Pothier, consciente de la dificultad que presentaba la retribución de los profesionales liberales, mediante el instrumento del mandato, esencial y tradicionalmente gratuito, acude a un deber moral por parte del paciente de corresponder con un regalo u otro

³⁶ GITRAMA GONZÁLEZ Manuel. *Configuración Jurídica de los Servicios Médico*. Estudios de Derecho Público y Privado Tomo I. Valladolid, España. 1996. Pág. 201

³⁷ BONFANTE Pietro. *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª. Edición Italiana. 4ª. Edición. Ed. Reus Madrid, España. 1965

acto de liberalidad hacia a su médico, deber este totalmente ajeno al contrato de mandato.³⁶

De todas formas con la aparición de los Códigos Civiles el problema se solventa, ya que en el artículo 2549 del Código Civil Mexicano, admite la retribución del mandato, cuando así se pacta por las partes, o sea, se transforma de esencialmente gratuito en naturalmente gratuito y, por tanto depende la gratuidad de la voluntad de las partes.

A la vista del artículo 2547 texto que transcribimos, no parece existir obstáculo para aplicar el mandato a la relación entre profesional y su cliente, toda vez que el artículo expresa:

Art. 2547. El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el solo hecho de que no lo rehúsen dentro de los tres días siguientes.

Toda vez que podemos pensar que el médico presta sus servicios al paciente por encargo de este, que por su ignorancia o su impotencia para cuidar por sí mismo de su salud, " se hace sustituir" en esa tarea, pero debemos observar el artículo 2562 que nos manifiesta:

Art. 2562. El mandatario, en el desempeño de su encargo, se sujetará a las instrucciones recibidas del mandante y en ningún caso podrá proceder en contra disposiciones expresas del mismo.

Como podemos observar el médico en ninguno de los casos puede recibir instrucciones de tratamiento del paciente, desprendiendo así que el médico no tiene derecho de reembolso, ni de indemnización de los daños que pueda sufrir por el ejercicio de su profesión.

En efecto el médico goza de una independencia técnica que le otorga la facultad de elegir el tratamiento y los medios necesarios para la

³⁶ POTHIER Robert Joseph. Traité de mandat. Paris. Ed. Dalloz. Francia. 1821. Pág 96

curación del paciente, salvo, del consentimiento de éste, que de ningún modo puede asimilarse a unas instrucciones que el facultativo debe de seguir.

En definitiva se observa lo absurdo de las conclusiones a que se llegaría al aplicar los preceptos del mandato a la realidad del ejercicio de la Medicina.

2.2.2. El arrendamiento de obra.

Por lo anteriormente expuesto, y sobre todo por la ausencia actual de relación entre la consideración social de profesiones y su encuadramiento contractual, la idea de arrendamiento cobra importancia a la hora de tipificar los servicios médicos.

Puesto como es sabido el arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o servicios, figuras de consecuencias diferentes, concretamente se plantean el arrendamiento de obra y el de servicios, así veremos a continuación uno y otro, heredados respectivamente de la *locatio conductio operarum* romanas.

El arrendamiento de obra -en terminología suiza- contrato de empresa, es aquel que tiene por objeto la producción del resultado de una labor, de una actividad, a cambio de un precio cierto. Observando precisamente es una idea de resultado es la que lo diferencia esta figura del arrendamiento de servicios, y ha dado lugar, además de esta distinción a la doctrina moderna acerca de las obligaciones de medios y de resultado, de cuyos aspectos generales y cuyo interés para la comprensión del contrato de servicios médicos ya hemos dado cuenta.

En cualquier caso, el principal argumento a favor de la tesis del arrendamiento de obra viene dado por la idea de subordinación y dependencia que acompaña, según parte de la doctrina, al arrendamiento de servicios y como parece obvio, ha de estar ausente en el ejercicio de la profesión médica, donde la noción de independencia resulta esencial, así debe de observarse que en la relación médico-paciente la retribución no es proporcional al tiempo, sino que se abona a tanto por visita o consulta.

La principal objeción a esta teoría se encuentra en el mismo concepto de arrendamiento de obra, puesto que si de lo que se trata es de la **producción de un resultado**, esto es algo que no puede encajar en el

ejercicio de la medicina, efectivamente el médico no puede prometer nunca un determinado resultado curativo.

En definitiva el médico no se obliga a curar al enfermo, sino a realizar la labor de diagnóstico y tratamiento idóneo para el logro de esa curación, así que esa asistencia es más bien prestar un servicio que ejecutar una obra.

2.2.3. El arrendamiento de servicios.

No extraña, tras las dificultades, ya expuestas que presenta el arrendamiento de obra, y superado el problema de la subordinación o dependencia, que la tesis del arrendamiento de servicios sea la que goce de más partidarios en la doctrina a la hora de tipificar la relación entre médico y paciente.

Así en la doctrina autores como Colin y Capitan, Ennecerus, Bonet Ramon, Castan Tobeñas, Gitrama, Santos Briz, Fernandez Fierro, etc., sostienen en general, que el contrato de servicios médicos es un arrendamiento de servicios.

Gitrama define el contrato de servicios como un contrato por el que una de las partes se obliga a desplegar respecto de la otra una determinada actividad polarizada en el trabajo mismo de una remuneración proporcional al tiempo, a la cantidad o a la dificultad del trabajo desarrollado.³⁹

Estamos recogiendo con bastante exactitud los elementos esenciales de la relación jurídica médico-paciente en esta categoría contractual.

La obligación del médico consiste precisamente en desplegar una actividad que de conformidad con la *lex artis* o el estándar of care, tiene por finalidad la curación del paciente, o dicho con mayor propiedad, el médico contrae una obligación de medios, encaminada al logro de una finalidad o resultado, pero no se compromete a obtener un resultado. Lo hace a cambio de una remuneración, que recibe el nombre de honorarios, por una razón meramente histórica o tradición, y lo hace sin ningún elemento de subordinación a su paciente en el arrendamiento de servicio.

³⁹ GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. *Configuración Jurídica de los Servicios Médicos*. Op Cit. Pág. 61.

No obstante existen las opiniones contrarias a esta posición como la De la Quintana Ferguson⁴⁰, que insiste en la ausencia de subordinación en el ejercicio de profesiones liberales y entiende que dada la evolución del arrendamiento de servicios hacia el contrato de trabajo, resulta un error cuantioso mantener adscritas al primero las profesiones liberales; sin embargo, no se inclina por el contrato de trabajo, como sería lógico tras esa consideración.

También Alaz López se opone a la inclusión de la actividad médica en el arrendamiento de servicios, como base en cuatro argumentos: La nota de dependencia propia del arrendamiento de servicios, ausente en la prestación médica, la no esencialidad de la contraprestación en la relación médica, la inaplicabilidad de la regulación dada por el Código a dicha relación y la facultad de revocación unilateral por parte del paciente.

Si bien parte de la doctrina ha considerado la dependencia como elemento característico del arrendamiento de servicios, tal postura ha sido criticada con acierto, por Castán, que entiende a la misma como equivoca y discutible, ya que no es raro el caso de quien presta el trabajo, en el contrato de servicios (sobre todo cuando se trata de servicios superiores), disfrute de gran autonomía. El punto más relevante que pone Castán de relieve cuando entiende que en realidad dentro del derecho, la nota de dependencia, más característica del contrato de arrendamiento del servicio, tal como lo regula la ley, es distintiva del contrato de trabajo, en el sentido de que regula su legislación especial, es decir la organización y dirección de otra persona.

Podemos observar como el Código Civil para el Distrito Federal dedica todo un capítulo a la prestación de servicios profesionales en sus artículos 2606 al 2615. Esta situación a la que nos referimos, aunque no obstaculiza la calificación del contrato de servicio médicos, si lo convierte en poco útil.

De poco sirve afirmar que el desempeño de la actividad sanitaria constituye un arrendamiento de servicios cuando al, acercamos al Código Civil en busca de una normativa correspondiente, nos encontramos con unos pocos artículos, de difícil aplicación a la que nos ocupa este capítulo.

⁴⁰ QUINTANA FERGUSON, Manuel De La *La responsabilidad civil del médico*, Op.Cit. Pág. 61.

2.2.4. El contrato innominado.

La peculiaridad que rodean a la relación médico-paciente ha llevado a buena parte de la doctrina a pensar que el contrato que celebran ambas partes es innominado, *suis generis*, no subsumible en ninguna de las categorías que recogen los Códigos civiles.

El argumento latente en todos los que han sostenido esta posición viene dado, como es lógico, por las dificultades que sin duda, plantean todas las hipótesis típicas, así lo han entendido Savatier, Pacifici-Mazzoni, Mazeud y Tunc.

Lo cierto que no podemos por menos de calificar la idea del contrato innominado como tentadora ya que evidentemente constituye el camino más corto para salvar las asperezas que encontramos al encuadrar la relación médico-paciente en el arrendamiento de servicios o en el arrendamiento de obra según los casos.

Al parecer resultan ilustrativas las palabras de Prieto Castro al respecto, quien se opone contundentemente a la hipótesis del contrato innominado: Ya que sin duda, esta operando una mentalidad heredada por los juristas, que prefieren solucionar el problema acudiendo al contrato atípico o al especial o al *suis generis*, porque así parece que la Ciencia Jurídica parece como si se manifestase más exacta.

Precisamente Ataz Lopez ⁴¹, parece inclinarse por otra variante del contrato innominado, cuando sostiene que el contrato médico-paciente es un contrato mixto, aludiendo a la distinción entre contratos atípicos absolutos y aquellos que resultan de la combinación de elementos que claramente corresponden a contratos típicos.

En conclusión partiendo de la idea de que en la generalidad de los supuestos estamos ante un contrato de arrendamiento de servicios puede llamarse contrato de prestación de servicios profesionales.

En definitiva, el análisis de los elementos del contrato de servicios médicos es el mejor camino para llegar al conocimiento del mismo.

Al analizar el contrato tenemos que:

⁴¹ ATAZ LOPEZ Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Op. Cit. Págs. 146 y ss.

- Se trata de un contrato bilateral, que crea obligaciones recíprocas, interdependientes y correlativas para el médico y para el paciente.
- Es un contrato oneroso, la onerosidad aquí puede revestir problemas, pues significa proporcionalidad o equivalencia de las prestaciones, y a veces puede romperse en el contrato médico, cuando éste no cobra o cobra una cantidad simbólica por amistad, gratuidad, parentesco, etc.
- Es un contrato *intuitu personae*, o de prestación personalísima, al menos para una de las partes, y en algunos casos por la modernidad se disminuye esta.

2.3. NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO MEDICO.

De acuerdo con la dogmática, ya se sabe que el análisis de la naturaleza jurídica tiende a centrar el instituto objeto de estudio, dentro de las coordenadas de juridicidad, resaltando sus notas propias o asimilándolo a las figuras afines.

La materia de la inseminación artificial, en todas sus variantes, se puede contemplar en una triple perspectiva:

- a) Como acto constitutivo.
- b) Como objeto de los derechos disponibles
- c) Como relación jurídica derivada

2.3.1. Como acto constitutivo.

Dentro de la ortodoxia, el acontecimiento de la inseminación artificial procede de la operatividad del voluntarismo negocial o de los partícipes en todo el proceso. principalmente, los aportantes de su propia fisiología, hasta el punto que puede hablarse de un auténtico y previo contrato de inseminación o inseminador que ampara la práctica de este en virtud del cual los intervinientes emiten su voluntad o consienten expresamente, o se ponen de acuerdo en que proceda por los profesionales también concurrentes a la inseminación con el fin procreador.

En este acto inseminatorio intervienen como aportantes fisiológicos, por lo general, la esposa receptora de la inseminación o de la fecundación, el marido tanto sea el aportante de semen como en su caso, consentidor de la práctica heteróloga, el tercero dador semínola, y la mujer prestamista del óvulo o del útero en sus distintas variantes. Por lo que respecta a los

facultativos, el pacto es de carácter profesional con asunción de las prescripciones técnicas y deontológicas derivadas.

2.3.2. Como objeto de los derechos disponibles.

Antes de iniciar este estudio debemos de analizar primeramente lo que son los derechos de la personalidad entendiendo por estos que son derechos originales o innatos en cuanto nacen conjuntamente con la persona, sin necesidad de concurso de medios legales de adquisición.⁴²

Se trata de derechos necesarios, se tiene fatalmente porque nacen con la persona y de por vida la acompañan, la no patrimonialidad de los derechos de la personalidad humana indica que los mismos no se traducen en valores pecuniarios y que no integran la noción de patrimonio.

Todo ello sin perjuicio de que su violación de lugar a consecuencias de indemnizaciones económicas,⁴³ son derechos absolutos, que se dan erga omnes, ya que se tiene contra todos y los demás están obligados a respetarlos, imponiéndose un deber general de abstenciones a respetarlos, imponiéndose un deber general de abstención, debe destacar que los tres primeros caracteres tiene correlatividad absoluta, estableciendo que son innatos, vitalicios y necesarios.

Dentro del estudio de los derechos personalísimos destacan los que se distinguen como corporales e incorporales, los derechos corporales abarcan el llamado sector físico de los derechos personalísimos, en este sector, que presuponen el derecho primordial a la vida, los diferentes autores tratan el derecho a la integridad física y en su mayoría nueva referencia a los actos en disposición del propio cuerpo o al derecho a la disposición del propio cuerpo.

Corresponde intentar delimitar el marco de esta disponibilidad corporal, el derecho debe de ajustarse a la realidad de los hechos humanos que le sirven de fundamento y a cuya regulación tiende a la realidad que nos

⁴² CASTAN TOBEÑAS José. Los derechos de la personalidad. Revista general de legislación y jurisprudencia. Madrid España. Publicada el Julio-Agosto 1952. Pág 141 y 142.

⁴³ CARRANZA Jorge. Los trasplantes de órganos. Ed Platease Buenos Aires. Argentina. 1972. Pág 43.

demuestra que el hombre dispone a diario de su cuerpo, no solo dispone de sus fuerzas espirituales y creadoras sino también en la facultad o posibilidad de su libre determinación también una serie de actos que convergen hacia su esfera corpórea.

La disponibilidad corpórea ha sido una cuestión muy discutida en el campo de derecho privado, se le atribuye a Ihering el reconocimiento de un derecho sobre el propio cuerpo a partir de la distinción que realizara entre pertenencia y propiedad, este razonamiento se explica al afirmar que ciertas cosas pueden pertenecer a la persona sin someterse a los principios que rigen la propiedad: el cabello pertenece a la persona mas luego que el mismo ha sido criticado puede ser objeto de comercio a propiedad, este concepto genérico de pertenencia tuvo muchos opositores.

La incertidumbre sobre la verdadera esencia del derecho a disponer del propio cuerpo oscurece lo que se debe tener bien claro: que es un derecho personal de carácter especial y trae aparejado la libre disposición de nuestro cuerpo con las restricciones que impongan las leyes la moral y las buenas costumbres, queda en consecuencia excluido del ámbito de los derechos patrimoniales.

En el contrato inseminador, antes ya se anticipó se viene como a pactar en la parte sobre el propio cuerpo, que es tanto como afirmar, que los intervinientes disponen con su voluntad de un objeto corporal y personalísimo. Y con la independencia de la licitud o no de ese objeto recayente en la portación del semen del marido o tercero, o del óvulo o del útero de la esposa o de extraña, se pretende negociar con ello en el estricto sentido de que se disponga o ponga a disposición de un intento o quehacer profesional esos órganos o energías con el fin de obtener un fruto.

Conviene concretar los perfiles del objeto del derecho disponible, que por afectar al propio cuerpo o ius in se ipsum, es un derecho de la personalidad, con las mismas características de estos por lo general, así: es de tipo corporal o somático y por tanto intransferible, es intrasferible en el significado de no aportación indiscriminada; aquí se permite el tránsito hacia otra persona, por su finalidad altruista; ha de estar tutelada por el ordenamiento o regulada de su disponibilidad; no es económicamente negociable en el sentido de que su uso no persigue fin crematístico.

2.3.3. Como relación jurídica derivada.

Si el acto constitutivo o contrato inseminador es la causa de todo un largo proceso de experimentación científica, sus resultados si son positivos, proporcionan el nacimiento de un ser dentro de una familia constituida que concita sobre sí, en principio, todos los presupuestos o requisitos de la relación filial, o sea, el ser así creado con la inseminación artificial es un hijo que nace dentro de la familia albergante o receptora; el dato que existan las lógicas diferencias en punto a su concepción con el hijo por naturaleza no desvirtúa el carácter de esa relación, de ordinario, debe hablarse de que la inseminación artificial produce el efecto de generar una auténtica relación jurídica familiar, del tipo paterno-filial, y al margen de su acervo de subsiguiente complejidad.

2.4. ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DEL CONTRATO CIVIL .

Constitución. Elementos intervinientes.

Con clara adscripción a la inseminación artificial en su aspecto constitutivo estudiamos seguidamente todo el aparato estructural de este expediente fruto del voluntarismo negocial de los intervinientes y, por lo tanto siguiendo con el conocido elenco de los presupuestos que concurren en la figura del negocio jurídico.

2.4.1. ELEMENTOS PERSONALES.

Para tener un mejor conocimiento del acto constitutivo en estudio, debemos conocer aquellas personas que intervienen y cual es el nivel de capacidad o aptitud requerida, según los casos conocidos que puedan darse, debiendo hablar de:

2.4.1.1. Elementos personales comunes.

- **De carácter conyugal:** el marido, que, o bien puede actuar como aportante del semen, además de consentir la técnica, o solo de consentidor, cuando preste su conformidad también a la intervención de un tercero inseminador; la esposa o receptora de la prueba, bien a través de la inseminación o de la fecundación in vitro con transferencia embrionaria a seguido o tras el sistema de congelación.

- **De carácter profesional:** que es el equipo médico con su personal auxiliar encargado de practicar la inseminación, si bien cabe centrar el intervencionismo negocial relevante sólo en el Director o Jefe que asuma la responsabilidad de la operación, el cual será el suscribiente del pacto.

2.4.1.2. Elementos personales accidentales.

O sea sólo, en su caso, intervengan a las concurrencias de las tercerías biológicas *ex patre* o *ex matre*, y así ha de distinguirse:

- **El tercero dador o donante del semen:** es decir, el aportante de la materia generadora en defecto del marido, de ordinario anónimo. Por ello, sobre todo, que si la dación es anónima sólo interviene este tercero en el acto previo al contrato inseminador, o acción de trasladar su semen al habitáculo receptor, conducta ésta que, desde luego, ha de ser voluntaria y que requiere la debida instrumentación con el centro médico, en donde se perfilen las condiciones de anonimato, altruismo, carencia de responsabilidades de filiación para el donante, etc.
- **La mujer extraña como dadora o prestamista del óvulo/útero:** Plantea connotaciones semejantes a las anteriores, aunque por las posibles consecuencias de futuro, sobre todo cuando se actúa como madre gestante y no de madre concibiente o fecundada (según preste el útero o el óvulo), es preciso asegurarse de la obligación, por otro lado, de muy difícil coerción, y sobre la que existe fuerte tensión por las implicaciones de todo orden que encierra.

2.4.2. ELEMENTOS ESENCIALES Ó DE EXISTENCIA DEL CONTRATO CIVIL .

Entendiéndose por elementos esenciales, de esencia o de existencia, aquellos que son necesarios para que exista el acto y en caso de que falten no habrá acto, siendo estos: el consentimiento y el objeto. Mismo que manifiesta el Artículo 1794, del Código Civil para el Distrito Federal, definiéndose estos como:

2.4.2.1. Consentimiento.

Es el acuerdo de voluntades respecto a un objeto común que consiste en producir consecuencias jurídicas que son la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones. El consentimiento es un elemento de naturaleza psicológica que consiste en el encuentro de dos voluntades que se complementan recíprocamente para alcanzar un fin que le es común.⁴⁴

Así nuestro Código Civil para el Distrito Federal, recoge como primer elemento el consentimiento de los contratantes, que goza por así decirlo, de lugar privilegiado dentro del contrato, dado que entre las disposiciones generales relativas a este dice:

Art.1796. Código Civil "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben de revestir de una forma establecida por la ley. Desde que se perfecciona, obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley."

El consentimiento alma del contrato, constituye verdaderamente la esencia, el principio activo y generador, no habiendo negocio más allá donde la voluntad este ausente.

El contrato supone una zona de coincidencia en la cual las dos voluntades, manifestadas a través de declaraciones coinciden. Ya que el consentimiento debe de versar necesariamente sobre la cosa y la causa del contrato.

Es indudable que la relación médico-paciente, como vimos es de naturaleza consensual, sin embargo encontramos importantes peculiaridades en dicha relación, que obliga a todo el que acerca a esta materia a detenerse en el estudio de algunas cuestiones claves, tales como la información al paciente, capacidad representación, consentimiento contractual y consentimiento-legitimación del acto médico

⁴⁴ MARTÍNEZ ALFARO Joaquín. *Teoría de las Obligaciones*. Segunda Edición. Ed. Porrúa...S.A México, 1991. Págs 21 y 23.

etc. Veamos a continuación como funciona realmente el consentimiento e información en la relación médico-paciente.

Debe cuestionarse la propia existencia del consentimiento en la relación médico-paciente, para poder afirmar el carácter contractual de la responsabilidad del médico, en los supuestos que así sea posible.

Sin temor podemos decir que dicho consentimiento existe, aunque por la especialidad de la misma, presenta pocas peculiaridades. Es más no solo es cierto que tal manifestación de voluntad se da en realidad fáctica, sino que debe darse para la licitud de la actividad médica.

Debemos señalar que es diferente entendido como elemento de un negocio jurídico privado, que como expresión de la libre aceptación por parte del paciente de que se verifique una intervención médica en su cuerpo.

Por este motivo al hablar de consentimiento médico o de consentimiento del paciente, debe tenerse en cuenta a que nos estamos refiriendo, ya que la distinción, tan evidente a primera vista, ocasiona no pocos malentendidos a la hora de analizar jurídicamente la relación médica. Ya que a menudo ambas voluntades se manifiestan conjuntamente, sin que el paciente conscientemente distinga una de otra, o incluso, que el consentimiento dirigido a aceptar la intervención facultativa en el propio cuerpo constituye un elemento normal de la dinámica contractual creada previamente a partir del consentimiento encaminado al nacimiento de la relación negocial.

Como es lógico, difícilmente el médico podrá cumplir con sus obligaciones si el paciente no permite que se realicen en su cuerpo las actividades necesarias; por tanto, una vez perfeccionado el contrato consensual, y a modo de carga del acreedor de la asistencia médica, le paciente ha de facilitar al médico el cumplimiento de su obligación, autorizando tales actos.

2.4.2.2. La emisión de los consentimientos, su alcance según sus clases, condición y términos en la inseminación artificial.

Su alcance según sus clases. Es el núcleo habilitante de esta práctica y que viabilizan por acomodarse al principio del voluntarismo jurídico. En cierto modo está ya embebida en la simple suscripción del

contrato, en donde consta la voluntaria petición de inseminación artificial, la asunción. Del cual el alcance o efectos que produzca variará según la posición que ocupe en el proceso inseminador, el emiteinte, y también dependerá de la técnica empleada, distinguiéndose:

2.4.2.3. Consentimiento de la esposa/mujer receptora.

Sin duda es el principal, porque en un doble campo es decisiva su voluntad, en primer lugar para permitir se manipule su organismo y en segunda aceptando las naturales y apetecidas consecuencias de la maternidad: la mujer así inseminada es la madre del hijo procreado, pero en el caso de la tercería biológica, donde se habrá de cubrir su voluntad habilitante.

En definitiva, el consentimiento abarcará todos los efectos del Derecho, y la expresa conformidad con la técnica inseminadora, en cualquiera de sus grados.

2.4.2.4. Consentimiento del esposo/varón.

Al igual que el anterior es primordial, porque en la inseminación homóloga también la emisión de su consentimiento produce el doble efecto de habilitar el acto médico aportando semen y, por ello, disponiendo de su propio cuerpo y asumir la relación paterno filial que en el supuesto éxito del programa se produzca. En las heterólogas, ese consentimiento es capital, ya que con él, el mando claudica en que sea otro hombre el que fecunde/insemine a su esposa, siendo este tercero un desconocido anónimo.

2.4.2.5. Consentimiento de los terceros biológicos.

Según los casos, el consentimiento del dador, es normalmente condicionado como:

- **Anonimato**, o sea que aunque conste *nominatim* —nombre— para el centro médico, la procedencia del autor del semen, a los fines de su calidad o circunstancias de salud, no se exteriorice o facilite su identidad.⁴⁵

⁴⁵ RUIZ VADILLO, Enrique. Aspectos jurídicos de la inseminación artificial con semen de dador. Clínica Ginecológica. Editorial Salvat. Barcelona. España. 1980. Págs 122 a 124.

- **Gratuito**, el acto debe de ser altruista y con el fin benéfico de facilitar la procreación sin ningún otro objetivo. Toda vez que las sustancias de origen humano son consideradas fuera de comercio.
- **Exención de efectos jurídicos o de filiación**, es decir, el dador, con su entrega desaparece y no asume por tanto nexo alguno con el ser así procreado.

2.4.2.6. Consentimiento de la tercera.

La mujer extraña a la esposa igualmente prestará su consentimiento, con su alcance semejante al anterior reduciendo su contorno al acto de disponibilidad corporal, ya se trate de la prestación de su óvulo para fecundación o bien de homotrasplante, es decir de la portación de su útero para la recepción del embrión; y en ambos casos, se extiende ese consentimiento sin extenderse a la asunción de la maternidad, por lo que expresamente se hará así constar.

2.4.3. El Objeto, elemento esencial del acto jurídico.

Según el artículo 1794 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, el segundo de los elementos esenciales de todo contrato es el Objeto que puede ser materia del contrato.

De lo cual podemos decir que el objeto del contrato son cosas o servicios que son materia, respectivamente de las prestaciones de dar o de hacer que, a su vez, constituyen el contenido de la obligación.

Así el artículo 1824 del Código Civil para el Distrito Federal alude a cosas y servicios manifestando :

Art.1824. Son objeto de los contratos:

- I. La cosa que el obligado debe dar;
- II. El hecho que el obligado debe de hacer o no hacer.

Si observamos la relación entre médico y paciente, se concluye que su objeto, indudablemente, esta constituido por unos servicios y unos honorarios, de ahí que con frecuencia se hable de contrato de servicios médicos para designar esa relación.

Dichos servicios se concretan en la asistencia sanitaria que el médico presta al paciente, a través de las tareas de diagnóstico, pronósticos y tratamiento.

Por una parte se entiende que el objeto del contrato es el diligente y correcto tratamiento del enfermo y no la curación de este, debe admitirse que la obligación del médico es de medios y no de resultados, puesto que este último difícilmente puede garantizarse a priori y consecuentemente este hecho, nos aleja del arrendamiento de obra para situarnos en el de servicios

Además la responsabilidad del galeno cobra una dimensión diferente si se considera que su obligación es de poner todos los medios intelectuales e instrumentales necesarios para la curación del paciente.

Por otra parte, la concepción del objeto del contrato ya expresada viene a confirmar la misma existencia de ese contrato, puesto que han sido determinadas formas de entender el objeto las que con más fuerza han llevado a sectores doctrinales a negar tal existencia.

En efecto, si se considera que el objeto del contrato de asistencia médica es la finalidad curativa de la actividad médica y en el consentimiento otorgado para que esta se lleve a cabo.

Entendiéndose al objeto de contrato como aquella conducta del deudor ejecutada a favor del acreedor y la cual pueden ser de tres formas: de dar, hacer y no hacer.⁴⁶

En los derechos personales el objeto o prestación es la conducta que el deudor debe de ejecutar en favor del acreedor, o de otro modo, es la conducta del acreedor que está facultado a recibir y a exigir, tratándose de esta en nuestro caso. En el caso de los derechos reales el objeto es la cosa sobre la cual el titular ejercita su derecho real, aludiendo así a cosas y servicios como posibles objetos de contrato.

Si se considera que el objeto del contrato de asistencia médica es el cuerpo humano, y se tiene en cuenta que el Código Civil para el Distrito Federal vigente exige para la licitud del objeto que éste no sea *res extra commercium*. De donde concluyen algunos autores que el contrato carece

⁴⁶ MARTÍNEZ ALFARO Joaquín. Teoría de las Obligaciones Op Cit. Págs. 7 y 8.

de posibilidad jurídica, dado que el cuerpo humano queda fuera del comercio.⁴⁷

Sin embargo, son diversos los argumentos que caben en contra de esta posición, debiendo analizar que el objeto no es tanto el cuerpo humano, sino más bien la restauración de la salud, no solo somática, sino psíquica en muchas hipótesis.

Dicho objeto del contrato viene dado por la asistencia que presta el facultativo en orden a la recuperación o mejoría de la salud, y no el cuerpo humano en sí, y no cabe afirmar que esa asistencia se encuentre fuera del comercio.

Es objeto, por parte del médico, la prestación de un servicio tendiente esencialmente a la salud del cuerpo y de la mente, cifrándose la licitud del objeto en la finalidad curativa de la actividad médica y en el consentimiento otorgado para que este se lleve a cabo.⁴⁸ Cuando alguno de los dos elementos falte, la prestación será ilícita.

Ahora en nuestro estudio de la inseminación artificial la cual recae sobre elementos de esa progenie que se experimentan para un fin procreador, en principio, pues el objeto del contrato es autorizar la práctica del acto médico, con la finalidad procreadora.

La doctrina censora ha visto en este objeto ingredientes de sobra para proclamar la ilicitud del acto en cuanto al objeto de esta ha de encontrarse en la realidad sobre la cual se practica el experimento: donde el semen, útero, óvulo, que componen la triada orgánica sometida al progreso científico en su norte de fertilidad de la pareja.

⁴⁷ Conclusión de la jurisprudencia francesa anterior a 1936, momento en que asume definitivamente la tesis contractual. (París, 15 de mayo 1922, d. 102, 1, 78)

⁴⁸ ATAZ LÓPEZ Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Op.Cit. Pág. 87.

2.5. ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO.

Todos estos elementos son necesarios para que el acto jurídico tenga una existencia perfecta y pueda producir la plenitud de sus efectos. Los elementos de validez son: La capacidad, la forma, la ausencia de vicios del consentimiento y la licitud, todos estos se encuentran en los artículos 1795, 2225 y 2228 del Código Civil para el Distrito Federal.

Cuando el acto tiene todos sus elementos esenciales pero le falta alguno de validez, el acto existe aun en forma imperfecta, pues está afectado por una causa de nulidad que consiste en la falta de un elemento de validez, causa que si llega a declararla el juez en una sentencia destruirá al acto junto con los efectos que haya producido.⁴⁹

También puede suceder que a pesar de que falte un elemento de validez con la consecuente causa de nulidad, sin embargo nunca se llega a declarar la nulidad en una sentencia, extinguiendo así la acción de nulidad por prescripción y así el acto al que le faltaba algún elemento de validez va a producir sus efectos en forma definitiva como si fuera válido, o sea se convalida en virtud de que no hubo una sentencia que lo anulara.⁵⁰

A continuación pasamos al estudio de todos estos elementos de validez.

2.5.1. La capacidad.

El primer atributo de la personalidad es la capacidad, en su sentido amplio, es decir, por capacidad general, entendemos la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir los segundos en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio.

De lo cual se desprende que la capacidad da por supuesta la personalidad jurídica, es decir es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, en tanto que la capacidad es en principio la aptitud ya del sujeto.

Es un atributo de las personas y también un elemento de validez del acto jurídico, que se define de la siguiente manera: Capacidad es la

⁴⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, Ed. Jose M. Cajica Jr. Puebla, México. 1971. Pág. 197.

⁵⁰ MARTÍNEZ ALFARO Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, Op.Cit. Pág. 17.

aptitud para ser titular de derechos y sujeto de obligaciones; así como para, por sí mismo, hacerlos valer, cumplirlas y comparecer en juicio. El Código Civil para el Distrito Federal regula la capacidad de las personas, entre otros preceptos, en los artículos 22,23,24,1795 y 2228.

2.5.2. Capacidad jurídica.

La capacidad es el atributo más importante de las personas, todo sujeto de derecho, por serlo, debe de tener capacidad jurídica, esta puede ser total o parcial, así el principal atributo de la personalidad del sujeto y de su existencia para el derecho, esta constituido por su capacidad jurídica, o capacidad de derechos que es la aptitud para ser sujeto de derechos subjetivos en general, de manera que no se conciben seres humanos que no estén dotados de la capacidad jurídica.

La capacidad jurídica es atributo inseparable de la persona humana, se le adquiere por el hecho mismo de la existencia, esto es, por el nacimiento, y acompaña al sujeto hasta la muerte.

Así el concepto de capacidad en cuanto al fondo, implica la posibilidad de la titularidad apuntada a la que suele denominarse capacidad jurídica y más frecuentemente en nuestro medio capacidad de goce, así tenemos que la capacidad jurídica es la aptitud para ser sujeto derechos así como para hacerlos valer.

2.5.3. Clases de capacidad.

La capacidad puede ser de goce y de ejercicio.

La capacidad de goce que es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones de obrar, esta al igual que la personalidad jurídica, se tiene desde la concepción y se pierde con la muerte.

La capacidad de ejercicio es la aptitud para, por sí mismo, hacer valer los derechos, contraer y cumplir las obligaciones y comparecer en juicio, en esta capacidad consiste el elemento de validez del acto jurídico.

La capacidad de ejercicio implica la de goce, pero la de goce no presupone la de ejercicio; en tal virtud, quien es capaz de goce no lo es necesariamente de ejercicio, pero quien es capaz de ejercicio tiene capacidad de goce. Esta capacidad se va alcanzando gradualmente en la madurez mental, partiendo de una incapacidad de ejercicio hasta una

cabal capacidad de ejercicio, sin más limitaciones que las establecidas por la ley al efecto.

2.5.4. La forma en el Contrato.

Ya que en todo caso ha de ser exteriorizada, la voluntad es conveniente hacer ciertas consideraciones acerca del funcionamiento de la misma en el contrato de servicios médicos.

Puede definirse la forma como aquel medio de exteriorización de la declaración de voluntad de una manera predeterminada y concreta exige la ley o la voluntad de las partes en algunos casos.

De acuerdo con los principios que imperan en nuestro ordenamiento, el contrato de servicios médicos debe considerarse regido por la libertad de forma, siendo válida la manifestación de voluntad expresa o tácita, verbal o escrito, por otra parte, de conformidad con el artículo 1832 del Código Civil vigente para el Distrito Federal que manifiesta:

Art. 1832. En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que a parezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

De la cual se desprende como dato que confirma lo antedicho en la relación con la libertad de forma del contrato que nos ocupa, cual es la cotidiana realidad de los hechos, que el jurista nunca ha de perder de vista en efecto, la mayoría de los contratos médicos se concluyen de forma verbal o incluso tácita, ya que la voluntad de las partes no se expresa mediante palabras directamente encaminadas a producir efectos jurídicos, y sin embargo estos se infieren incontestablemente de la relación creada, cuando un paciente va al médico generalmente se da la relación creada

Cuando un paciente va al médico generalmente carece de preocupaciones jurídicas, e incluso no tiene presente la circunstancia de estar celebrando un negocio jurídico, lo que, por otra parte, sucede en numerables situaciones cotidianas en las que sin expresarse

Indubitablemente la manifestación de voluntad, está se produce, y con ella su consideración contractual.

Al tratarse de la carga de la problemática de la carga de la prueba respecto a la demostración del otorgamiento del consentimiento, ya que el problema se presenta cuando ambas partes tengan dificultades para probar sus respectivas afirmaciones.

Ya que evidente que cuando el paciente, conozca el tratamiento o intervención en cuestión –es decir a creditada la debida información-, se someta voluntariamente al mismo y en que puede considerarse acreditado el consentimiento.

Al parecer, en la practica, principalmente a efectos de prueba, quizá sea conveniente la utilización de la forma escrita. Un contrato concluido verbalmente puede funcionar perfectamente, pero es su patología, es decir cuando se presentan las controversias así como su alcance de las obligaciones y derechos de las partes, de todas formas, esta forma escrita tampoco esta exenta de problemas.

Por su parte la firma de un "permiso de operar" es fuertemente criticada en Francia, aunque en otros países han abogado a ella, ya que imponen al médico la obligación de obtener un consentimiento escrito, entendiendo a dicho consentimiento como un supuesto de forma *ad probationem* y no *ad solemnitatem*.

Así encontramos dentro de nuestra Ley de Salud como principio básico del consentimiento el Artículo 80 en el Reglamento General de Salud en materia de prestación de Servicios de atención médica, el cual a la letra dice:

Art.80. En todo hospital y siempre que el estado del paciente lo permita, deberá recabarse a su ingreso su autorización escrita y firmada para practicarle, con fines de diagnóstico o terapéuticos, los procedimientos médico-quirúrgicos necesarios de acuerdo al padecimiento de que se trate, debiendo informarle el tipo de documento que se le presenta para su firma.

Y relacionado con el Artículo 76, el cual manifiesta:

Art.76. El ingreso de usuarios a los hospitales, será voluntario, cuando éste sea solicitado por el propio enfermo y exista previamente indicación al respecto por parte del médico tratante.

Así también el artículo 82, nos da el contenido que deberá de cumplir esta forma escrita.

Evidentemente, también aquí habrá que aceptar que se trata de un requisito de validez del consentimiento y no de un elemento formal ineludible, y con eficacia *ad probationem*. Pero lo cierto es que hay que aceptar que actualmente toda intervención que se realice en el seno de la administración pública sanitaria en nuestro país, requiere consentimiento escrito del país.

Así tenemos también en nuestra Ley General de Salud en su artículo 324, el cual manifiesta con respecto a transplantes de órganos y tejidos se requiere el consentimiento expreso y por escrito del donante originario, libre de coacción física o moral, otorgado ante notario o en documento expedido ante de testigos idóneos.

Así al referirnos a las técnicas de reproducción humana asistida se pacta entre la pareja y el equipo médico o establecimiento facultativo responsable, que por supuesto, habrá de contar con las debidas autorizaciones y garantías. Así que el modo de formalizar será por escrito o documento público, en donde consten los siguientes aspectos o contexto de su contenido:

- Deseo o voluntad de los interesados en que se practique la inseminación artificial.
- Delimitación de responsabilidad en torno a la técnica y a sus efectos, es decir, sometimiento a las prescripciones del centro que por lo general sólo quedará sujeto a las responsabilidades profesionales por negligencia o imprudencia.

Y por supuesto que ese contenido variará según las modalidades de la inseminación artificial.

2.6. PROBLEMATICA JURIDICA DE LA REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

La inseminación artificial vista como un complejo proceso tendente a la procreación a través de un mecanismo científico, que esta también a merced a la conjunción de varias voluntades que vivifican las conductas respectivas de los actuantes o intervinientes, puede derivar si se transgrede por alguno de estos – centros médicos , equipo de facultativos personas interesadas: marido,mujer,dador,tercera etc.-, las prescripciones existentes o, simplemente, cada uno no actúa, y penal: si los actos ejecutados o sus resultados constituyen delito a tenor de su posición o cumple con lo que incumbe para que aquel proceso culmine en su fin y que a su vez tampoco lesionen intereses dignos de tutela jurídica , en un haz de responsabilidades, a saber: *civil, administrativa y penal* . Siendo de única importancia para el presente trabajo el aspecto de la responsabilidad del médico en la técnicas de reproducción humana asistida .

La responsabilidad civil del médico tendrá lugar en las técnicas de reproducción humana asistida cuando se provoca algún tipo de lesión que ha de repararse en la vía civil. Toda vez que el acto inseminatorio puede derivarse de una suerte de responsabilidad de tipo económico, en vía de resarcimiento de daños y perjuicios, cuando alguno de los intervinientes transgrede las reglas preestablecidas o no actúa con la debida diligencia. La víctima de esta transgresión tiene derecho al resarcimiento. Como se dice, la causa presupone la transgresión, y en principio, no se subordina al éxito o no de la operación , que generalmente, se aparta expresamente , salvo que el resultado negativo dependa de alguna irregularidad. Por ello son supuestos de responsabilidad por las consecuencias resultantes :

- *Por parte del Centro Médico o Facultativo que omite la procedencia de la Inseminación artificial* :Cualquier anomalía o deficiencia en dicho acto por ejemplo que por no practicar las pruebas o análisis se insemine a mujer no apta, o se recomiende un procedimiento no adecuado o se seleccione un semen no idóneo.
- *Por parte del facultativo ejecutor* : si por su impericia profesional se provoca el fracaso, o se infiere algún tipo de lesión corporal a los cónyuges o a los terceros , en su caso, o se provoca alguna deformación o malformación en el feto a causa de aquella impericia

juega todo el aparato de responsabilidad profesional, siendo un desvío de la Lex artis ad hoc.

- *Por parte de los intervinientes*: Si alguno de ellos, incluidos los facultativos, producen alguno de los vicios del consentimiento, o con su conducta los ha determinado, así como de la conducta dolosa o negligente de los terceros biológicos.

Merece la pena enumerar ahora, aunque sea brevemente, los problemas que presentan dichas técnicas desde la perspectiva jurídica, que pueden concretarse en las siguientes:

- Primeramente la determinación de las indicaciones o aplicaciones de estas técnicas consideradas como lícitas, o que necesitan una regulación: como se ha dicho, la licitud de los nuevos procedimientos de reproducción humana no prejuzga la circunstancia de que el Derecho establezca unos límites en cuanto a la finalidad de los mismos.

Atendiendo a la legislación comparada encontramos en el Informe de la Comisión Especial encontramos que se distinguen⁵¹:

- Indicaciones clínicas o terapéuticas generales: las que persiguen la lucha de la esterilidad y la falta de descendencia de la pareja humana, en cualquiera de sus múltiples manifestaciones. Es el grupo más importante de indicaciones, que dieron sentido al nacimiento de la fecundación asistida.
- Indicaciones clínicas o terapéuticas o terapéuticas especiales, por no haberse demandado su aplicación, incluyendo el tratamiento con estas técnicas en la mujer sola estéril, así como en la mujer sola no estéril, mediante la inseminación artificial del donante, así el embarazo en sustitución, o utilización de madre de alquiler.
- Manipulación de gametos y embriones: Se admiten como indicaciones lícitas las de carácter básico con embriones no viables y no implantables bajo estrictas normas de vigilancia y control, y las investigaciones de carácter diagnóstico para posibilitar la terapia genética, todos ellos a partir de una selección de objetivos y garantías de diagnóstico y tratamiento.

⁵¹ Informe de la comisión especial, informe parlacvcs. aprobada el 10 de abril de 1986. España págs 181 y ss.

En este sentido, se recomienda la rigurosa prohibición de las denominadas desviaciones no deseables de la manipulación genética a las que ya se tiene conocimiento como son clonación, ectogenésis, etc.

2.6.1. EN LA INSEMINACION ARTIFICIAL HOMOLOGA

Los problemas de responsabilidad civil que pueden suscitar el empleo de la inseminación artificial homologa, pueden ser que el nuevo ser es fruto de la inseminación artificial de una mujer con semen, exclusivamente, de su marido o compañero more uxorio, habrá de considerarse también el supuesto de que la inseminación tenga lugar tras el fallecimiento del marido o compañero.

Así por lo que a las parejas casadas respecta, la licitud de la inseminación artificial homologa parece indudable, siempre que se cuente con el consentimiento eficaz del marido, tanto para la obtención de su esperma, como para la utilización del mismo para fines reproductores, consentimiento personalísimo de este, que podrá revocar el marido hasta el momento de la inseminación. Sobre el consentimiento, obviamente imprescindible, de la mujer inseminada y las consecuencias jurídico-civiles de la falta del mismo.

Aquella realizada sin el consentimiento eficaz del marido (por ejemplo utilizando sin autorización su esperma crioconservado), la inseminación artificial homologa es ilícita; no existe un derecho/deber al respecto en favor de la mujer casada a carga del cónyuge. La falta de dicho consentimiento no impide al padre legal de la criatura fruto de la inseminación con todos los derechos personales y patrimoniales que lo conlleva, y el marido no podrá impugnar por tal razón su paternidad.

Es indudable, sin embargo que podrá exigir al médico que realizó la inseminación no consentida responsabilidad civil por los daños y perjuicios patrimoniales y morales que deba de estimarse le reporta el nacimiento de un hijo que en un momento no deseado, ya que si se solicitó y/o permitió ser inseminada a sabiendas de la falta de consentimiento de su cónyuge, la mujer será solidariamente responsable frente a aquél junto al médico, dependiendo el caso en relación con el marido.

Ya que un acto entre este y aquella en el sentido de exonerare al médico de cualquier responsabilidad por la falta de consentimiento del

marido sería, por supuesto inoponible a éste último y carecería incluso de eficacia interpartes en las relaciones internas, dada la clara ilicitud del contrato en que se inserta. En la hipótesis de auto inseminación, en fin la mujer sería la única civilmente responsable frente a su marido.

2.6.2. EN LA INSEMINACION ARTIFICIAL HETEROLOGA.

Los problemas de responsabilidad que pueden suscitar el empleo de la inseminación artificial heteróloga consiste en que el nuevo ser fruto de la inseminación artificial de una mujer (casada o no, que convive o no more uxorio), con semen de varón diferente a quien sea, en su caso el marido o compañero more uxorio (con semen de dos o más varones, incluido o no, en su caso, el del marido o compañero).

Habrà de considerarse también el supuesto de que la inseminación tenga lugar tras el fallecimiento del donante o donantes de semen.

En el supuesto que el niño fruto de una inseminación artificial heteróloga ha nacido con graves lesiones físicas o psíquicas porque el médico no realizó un cuidadoso control genético del donante del semen. Téngase en cuenta que el estudio más completo hasta el presente de la práctica de la inseminación artificial heteróloga en los Estados Unidos revelaba que solo el 28.8 por ciento de los médicos encuestados realizaba algún tipo de prueba bioquímica de los donantes de semen, y menos del uno por ciento comprobaba si eran portadores de la enfermedad de Tay Sachs ya que se han documentado ya varios casos de transmisión de enfermedades infecciosas en el empleo de dicha técnica de reproducción.

2.6.3. EN LA FECUNDACION IN VITRO HETEROLOGA.

Los problemas de responsabilidad civil que puede suscitar el empleo de la fecundación in vitro heteróloga, de la cual se desprende la fecundación in vitro con donación de semen, en la cual el nuevo ser es fruto de la fecundación in vitro de óvulos de una mujer (casada o no, que convive o no more uxorio, o con semen de dos o más varones, incluido o no, en su caso el de su marido o compañero), y posterior transferencia de los preembriones al útero de aquella, habrá de considerarse también el supuesto que la fecundación in vitro y/o la transferencia de los preembriones tenga lugar tras el fallecimiento del donante o donantes de semen.

En el caso de la fecundación in vitro con donación de óvulos. El nuevo ser es fruto de la fecundación in vitro de los óvulos de otra mujer con semen, exclusivamente, del marido o compañero more uxorio de la mujer que desea tener el hijo, y la posterior transferencia de los preembriones al útero de ésta.

Muchos de los problemas jurídicos que esta constelación de casos plantea son idénticos a los derivados de la hipótesis en que el nuevo ser es fruto de la fecundación in vitro de otra mujer que desea tener un hijo, y la posterior transferencia del preembrión al útero de ésta. Tras extraerlo del útero de aquella mediante un lavado.

Ha de tenerse claramente la responsabilidad civil del médico por todas aquellas consecuencias dañosas que se deriven para la mujer del tratamiento por ella consentido, que sea realización de riesgos de los cuales aquel que no hubiese informado adecuadamente a esta, y no solo pensando en los riesgos relativos.

2.6.4. EN LA FECUNDACION IN VITRO HOMOLOGA.

Los problemas de responsabilidad civil que puede suscitar el empleo de la fecundación in vitro homóloga radica en el riesgo de la fecundación de un niño con taras físicas como psíquicas, la cual se tendría una posibilidad de una nueva clase de pretensión indemnizatoria del nuevo ser, toda vez un breve análisis del legislador.

Otra posibilidad es respecto con la del riesgo de que resulten preembriones humanos sobrantes, la cual debe en su momento ser limitada al máximo, indudable parece, por el contrario, que en modo alguno puede obligarse a la mujer a soportar la transferencia del preembrión o preembriones, aun cuando la fecundación in vitro de los mismos se hubiesen realizado con su consentimiento, si su marido cesase dicha transferencia y los preembriones hubieran sido destruidos, (no hay posibles donatarios, o la mujer y/o el marido se niegan a donarlos) y sería rechazable, cualquier norma que estableciera sanciones para la mujer en tal hipótesis, considerando que el resultado de su negativa a la transferencia no es distinto del que provocan, por ejemplo, los dispositivos intrauterinos.

2.6.5. LESIONES PRODUCIDAS AL DONANTE.

Una vez planteado el problema de la esterilidad que afecta a la pareja, parece en escena el donador del material genético requerido: óvulo o espermatozoide, según el caso, si la donación de espermatozoides se obtiene voluntariamente y a través del método de masturbación, no se producirá ninguna alteración orgánica que pudiera evocar el delito de lesiones.

Ahora la punción de los testículos para obtener el semen, poco recomendable como técnica y extremadamente improbable como hipótesis, tampoco constituiría este ilícito, porque es un derecho de toda persona a disponer de su cuerpo, siempre que no lesione grave y permanentemente su integridad y funcionamiento, lo mismo que la donación de óvulos, ya que si se retira el ovocito por medio de un lavado uterino, no se producirá técnicamente ninguna lesión, y si se ocurre la recolección percutánea o al método de laparoscopia, si bien algunos tejidos serán físicamente interesados, el consentimiento de la mujer para disponer así de su cuerpo y el fin terapéutico al que se ha hecho mención, evitarán la intervención médica sea calificada como delictiva.

Mas sin embargo cuando la punción del testículo o del ovario para extraer gametos, ocurra sin la autorización del sujeto, entonces estaremos en presencia de un verdadero delito de lesiones, independientemente de que el objetivo del agente hubiese sido la obtención de material genético y no la afectación orgánica, ya que para integrar el dolo basta querer o aceptar la lesión quirúrgica, mientras que, por lo que toca a la antijuridicidad de la conducta, el fin curativo que pudiera alegar el responsable, no sería suficiente para excluir el injusto, ya que la esterilidad de un tercero no constituye un verdadero estado de necesidad, y el beneficio terapéutico de ninguna manera alcanza al donante.

La falta de consentimiento, cuando la extracción se realiza por medio de la violencia física o la intimidación, sino además se engaña a la víctima haciéndole creer que se trata de una intervención distinta de la realizada, o cuando se aprovecha la situación de una persona privada de la razón, del sentido, o de la capacidad para defenderse o conducirse en forma voluntaria, cualquiera que sea la causa, siendo el proveedor del material genético considerado víctima del delito de lesiones, en el caso de que falte su consentimiento y el método empleado interese a sus órganos o tejidos, pero también puede ser el malvado cuando conozca y oculte al receptor sobre alguien tipo de enfermedad que tenga conocimiento,

considerando que se trataría de un delito de salud pública , tratándose así también de lesiones .⁵²

2.6.6 .LESIONES INFERIDAS A LA MUJER INSEMINADA O A LA RECEPTORA DEL EMBRION.

La colocación de óvulos fecundados o de espermatozoides en el útero de la receptora, en el caso de la inseminación, no produce necesariamente un daño corporal. La extracción directa de ovocitos mediante punción de los folículos ováricos, a fin de producir su fecundación in vitro y transferirlos posteriormente al útero de la misma mujer, sí constituye técnicamente, en cambio, una lesión, al igual que la colocación de gametos, o de cigotos en las trompas de Falopio, usando la vía percutánea o el método de laparoscopia, pero aún en estos casos el binomio voluntad y fin terapéutico servirá para excluir el delito de lesiones.

Puede sin embargo, que la inseminación o la transferencia de embriones se haga sin el consentimiento de la receptora, complicando seriamente el panorama jurídico.

En realidad, para algunos casos médicos es necesario distinguir si el caso constituye o no un estado de necesidad, puesto que si la vida del paciente estuviera en peligro, la intervención terapéutica estará sobradamente justificada, aunque se oponga el intervenido o su familia, ya que el estado de necesidad no pierde su objetividad porque así lo quiera la víctima o porque la curación no se produzca.

Cuando estos casos se plantean, la angustia por justificar el hecho nos hace olvidar, a veces, que el derecho a la disposición de nuestro propio, cuerpo, vida y salud tiene limitaciones, pero también, protección jurídica.

La inseminación o la transferencia de embriones, realizadas por técnicas que no requieren lesionar a la receptora, pero si forzar su voluntad, pueden caer en el delito de coacción.

⁵² GAFO, Javier *Nuevas técnicas de reproducción humana asistida* . Ed. Universidad Pontificias Comillas . Madrid . España 1986. Pág. 137.

**CAPITULO TERCERO
LA VALORACION DEL DAÑO.**

- 3.1. PROBLEMÁTICA DE LA VALORACION DEL DAÑO.**
 - 3.1.1. DAÑO Y RESPONSABILIDAD MÉDICA.**
 - 3.1.2. DAÑO MORAL.**
- 3.2. APLICACION A LA RELACION MEDICO-PACIENTE DE LAS CONDICIONES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL**
- 3.3. LA ACCION U OMISION.**
 - 3.3.1. LA ACCION.**
 - 3.3.2. LA OMISION SIMPLE O PROPIA.**
- 3.4. LA ANTIJURICIDAD O ANTIJURIDICIDAD.**
 - 3.4.1. LA ILICITUD DE LAS TÉCNICAS**
- 3.5. LA CULPA MEDICA E IMPERICIA.**
 - 3.5.1. EL DOLO Y LA CULPA.**
 - 3.5.2. LA CULPA MEDICA E IMPERICIA. SU PRUEBA.**
 - 3.5.3. PRUEBA DE LA CULPA.**

**CAPITULO TERCERO.
LA VALORACION DEL DAÑO.**

3.1. PROBLEMÁTICA DE LA VALORACION DEL DAÑO.

Una de las consecuencias inmediatas de las consideraciones que en su momento se han expuesto acerca de la Medicina Moderna en relación con la responsabilidad del médico, es que materia requiere de estudios de carácter específicos centrados sobre determinadas especialidades o actividades que, sin tener tal consideración se refieren a aspectos concretos de las tareas del médico.

Un tema que ha llamado atención de la doctrina, de manera importante, y que sin duda alguna vez que escapa en buena medida de las pautas que rigen dicha responsabilidad, como se ha dicho: la experimentación humana a sí como las nuevas técnicas de reproducción humana asistida ya que introducen conceptos extraños en la medicina tradicional, que provocan nuevas dudas en la doctrina y jurisprudencia que se ocupan del derecho médico de daños: que son prácticas no conformes al estado de la ciencia, intervenciones ajenas a la finalidad curativa, etc.

3.1.1. Daño y responsabilidad médica.

Es generalmente admitida por la doctrina la necesidad indispensable de un perjuicio para la existencia de la responsabilidad tanto en el ámbito contractual como el delictual. El daño constituye la esencia de la responsabilidad civil, y cobra en la actualidad mayor trascendencia, por imperativo de las modernas corrientes de objetivación de la responsabilidad.

En nuestro Código Civil para el Distrito Federal no puede ser más general en el sentido de que todo daño debe de ser reparado parece lógico precisar esta noción, para evitar que cualquier molestia de lugar a una reclamación de responsabilidad.

Se señalan a continuación los principios básicos que configuran el requisito de la realidad de los daños, recogidos por Santos Briz. :

- Realidad de los daños en su existencia y en la cuantía que reclama.
- Insuficiencia del incumplimiento de una obligación como prueba de la realidad del daño, que no necesariamente se produce cuando se verifica tal incumplimiento.
- Libre arbitrio judicial en cuanto a la apreciación de la existencia y alcance del daño.

Es importante, sobre todo, en relación con la responsabilidad civil del médico, la distinción entre daños materiales o patrimoniales y daños morales o no patrimoniales, puede aceptarse, en primera aproximación, que el criterio diferenciador se encuentra en la susceptibilidad de valoración económica directa del daño, inexistente en los daños morales.

Las diferencias existentes entre ambas categorías, se ha apuntando que implican dos funciones distintas dado que:

En el daño patrimonial, el resarcimiento tiene una función meramente compensatoria, no ocurre lo mismo en el Daño Moral, al menos en sentido estricto, dado que en dicho supuesto los criterios que sirven de base para calcular la indemnización prescinden de la dimensión pérdida económica del acreedor, e implican un enriquecimiento económico de la víctima, por ello se habla de una función más bien satisfactiva que compensatoria.

Tratándose de las modernas técnicas de reproducción humana estamos frente a los supuestos daños patrimoniales, más que nada los gastos realizados para la atención médica, gastos de mantenimiento y cuidado, y en algunos casos al haber ya nacido el nuevo ser con taras psíquicas o físicas estamos también frente a otro tipo de daño patrimonial muy poco manejado por los tratadistas del tema como son la manutención del nuevo ser quien debido a su salud requerirá una atención especial, esto es mayores gastos de cuidado, lo cual económicamente implica un deterioro en su economía.

Con la expresión daño moral, aludimos a un conjunto muy heterogéneo de supuestos, lo que provoca la dificultad de su definición quizá lo mejor es entender por daño moral el provocado al ser humano en sus valores más íntimos y personales, en la profundidad de la psique: como el daño que afecta directamente y contundentemente al espíritu.

Los daños patrimoniales llevan a dañar a la persona, así como su espíritu también, pero siempre atravesando la corteza de las cosas, la materialidad, circundante, por lo que se debe de aceptar que el daño moral afecta principalmente a los derechos de la personalidad.

Precisamente en el ámbito médico-sanitario es muy frecuente la coincidencia de perjuicios materiales y morales de la víctima.

Pueden aparecer daños de fácil valoración económica, como los gastos de asistencia posterior o lucro cesante que supone la pérdida de capacidad laboral, pero también es usual la generación de dolor corporal, de sufrimiento, de perjuicio general de la salud, calificados como daño inmaterial, en todos estos casos se están afectando en todos los ocupados el derecho de la integridad física y al derecho a la salud.

En la doctrina francesa, el perjuicio d'agrément, o pérdida de la posibilidad de disfrutar de la vida, cuya mayor dificultad en su consideración como daño indemnizable, es a nuestro juicio, su valoración, el quantum de tal perjuicio, su traducción económica. Nuevamente, la construcción teórica, jurídica válida y razonable, choca con el muro de la realidad y las necesidades de la práctica.

También es de señalar la posibilidad de que, como consecuencia de actos médicos culpables, se generan daños a terceras personas que pueden ver vulnerada su esfera jurídica, resultando evidente la separación conceptual que debe tenerse en cuenta entre estos daños y los ocasionados directamente al paciente.

Así no es lo mismo la reclamación fundada en los derechos de la víctima de un acto médico con resultado de muerte, recogidos por los herederos, como la fundada en derechos del propio reclamante así como del afectado directamente.

Por último cabe de destacar la importancia de la prueba del daño en los supuestos de responsabilidad médica. En efecto, el perjuicio debe de parecer claramente en la base de toda reclamación de indemnización, lo cual puede plantear serios problemas. Normalmente, el profesional de la medicina se relaciona con personas que requieren de su actividad precisamente por estar ya "dañadas", en el sentido de que no gozan de una salud perfecta.

3.1.2. DAÑO MORAL.

De los puntos más sobresalientes en cuanto a la reparación del daño es sobre el del daño moral, punto que desarrollamos a continuación:

Daño moral. La reparación del daño moral procede tanto para delitos (con dolo), como para cuasidelitos (con culpa, entendiéndose como cuasidelito a la falta que no alcanza la categoría de delito).

En la esfera contractual el daño moral puede ser acordado o rechazado a criterio del juez, teniendo en cuenta las partes orientadoras que tiñen nuestra legislación tales como la equidad, la buena fe, la razonabilidad, etc.

En otros campos la responsabilidad por daño moral ha sido reducida con gran amplitud, en materia contractual dentro de la relación médico-paciente no podemos aludir la plena confianza que el paciente pone en manos del profesional, cargando un conjunto de sentimientos (esperanza, credibilidad ciega, comprensión, etc.) El derecho debe ser siempre mirado bajo el prisma interdisciplinario y no en forma aislada.

Pensemos aún cuanto mayor puede llegar a ser el daño moral que se realiza a una pareja esperanzada en obtener la procreación ante un obrar negligente o doloso del profesional que realiza la manipulación de sus gametos reproductores.

Desgraciadamente el daño moral es uno de los puntos en el derecho que no ha podido encontrar una respuesta satisfactoria, más al respecto, debemos preguntar cuanto cuesta la salud de un hijo, o si se podrá compensar la esperanza y felicidad de una pareja cuyo deseo es la de tener un hijo, huella de su existencia.

Así debemos afirmar que la manipulación genética sin fines altruistas lleva a la degradación humana, así como todo aquel que la practique de un modo irregular deberá responder por sus actos.

3.2. APLICACIÓN A LA RELACION MEDICO-PACIENTE DE LAS CONDICIONES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

Abordaremos a continuación el estudio de las condiciones de la responsabilidad civil, aplicadas a la profesión médica.

Debe tenerse en cuenta que tradicionalmente dichas condiciones se predicaban de la responsabilidad extracontractual exclusivamente, hoy en día se consideran elementos comunes a toda responsabilidad civil, como bien a expuesto en relieve Santos Briz.⁵³

Si las mencionadas condiciones normalmente se han circunscrito a la responsabilidad extracontractual, ha sido porque existiendo un contrato, muchas veces se sustituye la discusión acerca del daño antijurídico, culpa, relación de causalidad, etc.; por la simple y pura constatación del incumplimiento de una de las obligaciones dimanantes del contrato, lo cual resulta sencillo; pero esto no quiere decir que tales elementos no estén presentes en la base de esa responsabilidad.

Es tradicional que, en la doctrina admitir los elementos que son: la acción u omisión antijurídica, culpa, daño y relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido.

3.3. LA ACCION U OMISION.

Es obvio que para poder hablar de responsabilidad, se exija la presencia de un acto humano de consecuencias dañosas, o la ausencia de una conducta debida, con el mismo resultado.

Puede aceptarse civilmente (ya que tratándose de efectos penales ha de verificarse sobre actos voluntarios), cabe la responsabilidad sobre la base de una acción involuntaria, ya que al aludir a la negligencia no requiere que la misma sea requerida, sino que basta que exista, respecto a la omisión, es lógico equipararla a la acción, como otra forma de manifestarse la negligencia o la antijuridicidad.

En cuanto a la responsabilidad civil del médico, para poder apreciar la misma, será necesaria la presencia de un acto médico en su base o, dicho de otra manera, se requiere que el daño que sirva de base a la pretensión de responsabilidad sea consecuencia de una acción u omisión

⁵³ SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil de los médicos*. Op Cit. Pág 23.

circunscrible al ámbito de actividades relacionadas con la profesión médico-sanitaria. Por ello al hablar de la responsabilidad del médico debemos saber si estamos en presencia de esta, debiendo aludir a la actividad con la cual se origina esa responsabilidad.

En cuanto a la omisión, el médico puede incurrir tanto en omisiones relacionadas con la actividad que se despliega como en omisiones simples, de acuerdo con la distinción de Weill.⁵⁴ Efectivamente, caben omisiones producidas en el desarrollo de una actividad médica determinada (no tomar ciertas medidas de seguridad no realizar algunas pruebas decisivas para la emisión del diagnóstico, etc.) y caben también omisiones derivadas de la propia condición del médico, como eludir el socorro o auxilio a un accidentado.

3.3.1. LA ACCION.

Debemos entender a la acción como una conducta exterior voluntaria realizada por el sujeto encaminada a la producción de un resultado, o bien como dice Cavallo, "es la actividad positiva que un agente desarrolla en el mundo exterior para conseguir un fin".⁵⁵

Porte Petit estima como **elementos de los delitos de acción** son:

- a) La voluntad de querer,
- b) La actividad, y
- c) El deber jurídico de abstenerse (no obrar)

Es indudable que tales elementos se desprenden del concepto de acción, actividad o movimiento corporal voluntario.⁵⁶

3.3.2. LA OMISION SIMPLE O PROPIA.

La omisión simple también llamada omisión propia debe de entenderse como "la abstención del cumplimiento de una acción de la que se tenía la obligación jurídica de realizar, manifestándose en una conducta que realiza una situación diversa de aquella querida por la norma".⁵⁷

⁵⁴ WEILL, A y TERRE. *Droit civil. Les obligations*. Ed Daloz, Paris, Francia 1971. Pág. 639 y ss.

⁵⁵ CAVALLO VICENZO, *Derecho Penal*. Ed Jovenc. Italia 1955. Pág. 143

⁵⁶ PORTE PETIT, Candaudap Celestino *Tratado de Derecho Penal* 15ª Edición. Ed Porrúa S.A. México 1993. Pág. 235

⁵⁷ CAVALLO VICENZO. *Idem*. Pág. 155.

Porte Petit señala, como elementos de los delitos de omisión:

- a) Voluntad o culpa.
- b) Inactividad o no hacer.
- c) Deber jurídico de obrar, y
- d) Resultado típico.

De manera como se observa que tratándose a los delitos de omisión hay un deber jurídico de obrar, en la acción existe un deber jurídico de abstenerse, de no obrar.⁵⁸

Situaciones como la negligencia, como la impericia y la imprudencia, pueden ser originadas por un hacer (acción), y por un no hacer (omisión), o por no hacer lo que se debe de hacer (comisión por omisión), siendo las dos primeras formas, las más frecuentes en el ejercicio profesional del médico.

Cuando se incurre en alguna o algunas de estas circunstancias, esta en riesgo el médico de contraer problemas legales de tipo de responsabilidad profesional, desde luego, cuando se presente una denuncia en su contra, de tal manera que la responsabilidad médica, llegando el caso puede dar responsabilidad penal y/o responsabilidad civil, cuando el hecho incriminado constituya una infracción voluntaria e imprudente, tipificada como delito o falta; en la primera situación (derecho penal) se priva de la libertad y/o del ejercicio de la profesión por determinado tiempo, generalmente, mientras que en el campo del derecho civil se tiende a reparar el daño o pagar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la acción u omisión del médico en su efectividad profesional.

En cuanto a las técnicas de reproducción humana asistida las consecuencias desencadenadas a partir del incumplimiento por parte del biotecnólogo son:

Culpa. Se han desarrollado distintas teorías con respecto al concepto y aplicación de la culpa; nosotros aceptamos aquella que admite la unidad conceptual y la diversidad de regímenes reguladores de la culpa contractual y aquiliana.

Debiendo entender como la culpa del deudor –en nuestro caso el biotecnólogo– en el incumplimiento de la obligación consistente en la

⁵⁸ PORTE PETIT, Candaudap Celestino. Tratado de Derecho Penal. Op. Cit Pág 239.

omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Como se ha observado en el concepto de culpa es extremadamente subjetivo, ya que se tiene en cuenta las circunstancias personales, internas y externas para la calificación del individuo.

En el caso de un incumplimiento contractual culposo (es decir, ante el supuesto de que el agente haya obrado con culpa) se deberá responder con la indemnización de las consecuencias inmediatas y necesarias, conforme el Código Civil para el Distrito Federal.

El establecimiento del resarcimiento de los daños e intereses solamente comprenderán los que fuesen consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación.

El concepto jurídico de dolo se diferencia según estemos en el ámbito contractual o en el extracontractual, así establece el artículo 2106 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece que " la responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula."

Un sector de la doctrina opina que hay tres tipos de incumplimiento en las obligaciones contractuales que son :

- ♦ El culposo. El cual comprende la negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia de los reglamentos.
- ♦ El doloso. Como son el incumplimiento deliberado de la obligación con intención de dañar.
- ♦ El malicioso. El cual es el incumplimiento deliberado de las obligaciones con la intención de dañar.

Para la mayoría la doctrina entiende el incumplimiento doloso y malicioso como sinónimos, ya que como se observó anteriormente no se establece diferencia alguna.

- ♦ Delito criminal. Cuando el ilícito puede encuadrarse como un delito de derecho criminal se le concede al damnificado la posibilidad de fundar sus reclamaciones en las disposiciones del ámbito extracontractual. Ante un delito de derecho criminal o penal y su

consecuente encuadramiento en el ámbito extracontractual observamos que:

- Se amplía la reparación pudiendo alcanzar las consecuencias causales y remotas.
- Es prácticamente obligatoria la reparación del daño moral.
- Se traduce el plazo de prescripción a dos años.

De lo anteriormente analizado se desprende que el médico ha de responder civilmente por las lesiones físicas o psíquicas, cuando este no cumpla, esto es si se omite su obligación respecto con el cuidadoso control genético del donante del semen, ya que de efectuarse estas se puede evitar la transmisión de enfermedades, tomándose en cuenta que la actividad del médico trae en estas actividades dos cursos causales, la venida al mundo de un nuevo ser y la lesión de este, ya que de haber obrado diligentemente, ese niño no habría nacido, pero ha nacido con la tara por su culpa, lo cual trae daños patrimoniales y morales

3.4. LA ANTIJURICIDAD Ó ANTIJURIDICIDAD .

Tanto en los ensayos terapéuticos como en la investigación científica y no terapéutica, se plantea como cuestión básica el problema de su ilicitud, que nuevamente concita consideraciones de carácter ético y jurídico.

3.4.1. LA ILICITUD EN LAS TÉCNICAS.

Al analizar la ilicitud de las técnicas de reproducción humana asistida, así como la experimentación humana, se esta con la existencia de un conflicto de valores, de bienes jurídicos, tratando de tomar partido acerca de la licitud o ilicitud.

Ya que intervienen en todos los casos de intervención médica los derechos de la personalidad, a la vida y a la integridad física, o si se prefiere, el valor consagrado constitucionaiamente de la salud individual, e intervienen por otro lado el valor público, el progreso de la ciencia médica en beneficio de la humanidad, o en otras palabras, la salud colectiva, así también como el principio de la autonomía privada, en sus dos aspectos de posibilidad de que terceras personas decidan en lugar del sujeto.

Para su relevancia a efectos de la responsabilidad, y ya que nuestra ley acoge que toda acción u omisión que da lugar a la misma ha de ser

antijurídica, es decir, contraria a derecho, de la cual surgen varias teorías que tratan de explicar tal requisito.

Se puede concluir que la conducta ha de vulnerar el principio *alterum non laedere*, con lo que civilmente se considera antijurídica y, por tanto generadora de responsabilidad.

De algún modo la antijuridicidad ya no se circunscribe exclusivamente a la violación de una norma jurídica imperativa o prohibitiva, lo que ha sido criticado desde diferentes puntos de vista, sino que puede hacer referencia también a la lesión de un derecho subjetivo de otro o de un interés digno de protección y tutela.⁵⁹

Es necesario advertir que de conformidad con la concepción de la responsabilidad por riesgo, cabe la sustitución de la antijuridicidad por la puesta en peligro de los bienes jurídicos ajenos mediante conductas perfectamente ajustadas al ordenamiento jurídico. Quizá queda considerar que esa puesta en peligro supone la antijuridicidad en sí misma, y con ello se mantienen intacto el requisito en sus términos tradicionales.

En materia médico-sanitaria, la antijuridicidad opera no tanto a efectos de la responsabilidad civil propiamente dicha, sino en cuanto a la justificación misma de la actividad médica, así que el consentimiento del paciente funciona como el principio *volenti non fit iniuria*, que la doctrina tradicional recoge entre las causas de exclusión de la antijuridicidad, para fundamentar la licitud del tratamiento médico y de las intervenciones que realizan los galenos en el cuerpo humano.

3.5. LA CULPA MEDICA E IMPERICIA.

3.5.1. EL DOLO Y LA CULPA.

Lo que provoca la existencia de una víctima del delito, es la comisión de un delito que puede ser doloso u culposo, en una reforma del 10 de enero de 1994 al Código Penal, se incluye lo que dentro de la dogmática se denomina la calidad de garante que establece en su artículo 7º. Párrafo segundo.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si este tenía el deber

⁵⁹ LLAMAS POMBO, Eugenio. La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales modernos. Ed. Trivium España. 1988. Pág. 212 y ss.

jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que él omite impedirlo tenía deber de actuar para ello, derivado de alguna ley, de un contrato o de su propio actuar precedente. Esto quiere decir que por naturaleza de la relación entre el médico y el paciente, primero debe actuar como la persona obligada a procurar que no produzca algún resultado que regula nuestro código penal.

De acuerdo con el artículo 8º del mismo ordenamiento: "las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse doloso o culposamente."

El artículo 9º, a su vez nos señala: "obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó confiando en que no se producirá, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según circunstancias y condiciones personales."

De esta manera, el médico puede cometer durante el ejercicio de su profesión delitos culposos o imprudenciales por negligencia o impericia, y en forma extremadamente para delitos dolosos o intencionales. Como se observa la mayoría de los hechos ilícitos cometidos por el médico en el ejercicio o con motivo de su profesión son del orden culposo, salvo prueba en contrario.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha considerado que "la responsabilidad penal deriva de la culpa o imprudencia debe de probarse, pues por cuanto a ella la ley consigna ninguna presunción juris tantum, como sucede tratándose de delitos intencionales"⁶⁰

3.5.2. LA CULPA MEDICA E IMPERICIA. SU PRUEBA.

Aunque en sentido amplio, toda culpa profesional puede considerarse impericia, cabe restringir el sentido del término, y utilizarlo como forma especial de culpa, con sus características propias.

En efecto si la culpa era una cualidad indispensable del acto que da origen a una responsabilidad, parece lógico pensar que en el caso de los

⁶⁰ Tesis 133 del apéndice del semanario judicial de la federación 1917-1985. México, 1985, 2ª parte, pag. 273

profesionales, la impericia, como falta o ausencia de la experiencia o habilidad propias de determinada ciencia, arte o profesión, es un claro supuesto de culpa, pero que no agota todas las posibilidades de esta.

La impericia se distingue de otras variantes de la culpa en que la antijuridicidad se determina sobre la base de las normas técnicas propias de la profesión, arte u oficio, más que de las reglas de la conducta derivadas de la experiencia común, es decir el desconocimiento negligente de la *lex artis*.

El Código Penal, impone en grado máximo las penas generales de la imprudencia al profesional que obre con impericia y se produzcan con resultado de muerte o lesiones. Aunque en la práctica no siempre sea de fácil determinación y la trascendencia real se escasa, cabe, por tanto, distinguir dentro de la culpa médica, el supuesto de la negligencia como falta de la diligencia normal esperada o deseable en el médico ordinario, de aquel otro, en que a pesar de la máxima diligencia por parte del facultativo, objetivamente no se alcanza previsible según el estado de la ciencia, a causa de la falta de conocimientos del médico, de la impericia, en definitiva.

La gravedad de esta variable dependiendo de que la ignorancia sea consciente o inconsciente, extremo por otra parte, de difícil demostración práctica, si el fundamento de la antijuridicidad de la culpa viene dado por la presunción de conocimientos y competencia que implica la cualidad profesional del médico, para el paciente que se requiere su intervención, es indudable que el facultativo consciente de su impericia siempre tiene la oportunidad de rechazar al paciente en cuestión, con lo que la gravedad del acto culposo es mayor.

Así que estamos en la posibilidad de aplicar la responsabilidad al profesional que, a sabiendas de su impericia, en relación con el paciente y el cuadro clínico que se le plantea, acepta la obligación de prestar sus servicios, aunque, como se ha dicho no es la impericia misma la que constituye la responsabilidad precontractual, sino la asunción del cargo, consciente de la impericia.

Así que prestar servicios médicos con impericia consciente o no plenamente de ella es incurrir en culpa lata y en responsabilidad especialmente agravada.

3.5.3. PRUEBA DE LA CULPA.

Suelen presentarse a menudo, problemas en torno a la prueba de la culpa, siendo uno de los temas más importantes en el presente trabajo.

Respecto a la prueba en los procedimientos de responsabilidad cabe señalar que en virtud de la cual la acción u omisión determinante del daño indemnizable se presume siempre culposa.

Sosteniendo la doctrina que en la esfera de la responsabilidad médica, la carga de la prueba, corresponde al paciente o a sus herederos, tanto si se trata de la relación contractual como si es extracontractual.⁶¹

Al parecer lo más razonable es propugnar la separación de hipótesis en cuanto a la carga de la prueba según la obligación del médico sea de medio o de resultado; en el primer caso, incumbe al paciente o a sus herederos la prueba del incumplimiento de la actividad a que se había comprometido el facultativo, mientras que en el segundo basta demostrar, por parte del paciente, que el resultado esperado no se produce para verificar una presunción de culpa en contra del médico.

De la cual se observa que la obligación de resultados, el incumplimiento conlleva la presunción de culpa debitoris, mientras que la de medios, el acreedor ha de probar la negligencia del deudor.

⁶¹ SANTOS BRIZ Jaime. La responsabilidad civil de los médicos. Op. Cit. Págs 721 y 722.

**CAPITULO CUARTO.
LA REPARACION DEL DAÑO.**

- 4.1. IMPORTANCIA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.**
- 4.1.1. EJERCICIO DE LA ACCION DERIVADA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.**
- 4.2. PRETENSION INDEMNIZATORIA DEL NACIDO MEDIANTE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.**
- 4.3. PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS DE LOS PADRES DEL NUEVO SER NACIDO MEDIANTE TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.**
- 4.4. JURISDICCION COMPETENTE.**
 - 4.4.1. JURISDICCION CIVIL.**
 - 4.4.2. JURISDICCION PENAL.**
- 4.5. LEGITIMACION DE LA ACCION.**
 - 4.5.1. LEGITIMACION ACTIVA.**
 - 4.5.2. LEGITIMACION PASIVA.**
- 4.6. CARGA DE LA PRUEBA.**
 - 4.6.1. ESPECIAL CONSIDERACION DE LA PRUEBA PERICIAL.**

CAPITULO CUARTO. LA REPARACION DEL DAÑO.

4.1. IMPORTANCIA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

La culpa del médico genera responsabilidad cuando ha provocado un daño en el paciente porque la vida, la salud y su integridad personal físico-psíquico son bienes protegidos por el derecho y en cuya tutela esta comprometido por el derecho en una de las funciones esenciales del estado. El hombre en su totalidad es el punto y la esencia de su dignidad personal se encuentra en autonomía moral, por ello se puede afirmar que el derecho esta a servicio del hombre y existe a causa de la libertad moral que alienta en cada hombre en particular, sancionando toda falta contra su vida, su salud o su seguridad.

Para que un daño efectivamente producido o un acto culpable pueda dar lugar a indemnización, es necesario un nexo de causalidad, en virtud del cual el perjuicio sea consecuencia de la acción u omisión culpable, y que debe ser probado por el reclamante, como de nuestro Código Civil para el Distrito Federal que habla de "causar" un daño.

Pero el problema radica en considerar cuales factores son los que intervinieron en la producción del resultado dañoso, y la dificultad que entraña decidir cuales tienen relevancia jurídica y cuales no, junto al carácter de la relación de la causalidad existe también aquella en la cual el empleo de esta como requisito de defensa por el demandado, cuando se le constata una causa extraña que no le es imputable.⁶²

Existe un aspecto de la relación de causalidad que no debe de olvidarse: su función como elemento coadyuvante a la determinación de la medida del resarcimiento. No se trata solamente de establecer si el daño sufrido por un sujeto puede transferirse - cuando menos en su valoración económica -, a través del instrumento de la responsabilidad, a otro sujeto diferente, y consiguientemente de individualizar este último, sino también de determinar el contenido de la obligación resarcitoria.

Las principales teorías en torno a la relación de causalidad son las siguientes:

⁶² CARBONIER, Jean. Derecho Civil. Barcelona España 1960. Ed. Bosh. Págs. 317 y 318.

- Teoría de la causalidad próxima, atribuida a Bacon,⁶³ que imputa el daño a quien tuvo la oportunidad de evitarlo. En definitiva, se tiene en cuenta solo la última causa en el tiempo a efectos de responsabilidad.
- Teoría de la equivalencia de condiciones o de *conditio sine qua nom*, que toma en consideración toda causa que haya contribuido a la producción del resultado, de forma que éste no se hubiera verificado sin la concurrencia de tal condición. El mayor problema que presenta esta tesis es que obliga a realizar una posterior discriminación de causas para ver cuáles son ciertamente relevantes a efectos jurídicos.
- Teoría de la causalidad adecuada, que se fija exclusivamente en aquellas causas que normalmente, según el curso natural de las cosas, resultan apropiadas para la producción del resultado dañoso.

La doctrina moderna ⁶⁴ opta por una posición pragmática, entendiendo por pragmatismo que no es necesario que el acto haya generado directa y exclusivamente el daño, sino que bastaría que, aun concurriendo diversos factores etiológicos - más próximos o remotos - desde una perspectiva social hay un acto esencialmente decisivo en la producción del daño.

Así que la determinación del nexo causal entre la conducta extracontractual, ha de inspirarse en la valoración de las condiciones y circunstancias que el buen sentido señala del sinnúmero y multiforme encadenamiento de causas efectos.

Pasando al terreno de la responsabilidad médica, ciertos autores ⁶⁵ sostienen que por complejidad del conjunto de causas que pueden intervenir en la misma, puede hablarse de una "complejidad médica". La dificultad de precisar cuándo lo es de la evolución normal de la enfermedad que corrobora lo anterior y a lo dicho anteriormente.

Así que la responsabilidad médica solo llegará hasta donde el curso causal pueda ser dirigido y dominado por la voluntad y únicamente podrá decirse que ese dominio se concreta cuando la evolución causal resulte

⁶³ ANGEL YAGUEZ, Ricardo De. *Diagnósticos médicos prenatales y responsabilidad* 2a Parte Revista de Derecho y Genoma humano. Ed Civitas. Madrid. España. 1993. Pág. 96.

⁶⁴ IBIDEM. Pág. 98.

⁶⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge *Responsabilidad civil del médico* Ed Astrea. Buenos aires. Argentina 1979. Pág. 248 y ss

previsible, teniendo en cuenta que tal previsibilidad debe de apreciarse sobre la base del estado de la ciencia y del estándar del buen médico, tantas veces mencionado, en definitiva, de la *lex artis*.

Así que se debe de exigir la demostración de un autentico nexo causal, así como de la ausencia de circunstancias suele resumirse en las siguientes:

- La intervención de tercero.
- La actuación del perjudicado,
- El caso fortuito,
- Y la fuerza mayor.

Así que debemos de entender a la relación de causalidad de la manera siguiente:

Definición.- La relación de causalidad es el proceso o fenómeno en el cual existe una asociación entre dos o más categorías de eventos, en donde un evento sería la causa y otro el efecto que sucede en una realidad objetiva. Se requieren tres criterios para establecer la relación de causalidad:

- 1º. Criterio temporal o de tiempo. Bajo este criterio, la causa precede al efecto.
 - 2º. Criterio espacial o de espacio. Debe de existir contacto o contigüidad entre causa y el efecto.
 - 3º. Criterio de conexión. Bajo este criterio existe la relación entre causa y el efecto por las condiciones en que se desarrolla, dichas condiciones pueden ser: necesarias, suficiente y contributivas.
- **Necesarias** en cuanto a que la causa se considera indispensables para que recurra el efecto.
 - **Suficientes** en cuanto a que la causa es capaz por si sola de producir el efecto, aunque dicho efecto puede ser producido también por otras causas.
 - **Contributivas** en cuanto a que la causa solo incrementa la posibilidad de que ocurra el efecto, pero se requiere la presencia de otros factores además de la causa para que ocurra el efecto.

En los casos que el perito concluya en su dictamen médico-pericial el haber existido algún tipo de falta cometida por parte del médico, deberá siempre demostrar la relación de causalidad entre las falta cometida y el

perjuicio ocasionado, es decir, demostrará el puente existente entre el acto médico y la situación patológica o lesiva denunciada como resultante de aquél, y solo cuando demuestre este nexo de unión podrá aceptarse que la falta médica ha sido fundamento u origen de aquel daño.⁶⁶

Resulta evidente que la consecuencia de la apreciación de la responsabilidad en un supuesto concreto debe de traducirse en la reparación del perjuicio ocasionado - y en algunos casos la sanción del sujeto que lo causó -, una vez constatada la existencia de responsabilidad, queda aún una tarea que no es sencilla en absoluto: la valoración de ese perjuicio y la forma de repararlo.

La obligación de reparar constriñe al causante del daño a una reparación específica o in natura, y si no es posible resarcir en metálico al perjudicado. La reparación in natura parece la más lógica, ya que se trata de una obligación de hacer ya que consiste en volver las cosas a su estado anterior, pero si la obligación de reparar in natura no es posible, surge de modo subsidiario la obligación de indemnizar el daño mediante una suma pecuniaria.

En materia de responsabilidad médica, la cuestión suele ser todavía más complicada puesto que, junto a los perjuicios económicos, es frecuente que la víctima sufra, daños morales o daños que afectan a la vida, la integridad física, la salud, etc.; que son de muy difícil valoración en las modernas técnicas de reproducción humana asistida, ya que en esta no cabe la devolución de las cosas a su estado primitivo - restituo in integrum, forma específica y preferente de resarcimiento -; y por otra parte, es de difícil establecer la equivalencia pecuniaria de tal disminución física, así como el valor de las consecuencias laborales, psicológicas, etc., de la misma.

Como decimos, las consecuencias de la responsabilidad civil han de ser propiamente la restitución, la reparación del daño causado y subsidiariamente, la indemnización del perjuicio, para que un daño efectivamente producido o un acto culpable pueda dar lugar a indemnización, es necesario un nexo de causalidad, en virtud del cual el perjuicio sea consecuencia de la acción u omisión culpable, y que debe ser probado por el reclamante, como de nuestro Código Civil para el Distrito Federal que habla de "causar" un daño.

⁶⁶ GIBERT CALABUIG, Juan Antonio. *Medicina Legal y Toxicología*. 4ª Edición. Ed. Salvat. España. 1991. Pág. 66.

Es de notable importancia señalar que los daños causados en las técnicas de reproducción humana son de imposible reparación y aún en los casos que exista alguna probabilidad de reparación es difícilmente que la paciente víctima de un acto de culpa médica, permita que el mismo facultativo que le provocó el daño vuelva a intervenir su cuerpo, por eso aunque no parezca justo nuestro Código Civil en materia de reparación se inclina prioritariamente por el cumplimiento en forma específica y solo subsidiariamente por la indemnización, permitiendo al paciente perjudicado optar por la forma de reparación que prefiera (si es que existe alguna opción de reparación) o al menos que sea otro facultativo el que intervenga, y lo haga con cargo del responsable civil.

Ante la imposibilidad que ofrece la ciencia todavía de reparar daños genéticos, producidos por culpa médica, no deja más que al afectado y al posible tercero afectado que en términos de la Ley acepte alguna indemnización.

Tal reparación de perjuicios deberá alcanzar los extremos como el pretium doloris, el lucro cesante, ante pérdidas de facultades físicas solo cabe hacer mediante una indemnización pecuniaria, es importante señalar que cuando el daño consista en las privaciones de la vida, el quantum indemnizatorio, sea en beneficio de los familiares más íntimos o de los herederos, cuando no haya coincidencia entre los mismos, deberá alcanzar lo siguiente:

- Los gastos usuales de óbito, tales como sepelio, funeral, inhumación etc.
- Desamparo en el que pueden quedar los familiares o perjudicados a que dependían económicamente de la madre gestante.
- Daño moral, dimanante del pesar o aflicción por el fallecimiento ante la ruptura de la convivencia, de los lazos de afecto existentes.

4.1.1. EJERCICIO DE LA ACCION DERIVADA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

La acción civil para la reparación de los daños causados por el médico es una acción personal que ejerce el paciente a título propio, por si este muere durante el proceso, sus herederos la pueden continuar a título hereditario por si deben indemnización por la muerte del paciente, la promoverán por derecho propio justificando el vínculo.



Cabe de importancia en el presente punto hacer un breve análisis de las posibles acciones que se exigen en las diferentes controversias que se puedan originar en el empleo de las modernas técnicas de reproducción humana asistida ya que estas pretensiones dependen del tipo de daño que se haya causado, siendo en todo caso pretensiones indemnizatorias.

4.2. PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA DEL NACIDO MEDIANTE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Tenemos en cuestión que si la pretensión indemnizatoria que pueda ser exigible por el nacido tarado (o en su nombre por sus representantes legales), y en caso contrario si el médico puede ser exonerado de toda culpa con la afirmación de que cuando el niño había nacido y no concebido: no era por tanto titular de un derecho a la integridad física o psíquica o a la salud que pudiera ser lesionado por el médico, agregando que cuando nació, es cuando adquirió personalidad jurídica y capacidad para ser sujeto de derechos, nació ya lesionado en su integridad, afirmando en consecuencia que en ningún momento haya lesionado el derecho a la integridad física o psíquica o a la salud del niño.

Al parecer en el párrafo anterior la respuesta ha de ser negativa ante la pretensión del niño nacido con taras, la argumentación puramente conceptual solo podría tener alguna fuerza de ser cierto que la lesión de un derecho subjetivo – naturalmente de alguien ya nacido (o al menos, ya concebido, pero partiendo de la muy discutible premisa de reconocer al concebido una suerte de personalidad jurídica anticipada) – fuera en nuestro ordenamiento un elemento constitutivo del supuesto del hecho generador de responsabilidad civil.

Ya que las consecuencias negativas, patrimoniales y no patrimoniales, producirán efectos cuando quien las sufre tiene ya personalidad jurídica y puede ser titular de pretensiones indemnizatorias.

Más sin embargo ya el derecho alemán esta de acuerdo en que la responsabilidad civil por lesiones de la integridad o salud, puede también surgir a consecuencia de conductas anteriores al nacimiento o, incluso, a la concepción del lesionado. Así ya el Tribunal de Apelación Ingles negó que el niño nacido con taras fuese titular de pretensión resarcitoria derivadas de las mismas en el asunto. La postura de desestimar las pretensiones indemnizatorias ejercitadas en nombre del niño nacido con taras es, hasta el momento, dominante entre los tribunales norteamericanos, pero hay indicios de un cambio de tendencia ya que el

Tribunal Supremo de California, han estimado pretensiones indemnizatorias del niño, bien que limitando el resarcimiento a los gastos de tratamiento de sus lesiones no tenido en cuenta en la indemnización concedida a los padres.

Así tenemos que con respecto a la posible responsabilidad civil del médico frente al niño nacido con taras, se mantienen en la jurisprudencia comparada en tres posturas diferentes:

- ◆ La que niega que una tal responsabilidad exista, no caben pretensiones indemnizatorias de los nacidos con taras por *wrongful life*.
- ◆ La que admite, pero limitando el resarcimiento a los *special damages*, ante la imposibilidad de evaluar con alguna certeza los demás perjuicios, dado que la alternativa diligente por parte del médico habría conducido a la no-existencia de la criatura.
- ◆ La que admite sin semejantes restricciones, afirmando la absoluta irrelevancia del hecho de que, de no haber sido por la imprudente conducta del médico el niño no habría nacido.

En conclusión los niños fruto de las técnicas de reproducción humana artificial, podrían tener frente al médico pretensiones indemnizatorias por *wrongful life* por la transmisión de enfermedades infecciosas, genéticas o hereditarias (bien procedentes de los donantes de gametos, o bien de la propia mujer o pareja que se sometió al tratamiento), que hubieren podido ser detectadas obrando con el muy elevado nivel de diligencia exigible en estos casos, por más que la conducta alternativa lícita hubiese conducido a la no-existencia de los nacidos con taras.

Ahora el niño en cuestión puede reprochar al médico, no solo el haber imposibilitado a sus padres impedir que el viniese al mundo tarado, sino el haber puesto negligentemente en marcha su venida al mundo, el curso causal productor de taras con que nació.

La responsabilidad civil del médico frente al niño nacido tarado habría de afirmarse incluso, aunque hubiera llevado a cabo la procreación artificial a instancias de la madre o pareja que lo deseaba, pese a haber sido previa y adecuadamente informada por el médico de la existencia de los citados riesgos: el consentimiento de aquella no puede servir para exonerar al médico, quien esta obligado en lo posible a garantizar el bienestar del futuro ser.

Cabe destacar que el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal establece una verdadera ficción jurídica al declarar que "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código ". Así también el artículo 22 del Código Civil vigente para el Distrito Federal solo hace referencia al momento en que un individuo es concebido, sin señalar el lugar de la concepción lo que permite afirmar que para nuestra legislación el concebido in vitro ya tiene personalidad jurídica y concretamente, que entra bajo la protección de la ley, la que comprende tanto los aspectos civiles como penales.⁶⁷

Así el Código Civil para el Distrito Federal mantiene a la cabeza de la teoría del nasciturus una declaración de tipo general, que es la que ha de dar la tónica a todo sistema. Esta contenida en el artículo 29: "...el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables.". Es así como el embrión humano tiene personalidad antes de nacer, para ciertas consecuencias de derecho y éstas son principalmente: capacidad para heredar, para recibir en legados y para recibir en donación. Es así que la admisión previa de que el embrión humano sea persona, de que se tiene una capacidad mínima pero bastante para considerarlo sujeto de derechos.

Entonces tenemos que el embrión humano posee una capacidad de goce en grado mínimo, siendo en el ser concebido pero no nacido, bajo la condición impuesta en nuestro Código Civil de que nazca vivo y sea presentado al Registro Civil o viva 24 horas, siendo esta forma mínima de capacidad de goce que permita al embrión humano tener derechos subjetivos patrimoniales, es decir el derecho a heredar, recibir legados o donaciones siendo que el concebido no nacido tenga como representante a la madre y el padre.

Mas sin embargo debemos recordar para que el futuro ser nacido pueda ejercer acciones de pretensión indemnizatoria el único medio que permite determinar la capacidad para que una persona o futura persona tenga la posibilidad legal de poder ejercer ciertos actos jurídicos con intervención directa depende única y exclusivamente de la ley, a nada ni nadie más corresponde negar o conferir esa posición ante dicha posibilidad.

⁶⁷ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. *La familia en el derecho*. Ed Porrúa S.A. México. 1987. Pág. 57.

Pudiendo ejercer pretensiones indemnizatorias si la ley otorga al futuro ser nacido mediante técnicas de reproducción humana asistida la de ser titular de un derecho a la integridad física o psíquica o a la salud, protegiendo el que pudiera ser lesionado por el médico.

4.3. PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS DE LOS PADRES DEL NUEVO SER NACIDO MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Tratándose de las pretensiones indemnizatorias de los padres, frente a los que el médico tiene un indudable deber, por lo general contractualmente asumido, de realizar adecuadamente los pertinentes diagnósticos y pruebas genéticas y de proporcionarles los datos necesarios para que, advertidos de los posibles riesgos de taras o malformaciones del nuevo ser, puedan tomar una decisión informada sobre si concebir o no un hijo o si llevar o no término una gestación ya comenzada, siendo así que los padres podrán reclamar al médico responsabilidad civil por los daños patrimoniales, esto es todos los gastos de cuidado y mantenimiento del hijo nacido con taras y no solo los mayores gastos provocados por éstas, y de daños no patrimoniales siendo estos el dolor y sufrimiento emocional por tener un hijo con taras resultado de la negligente conducta del médico.

Así tratándose de lo anteriormente en las hipótesis de procreación por medios naturales, no hay motivo alguno para afirmar lo contrario en el marco de las nuevas técnicas de reproducción humana: en el supuesto, por ejemplo de que el niño fruto de una inseminación artificial o de una fecundación in vitro homologas nazca tarado, sus padres puedan reprochar al médico la falta de un adecuado diagnóstico o un asesoramiento suficiente sobre posibles riesgos de malformaciones congénitas de la criatura o de transmisión a la misma de enfermedades infecciosas, genéticas o hereditarias, y habrá que sostener seguramente que, cuando la procreación se da, existe la responsabilidad aunque al médico no se le haya consultado específicamente al respecto, dado que es en estos casos el médico coparticipa activamente y como experto en el proceso de procreación y como conocedor de los procedimientos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.4. JURISDICCION COMPETENTE.

Junto a la jurisdicción ordinaria en su doble vertiente civil y penal, cuya competencia no ofrece problemas, cabe aludir la posibilidad de que intervengan determinadas jurisdicciones especiales, como son la Comisión de Arbitraje Médico a consecuencia de la participación de las instituciones públicas y de Seguridad Social en la actividad médica, ya que se han estudiado.

Ambas jurisdicciones especiales habrán de ir precedidas en su actuación de la reclamación ante las autoridades competentes en su caso.⁶⁸

Caben diferentes enfoques de la cuestión optando por la vía más beneficiosa para la víctima, a la hora de obtener una reparación del daño causado, de acuerdo al tipo pudiendo ser:

- Reclamaciones frente a la seguridad social.
- Reclamaciones frente al Estado.

Ambas optando por la vía civil o penal dependiendo el caso.

4.4.1. JURISDICCION CIVIL.

La vía normal y más frecuente de exigencia de responsabilidad es la jurisdicción ordinaria, ante los tribunales penales cuando existan indicios de la comisión de un delito o falta, y ante los civiles cuando se trate de reclamar el resarcimiento de daños ocasionados en el seno de un contrato, o por la responsabilidad extracontractual.

En el caso de la jurisdicción civil al no existir un procedimiento especial para materias de responsabilidad, hay que acudir a juicio ordinario, según la cuantía del pleito que deba estimarse conforme al Código de Procedimientos Civiles.

En cuanto a la competencia territorial, y para los casos de responsabilidad contractual, se estará a las reglas generales del Código de Procedimientos Civiles, mientras que en supuestos de responsabilidad

⁶⁸ SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil de los médicos* Op.Cit. Pág 791.

extracontractual, el lugar determinante es el de la comisión del hecho que genera reclamación.

4.4.2. JURISDICCION PENAL.

Cuando el acto médico sea constituyente de delito o falta, será competente para reconocer del mismo la jurisdicción ordinaria penal, muy especialmente en los delitos o faltas de imprudencia a los que ya hemos referido.

Como es sabido, a los efectos de responsabilidad civil que aquí nos interesan, en estos procedimientos seguidos ante la jurisdicción penal cabe la condena al pago de la indemnización de los daños, siempre y cuando el perjudicado no renuncie a la misma, o se reserve el ejercicio de la acción civil correspondiente.

4.5. LEGITIMACION DE LA ACCION.

Como es sabido en los procedimientos civiles, la legitimación activa la tiene la persona o personas perjudicadas, aunque debe tenerse en cuenta la posibilidad de que los familiares de la víctima ejerciten la acción.

No obstante debemos de distinguir si estos reclaman en virtud de un perjuicio propio derivado de los daños causados al paciente o si por el contrario, lo hacen recogiendo o reclamando los derechos de la víctima.

En cuanto a los procedimientos penales, además esta legitimado para ejercitar la acción el Ministerio Público, así como cualquier ciudadano, a través de la acción pública.

En cuanto a la legitimación pasiva, no parece haber problema: deberá de denunciar y demandar al presunto responsable, ya sea uno o varios sujetos que hayan participado en la producción del daño, siendo esta una cuestión que a menudo se determinará dentro del propio proceso, como observamos tenemos dentro de la legitimación dos clases las cuales pueden ser tanto activa como pasiva, entendiéndose por estas:

4.5.1. LEGITIMACION ACTIVA.

- Contractualmente. Por la pareja que contrato los servicios del médico o institución y los sucesores universales del acreedor.
- Extracontractualmente. El nacido con taras o un tercero damnificado.

4.5.2 LEGITIMACION PASIVA.

Puede ser responsables contractualmente o extracontractualmente (por comisión de un delito):

- Los médicos,
- Los institutos,
- Los padres cuando estos hayan incurrido en culpa en la concepción dañosa.⁶⁹
- Todas las que hayan participado en un delito tanto activamente como por omisión, autor o cómplice.

Esta normativa consagra la responsabilidad solidaria de estos participantes del hecho ilícito, aunque sea de un hecho que no sea penado por el derecho criminal, en un concepto amplio incluye a los integrantes de los Institutos, Jefes de equipo, Directores, etc.

4.6. LA CARGA DE LA PRUEBA.

Para que una reclamación de responsabilidad civil tenga éxito, es necesario que resulte probada tanto la culpa del presunto responsable como la relación de causalidad entre aquella y el daño sufrido por la víctima, en nuestro caso el paciente.

Plantea numerosos problemas la determinación del sujeto sobre el cual ha de pesar la carga de la prueba, y la cuestión se hace más difícil, aun en sede de responsabilidad médica, si tenemos en cuenta que el paciente-reclamante normalmente carece de conocimientos médicos, lo que lo coloca en una situación de dificultad y pobreza de medios probatorios, frente al médico que, además de sus conocimientos goza de una copiosa información acerca del proceso médico y de tratamiento.

Así entendiendo al principio de igualdad de armas en el proceso, se exige que en caso concreto se determine cuidadosamente las normas

⁶⁹ Conferencia ponencia, presentada por Bueres y Gesualdi, en la VIII Jornada de Derecho Civil, celebrada en Buenos Aires del 3 al 7 de septiembre de 1997.

decisivas sobre la carga de la prueba, para ponderar hasta donde se le puede exigir al demandante la aportación de las pruebas.

Al parecer, es lógico que en toda reclamación de responsabilidad médica, habrá que sostener que la carga de la prueba corresponde al paciente o a sus herederos.⁷⁰

Tomando en consideración la naturaleza de la obligación médica, si el paciente o sus herederos fundamentan su reclamación en un acto médico contrario a la *lex artis*, consistente en la falta de asistencia o la inadecuación de las mismas, deberá necesariamente probar estos datos, normalmente a través de la intervención de peritos.

Y el médico debe de probar el cumplimiento de las reglas profesionales o, dicho en otros términos, que actuó con diligencia debida.

Parece como si hubiera un reparto del onus probandi: el paciente debe de probar la inasistencia, falta de cuidados, impericia; y el médico esta presuntamente culpado, salvo que pruebe la diligencia o la adecuación a la *lex artis*.

A pesar de lo señalado anteriormente, en muchas reclamaciones que se producen de exigencia de responsabilidad médica, la negligencia o la pericia. Ataz López señala acertadamente que el caso fortuito y la fuerza mayor quedan fuera toda vez que el médico cumple con actuar con diligencia y debiendo probar esto, mas no la fuerza mayor o el caso fortuito.⁷¹

Con referencia a la carga de la prueba y su reparto, en reclamaciones de responsabilidad médica, también suele distinguirse entre los casos de incumplimiento, por ejemplo actuar con descuido, y aquellos otros en que actuar con defectuoso cumplimiento, en los que el daño pueda denvar de causas ajenas al comportamiento del médico.

Como es lógico el paciente solo puede probar los datos objetivos que permiten al juez valorar si la prestación fue adecuada, sin perjuicio de que el médico puede probar imposible su perfecta ejecución, probablemente por los problemas que plantea la prueba en los procedimientos de reclamación de responsabilidad civil de los médicos, es

⁷⁰ SANTOS BRIZ, Jaime. La responsabilidad civil de los médicos. Op.Cit. Págs. 721 y 722.

⁷¹ ATAZ LOPEZ, Jorge. Los médicos y la responsabilidad civil. Op.Cit. Pág. 267.

por lo que resulta frecuente mencionar la doctrina de la prueba prima facie.

En efecto se trata de facilitar al perjudicado la difícil aportación de la prueba, la doctrina de la prueba prima facie encuentra su fácil aplicación en la materia de la responsabilidad médica, respecto de la hipótesis en las que es posible probar que el daño sufrido por el paciente es consecuencia típica de un error médico. Como se decía, a menudo los errores o conductas médicas negligentes saltan fácilmente a la luz y sin ser muy reprobadas, por sus consecuencias muchas veces irreparables, ahí reside un tanto la prueba prima facie.

4.6.1. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL.

Es necesario hacer una breve mención del dictamen de peritos, prueba que en la práctica es decisiva a la hora de enjuiciar la existencia en la que a menudo intervienen aspectos de difícil comprensión para el juez.

En la práctica de la prueba pericial pueden actuar solo los médicos forenses, así también los médicos pertenecientes al Cuerpo de forenses, ya que las leyes no lo impiden, siempre que se hallen en posesión del título correspondiente, es más cuando se trata de actos médicos ejecutados por un especialista dentro de la esfera de actuación, es conveniente, que junto al forense intervenga en el dictamen pericial otro médico de esa especialidad, igualmente, con cierta frecuencia se encarga el dictamen pericial a determinadas instituciones o entidades, que ofrecen al máximo de garantías.

No se nos oculta el reparo con que popularmente se ve la utilidad de esta prueba, por la dificultad de que el perito pueda liberarse por completo de sus sentimientos de solidaridad profesional, ante el que cabe responder con tres datos:

- El juez o tribunal apreciara siempre la prueba conforme las reglas de la sana critica sin estar obligado a sujetarse al dictamen de los peritos
- La confianza que merece la profesión médica en general y el sujeto designado como perito especial, mas aún si se tiene en cuenta la posibilidad de recusación del perito por existencia de parentesco o afinidad, intereses, amistad intima o enemistad manifiesta.

- ◆ Es posiblemente acudir, a través de la prueba documental, tal como son los informes de los médicos, técnicos, de organismos sanitarios o centros médicos.

Cabe señalar que la delicada función del peritaje debe de realizarse con la confección de conclusiones respondiendo breve y claramente a las preguntas del juez, sin exponer ideas o trabajos personales, rechazar o imponer argumentos por espíritu de escuela científica, limitándose a exponer el estado actual del conocimiento adquirido y sedimentados sobre los puntos cuestionados, para ello el perito debe de tener en cuenta muy seriamente todos los datos existentes sobre el caso, tales como la historia clínica, gráficos, hoja operatoria, declaraciones de cirujanos, y otro personal presente en el hecho en cuestión.

CAPITULO QUINTO .

SISTEMAS DE REPARACION QUE SE PROPONEN EN LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.

5.1. SOLUCIONES A LA PROBLEMÁTICA DE LA REPARACION DEL DAÑO EN LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.

5.1.1. INDEMNIZACION POR LOS DAÑOS PATRIMONIALES.

5.1.2. INDEMNIZACION POR LOS DAÑOS NO PATRIMONIALES.

5.1.3. PENSION A FAVOR DE LOS HIJOS NACIDOS MEDIANTE TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA CON DAÑOS FISICOS Y/ O PSQUICOS.

5.2. TEXTO DE REFORMAS A LAS DISPOSICIONES LEGALES MEXICANAS :

5.2.1. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL .

5.2.2. LEY DE SALUD MEXICANA .

CAPITULO QUINTO.

SISTEMAS DE REPARACION QUE SE PROPONEN EN LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.

5.1. SOLUCIONES A LA PROBLEMÁTICA DE LA REPARACION DEL DAÑO EN LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.

Cuando se admite la existencia de un contrato en las técnicas de reproducción humana asistida, en el cumplimiento del cual se produce un evento dañoso, no impide al dañado en esta relación reclamar una indemnización por vía de la responsabilidad extracontractual, cuando menos admitida en teoría.

Del cual se desprenden las pretensiones indemnizatorias de los padres por parte del niño nacido con lesiones físicas y/o psíquicas, las cuales plantean cuestiones y exigen respuestas análogas.

La indemnización se define como la necesidad jurídica que tiene la persona de observar una conducta que restituya al estado que guardaba, un derecho ajeno que sufre un detrimento, antes de la realización de un hecho culpable o no, que le es imputable a este, y de no ser ello posible, debe de realizar una prestación equivalente al monto del daño y del perjuicio, si lo hubo.

Debiendo retener este concepto ya que indemnizar no es entregar una cantidad de dinero, sino que indemnizar es restituir la cosa al estado que guardaban antes de la conducta dañosa, y solo cuando ello resulte imposible se traduce, la indemnización en pago por el daño y el perjuicio

Así también tenemos que la indemnización podrá ser retributiva o moratoria.

La indemnización en Derecho, y en la ley que este elaborada, de acuerdo con los principios jurídicos, se traduce en la reposición de las cosas al estado que guardaban antes del hecho ilícito o en el caso de la responsabilidad objetiva el hecho ilícito dañoso y solo cuando ello no es posible, entonces se traduce en la entrega de una suma de dinero.

Ahora tenemos que el Artículo 1915 del Código Civil para el Distrito Federal, sirve para indemnizar por un hecho ilícito que viola un deber jurídico o una declaración de voluntad, el cual deja a la víctima del hecho ilícito a su elección ya sea pedir una suma de dinero o el restablecimiento de las cosas al estado que guardaban. Mientras que el artículo 2107 del mismo código, si se comete el hecho ilícito de violar una obligación previa en un contrato, se debe indemnizar de acuerdo a lo que establece esta norma.

5.1.1. INDEMNIZACION POR LOS DAÑOS PATRIMONIALES.

El hecho de que las técnicas de reproducción humana asistida el médico contribuye activamente y como experto a la concepción del niño, que puede nacer con daños físico y/o psíquicos por alguna negligencia, falta de cuidado, del cual debe de responder por daños frente a los padres del niño nacido con lesiones, toda vez que por ley es actualmente imposible ejercer pretensiones indemnizatorias del niño nacido con lesiones frente al médico.

Al realizar el cálculo de los daños deben de compararse las situaciones de lesión con la existencia normal sin taras, así como también con la no existencia.

Ahora si el traer al mundo un niño por medio de las técnicas de reproducción humana asistida con lesiones físicas y/o psíquicas se considera ilícito, no hay motivo para limitar la indemnización.

Así también la indemnización por daño patrimonial correspondería a los altos honorarios médicos, por el empleo de las técnicas de reproducción humana, por el aborto impedido, en el supuesto del nacimiento del niño con lesiones.

5.1.2. INDEMNIZACION POR LOS DAÑOS NO PATRIMONIALES.

Al hablar de daño moral debemos de hacer referencia a los fundamentos de la doctrina respectiva de Mazeud, quienes define el daño moral diferenciándolo del material y afirma que : " El perjuicio material es el perjuicio patrimonial, el perjuicio moral es el perjuicio extrapatrimonial, no económico".

El daño puede ser también moral cuando el hecho ilícito perjudique a los componentes del patrimonio moral de la víctima, enunciativamente se consideran componentes del patrimonio moral, el afecto del titular del

patrimonio moral, por otras personas, su estimación por determinados bienes, el derecho al secreto a la vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la buena reputación y la cara e integridad física de la persona misma .

Así también en el Estado libre y soberano de Quintana Roo, en el año de 1980, en su Código Civil en su artículo 597 dice : " El patrimonio es económico o moral", y en su artículo 600 manifiesta : " Patrimonio moral es el conjunto de los derechos de la personalidad".

Así tenemos adelante que si se daña un Derecho de la personalidad, éste puede y debe ser indemnizado. Pero para poder captar el porque si se puede indemnizar, es necesario tener un concepto de lo que es daño moral , por lo que se define como daño moral :

Daño moral , es el dolor cierto y actual sufrido por una persona física o social colectiva, en sus derechos de la personalidad, con el motivo de un hecho ilícito o lícito y que la ley considere para responsabilizar a su actor.

La terminología adecuada para hablar de daño moral debe de ser de daño no pecuniario ya que este afecta a la parte integrada por los derechos de la personalidad, como son afectos, buen nombre, honor, etc. que integran la parte moral del patrimonio.

Así al hablar de daño moral tenemos tres tipos de daño moral.

- Daños que afectan la parte social pública. Estos por lo general se ligan a un daño pecuniario.
- Daños que lesionan a la parte afectiva. Estos lastiman a una persona en sus sentimientos familiares o de amistad y son los más difíciles de reparar.
- Daños que lesionan la parte físico somática. Estos en ciertos casos producen sufrimientos, cicatrices y heridas que perjudican la presencia física ante la sociedad.

Ya bien la mayoría de los autores reconocen la existencia del daño moral, no todos están acordes en la posibilidad de repararlo, lo cual ha creado varias tendencias :

- La que niega la posibilidad de repararlo.

- Teoría mixta. La que afirma que solo se puede reparar si hay daño económico concomitante al moral.
- Tesis positiva. La que sostiene la reparación del daño moral y ello en forma autónoma al daño pecuniario que puede o no haberlo, la que afirma la reposición de las cosas al estado que guardaban, en ciertos casos, ya que entregando a la víctima del hecho ilícito, o del hecho sin culpa, una suma de dinero

Pero si no es siempre posible reparar el daño, aunque este no tenga un carácter de pecuniario. El pago de una importante suma de dinero, puede permitir satisfacerse.

Debiendo entender por reparar no solo significa volver las cosas al estado que guardaban, rehacer lo destruido, sino también suministrar a la víctima la posibilidad de procurarse satisfactorias a lo perdido, siendo siempre el papel de la indemnización el de satisfacción.

Así tenemos en la legislación mexicana a normas relativas al daño moral, por violar un contrato, por violar un deber y los que proviene de la responsabilidad objetiva siendo el Código Civil para el Distrito Federal reformado en sus artículos 1916 y 2116.

5.1.3. PENSION A FAVOR DE LOS HIJOS NACIDOS MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA CON DAÑOS FISICOS Y/ O PSIQUICOS.

Este medio de reparación del daño, requiere básicamente la protección jurídica del embrión en el buen desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida exclusivamente, al derecho fundamental del desarrollo normal de las facultades físicas y psíquicas del futuro ser, así como evitar lesiones por negligencia médica.

La manera más ajustada de la reparación por equivalente, consistiría en el otorgamiento de una pensión periódica durante el tiempo en que se considera necesario para el afectado, previa valoración médica en un estudio de valoración de incapacidad parcial o total de las facultades físicas y/o psíquicas.

Tal forma de reparación es recomendada cuando la víctima no esta lo suficientemente preparada para administrar sus valores, no tiene quien lo haga por ella, sin embargo esta solución enfrenta a varios problemas, entre ellos la ya anotada insolvencia futura del demandado, efectivamente

puede suceder que meses o años más tarde el deudor carezca de dinero para pagar la suma periódica que como pensión le fue asignada a la víctima, por otro lado la depreciación monetaria hace que con el paso del tiempo el envilecimiento de la moneda se vuelva irrisorio el valor adquisitivo de la pensión lo cual hace que necesariamente se maneje en base en un número determinado de salarios mínimos así también en cierta disposición que ordenara los procedimientos adecuados para que la pensión fuera actualizada y logre la satisfacción a la reparación de acuerdo a la intensidad del daño.

En cuanto a la determinación de la intensidad del daño, una vez que aparezca claro que el presunto responsable ha actuado en contra del orden jurídico y que tal conducta le ha causado daños en la técnica de reproducción humana asistida, correspondería al juez determinar la intensidad de ese perjuicio y, en caso de no ser posible la reparación en especie, fijar el monto monetario con el cual se pretende reparar.

Siguiendo un orden el daño físico y/o psíquico, puede ser aumentado o disminuido toda vez que estamos hablando de facultades, las cuales con el transcurrir del tiempo y completo desarrollo pueden alcanzar ciertas habilidades dentro del ciclo de vida de la víctima, lo cual determinaría hasta donde se puede llegar con este tipo de pensión.

5.2. TEXTO DE REFORMAS A LAS DIFERENTES DISPOSICIONES LEGALES:

5.2.1. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Al existir un derecho fundamental a procrear, debe existir una legislación que incluya a las técnicas de reproducción humana asistida, con la intervención de terceros (donantes de gametos o embriones), y que este a favor a toda persona casada o no (cuestión que no ha sido aclarada en las reformas al Código civil de fecha 25 de mayo del 2000). Donde se debe de reconocer validez y eficacia a los contratos de donación de gametos o embriones, así como a los derechos y obligaciones de las partes que participan en esta, de los cuales el Estado no está actualmente obligado a financiar, tales actividades sino por el contrario a realizar una gran campaña a favor de la adopción.

Es necesario una reforma que consagre la protección de los gametos humanos, la prohibición de la comercialización de los

componentes del cuerpo humano, es necesario propiciar la inviolabilidad del patrimonio genético del individuo y en virtud de ello desalentar las prácticas genéticas en células germinales, así como la experimentación.

Así la reparación del daño, en materia civil, tratándose de los daños derivados de un tratamiento médico defectuoso, si previamente existió un contrato de servicios entre facultativo y enfermo, se origina en el cumplimiento defectuoso del contrato y han de disciplinarse en sus efectos por los preceptos del Código Civil.

Pero la diversidad de supuestos de hecho en que puede darse aquel tratamiento obliga a distinguir y aclarar por que sin embargo, los daños derivados de estas situaciones son en general, considerados como de relaciones extracontractuales, aun sin negar su origen en muchos casos contractual.

El incumplimiento de contratos de servicios lleva consigo la lesión de los derechos de la personalidad del paciente, lo que justifica la aplicación de normas extracontractuales. La omisión de cuidados encaja dentro de la responsabilidad extracontractual.

El médico como cualquier profesional además de cumplir las obligaciones derivadas del contrato, ha de observar la obligación de no dañar a otro, existiendo responsabilidad civil del médico por un actuar no diligente que las reglas de su profesión exigen.

A continuación se sugieren una serie de propuestas que son necesarias para regular las técnicas de reproducción humana asistida:

- Tratándose de procreación médica asistida con terceros donantes, ninguna línea de filiación puede ser establecida entre el donante y el hijo de la procreación y ninguna acción de responsabilidad puede ser ejercida en contra del donante excepto en los casos que se mencionen en esta ley.
- Los esposos o concubinos, quienes, por procrear, recurran a una asistencia y necesiten la intervención de un tercer donante, deben de dar previamente, en condiciones que garanticen el secreto, su consentimiento ante el juez o notario público.
- Todo consentimiento dado a una procreación médica asistida prohíbe toda acción de impugnación de filiación o de reclamación de estado a menos que la pretensión se base en

que el hijo nació como consecuencia de la asistencia médica o que el consentimiento fue privado de efecto

- Los representantes legales tienen por plazo hasta un año a partir de que el agraviado tuvo conocimiento del daño para el ejercicio de la acción indemnizatoria .
- Cuando el donante enfermo entregue gametos sabiendo la existencia de algún mal y no desee el daño para el receptor, constituye responsabilidad penal y civil frente a este.

Tratándose de las modernas técnicas de reproducción humana asistida, es necesario legislar con carácter de prevención lo cual reduciría en parte los riesgos de contagio por la donación imprudente de gametos capaces de transmitir alguna enfermedad, lo que seguro reduciría también el número de donantes.

5.2.2. LEY DE SALUD MEXICANA.

Tratándose de la materia de salud son necesarios algunas disposiciones para el buen desarrollo de la actividad médica en el campo de las modernas técnicas de reproducción humana asistida, con el fin de mantener la función social de la procreación en su ambiente idóneo: la familia como soporte básico de la sociedad, así como primordialmente preservar la especie humana reconociendo la integridad de la especie humana.

Es necesario la fiscalización estatal de los centros biomédicos de procreación asistida y de los bancos de gametos, es necesaria una ley que regule esta materia la cual deberá de vigilar de los centros biomédicos que practiquen estas técnicas, así mismo por vía reglamentaria se deberá establecer el equipo técnico y profesional necesario para que se autorice su funcionamiento .

Asimismo los profesionales que tengan a cargo estos bancos estarán obligados a efectuar a los donadores exámenes que detecten la presencia de enfermedades graves sin duda como hepatitis B, SIDA, etc., tanto de tipo hereditario, como de transmisión sexual, todo ello, para garantizar el derecho a la salud de la madre y del niño a engendrar.

La asistencia médica para la procreación debe de estar precedida de entrevistas particulares de los receptores con los miembros del equipo médico pluridisciplinario del centro, que puede ser u so, en caso de que sea necesario del servicio social instituido, la asistencia médica debe especialmente:

- Verificar la motivación de la pareja e informarles de las posibilidades que ofrece la ley en materia de adopción.
- Informarles de las posibilidades de éxito y fracaso de las técnicas de asistencia médica para la procreación, así como de sus molestias.
- La entrega de guías y de información que contengan especialmente:
 - Las disposiciones legislativas y reglamentarias vigentes relativas a la reproducción humana asistida.
 - Descripción de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida.
 - Las disposiciones legislativas y reglamentarias a la adopción.

CONCLUSIONES

1. Independientemente del origen contractual o extracontractual, de la responsabilidad del médico, el juez determinará el alcance y los términos de esta, en la que siempre aparezca un error o el incumplimiento de uno de los deberes médicos: como el fundamento de la reparación de las técnicas de reproducción humana asistida, en la que la existencia de culpa, debe de ser fundada por el damnificado por todos los medios posibles .
2. La culpa profesional, será fuente de responsabilidad si se han contravenido las reglas propias, de tal actividad, es decir si hubo falta de idoneidad, imprudencia o negligencia, las que se determinarán con las reglas de la respectiva profesión; la culpa médica, puede darse a través de distintas formas: impericia, imprudencia, negligencia, inobservancia de los reglamentos y error.
3. Tratándose de las modernas técnicas de reproducción humana estamos frente a los supuestos daños patrimoniales, más que nada los gastos realizados para la atención médica, gastos de mantenimiento, cuidado y en algunos casos al haber ya nacido el nuevo ser con taras psíquicas o físicas; estamos también frente a otro tipo de daño: el daño moral que se realiza en perjuicio a una pareja esperanzada en obtener la procreación y ante un obrar negligente o doloso del profesional que realiza la manipulación de sus gametos reproductores.
4. Para que un daño efectivamente producido o un acto culpable pueda dar lugar a indemnización, es necesario un nexo de causalidad, en virtud del cual el perjuicio sea consecuencia de la acción u omisión culpable, y que debe ser probado por el reclamante, como lo señala el Código Civil para el Distrito Federal que habla de causar daño.
5. Es importante señalar que los daños causados en las técnicas de reproducción humana son de imposible reparación y aún en los casos que exista alguna probabilidad de reparación, es difícil que el paciente víctima de un acto de culpa médica, permita que el mismo facultativo que le provoco el daño vuelva a intervenir su cuerpo, por lo que aunque no parezca justo nuestro Código Civil en materia de reparación se inclina prioritariamente por el cumplimiento en forma específica y solo subsidiaria por la indemnización, permitiendo al paciente perjudicado optar por la forma de reparación que prefiera, si es que existe alguna opción de reparación.

6. Los hijos frutos de técnicas de reproducción humana asistida carecen de derecho para reclamar indemnización por daños físicos-psíquicos, ya que al ser concebidos no son titulares de derechos que los protejan en el desarrollo normal de su vida embrionaria. Y ante la imposibilidad de la ciencia de reparar daños genéticos, producidos por culpa médica, no queda más a los padres que en términos de ley, acepten alguna indemnización.
7. Los niños frutos de las técnicas de reproducción humana artificial, podrían tener frente al médico pretensiones indemnizatorias por la transmisión de enfermedades infecciosas, genéticas o hereditarias (bien procedentes de los donantes de gametos, o bien de la propia mujer o pareja que se sometió al tratamiento), que hubieren podido ser detectadas obrando, con muy elevados niveles de diligencia exigible en estos casos.
8. Al realizar el cálculo de los daños deben compararse las situaciones de lesiones con la existencia normal sin taras, así como también con la de no existencia. Ahora si el traer al mundo un niño por medio de las técnicas de reproducción humana asistida con lesiones físicas y/o psíquicas se considera ilícito, no hay motivo para limitar la indemnización. Es así que para una eficaz reparación del daño, se requiere básicamente la protección jurídica del embrión en el buen desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida, exclusivamente en cuanto se refieren al derecho fundamental del desarrollo normal de las facultades físicas y psíquicas del futuro ser, para evitarle lesiones por negligencia médica.
9. La manera más justa de la reparación por daño consistiría en el otorgamiento del pago periódico de una pensión, durante el tiempo en que se considere necesario, previa valoración médica de incapacidad parcial o total de las facultades físicas y/o psíquicas del afectado y una vez que aparezca claro que el presunto responsable ha actuado en contra del orden jurídico y que tal conducta ha ocasionado daños en las técnicas de reproducción humana asistida, corresponderá al juez determinar la prolongación de ese perjuicio y, en caso de no ser posible su reparación en especie, fijar el monto definitivo con el cual se pretende cubrir dicha reparación.
10. En fin, resultan indispensables las reformas propuestas en términos del texto formulado en los incisos 5.2.1 y 5.2.2 de este trabajo, con el fin de mantener la función social de la procreación en su medio idóneo como es la familia, soporte básico de la sociedad.

BIBLIOGRAFIA GENERAL .

1. ANGEL YANGUEZ RICARDO DE. Tratado de responsabilidad civil. Ed. Civitas. Madrid España 1993 .
2. ATAZ LÓPEZ JOAQUIN . Los médicos y la responsabilidad civil. Montecorvo , Madrid, España 1985.
3. BONFANTE PRIETO. Instituciones de Derecho Romano. Traducción de la 8ª de Luis Bacci. Edición Italiana 4ª. Edición. Reus -Madrid, España. 1965.
4. CARRANZA JORGE A . Los trasplantes de órganos . Ed. Platease. La Plata. 1972.
5. CASTAN TOBEÑAS JOSE. Derecho Civil Español, común y foral . Ed. Reus . Madrid. España. 1936.
6. CAVALLO VICENZO. Derecho Penal. Ed. Jovene. Italia. 1939.
7. GAFO MARTINEZ JAVIER . Nuevas técnicas de reproducción humana asistida . Ed. Universidad Pontificia Comillas . Madrid España 1986.
8. GONZALEZ MCRAN LUIS . La responsabilidad civil del médico. Barcelona . España. 1990.
9. GITRAMA GONZÁLEZ MANUEL . Configuración jurídica de los servicios médicos. Valladolid 1966, tomo :
10. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ ERNESTO. Derecho de las obligaciones, Ed. José M. Cajica jr. Puebla, México 1971.
11. JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS. Tratado de Derecho Penal. Editorial Losada. Tercera Edición. Buenos Aires. 1954 .
12. LLAMAS POMEYO EUGENIO. La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos . Ed. Trivium . Madrid . España . 1988 .
13. LORENZETTI RICARDO LUIS. Responsabilidad civil de los médicos . Ed. Rubinzal-Culzoni Editores . Buenos Aires . Argentina . 1997.
14. MARTÍNEZ ALFARO JOAQUIN . Teoría de las obligaciones. Segunda Edición. Ed. Porrúa México. 1991
15. MARTÍNEZ CALZADILLA LUIS . Derecho médico. Estudio especial de la denominada Lex artis ad hoc en la función médica. Ed. Tecnos A.C. número 24, 1986.
16. MAZEUD HENRI. Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Ed. Juricas Europa América . Buenos Aires 1963
17. MOSSET ITURRASPE JORGE . Responsabilidad civil del médico. Ed. Astrea. Buenos Aires. Argentina . 1973 .

Bibliografía.

18. MORO ALMARAZ MARÍA DE JESÚS. Aspectos Civiles de la Inseminación artificial y la fecundación in vitro. Ed. Bosch. Barcelona, España. 1988.
19. POTHIER ROBERT JOSEPH. Tratado de las Obligaciones. Ed. Firió . Barcelona. 1932.
20. QUINTANA FERGUNSON MANUEL DE LA. La responsabilidad civil del médico. Madrid 1949.
21. QUINTANILLA GARCIA MIGUEL ANGEL. Derecho de las obligaciones 2ª. Edición. Ed. Cardenas Editores. México. 1981.
22. RIPERT GEORGES - BOULANGER JEAN. Derecho Civil. Obligaciones . Segunda Parte. Vol.V. Pág.23. Ed.La ley. Buenos Aires 1965
23. RUIZ VADILLO ENRIQUE. Aspectos jurídicos de la inseminación artificial con semen de dador. Clínica Ginecológica. Editorial.Salvat.1980.
24. SANTOS BRIZ JAIME. La responsabilidad civil de los médicos. Ed. Montecorvo Madnd, España. 1993.
25. SOTO LAMADRID MIGUEL ANGEL. Biogenetica, filiación y delito: la fecundación genética ante el Derecho. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires Argentina . 1990.
26. SPALLANZAN LAZARO. Experiencia para servir a la historia de la generación de los animales y plantas. Ed. Española. España 1948
27. VIDAL MARCIANO. Estudio de la bioética racional Ed. , Tecnos. Madnd España . 1989
28. YUNGANO-LOPEZ BOLADO-POGGI-BRUNO. Responsabilidad profesional de los médicos Ed. Universidad. Buenos Aires Argentina 1986
29. ZANNONI EDUARDO A. El derecho en la responsabilidad civil 2ª. Edición Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires, Argentina 1987.

CONGRESOS.

1. Segundo Congreso Internacional de Daños - Conclusiones. Véase KRAUT Alfredo Jorge. Los derechos de los pacientes Anexo. Ed Aberedo- Perrot. Buenos Aires Argentina 1997
2. Conferencia de las VIII Jornadas de Derecho civil, celebrada en Buenos Aires del 3 al 7 de Septiembre de 1991. Ed. Hammurabi Buenos Aires Argentina 1991
3. La filiación a finales del siglo XX : Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Segundo Congreso Vasco. Ed. Trivium Madnd 1988

DERECHO COMPARADO.

1. Proyecto de Ley de Fecundación Asistida. Proyecto Rivas Britos Presentado ante la Cámaras de Senadores en Buenos Aires el 8 de Junio de 1993, bajo el No. 1374/93. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. Argentina. 1993

Bibliografía

2. Informe de la Comisión Especial. Informe Palacios. Aprobado el 10 de Abril de 1986. Véase MARTINEZ CALCERADA, Luis. La nueva inseminación artificial. Anexo informe Palacios Ed. Tecnos. 1986. Madrid España Pags 553
3. Ley Española sobre técnicas de reproducción humana asistida (TRA) número 35/1988 del 22 de noviembre de 1988 y su ampliación 42/88 donación y utilización de embriones y fetos humanos de sus células, tejidos y órganos del 28 de diciembre de 1988.

LEGISLACION.

1. Código Civil para el Distrito Federal. 80ª Edición. Editorial Porrúa. S.A. México.2001
2. Código Penal para el Distrito Federal. 69ª. Edición. Editorial Porrúa.S.A. México.2001
3. Ley de Salud Mexicana. Editorial Porrúa .S.A. México.2001.

REVISTAS.

1. Diario Ya del 2 de Julio de 1984. España.
2. El Correo Gallego del 14 de Julio de 1984. España.
3. La Tribuna Ilustrativa del 7 de noviembre de 1948. Italia.
4. Respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación . Juan Pablo II.