

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDICO
EN EL CONTEXTO DEL ARBITRAJE**

T E S I S

Que para obtener la especialidad en Derecho Administrativo

P R E S E N T A

LIC. EDGAR RICARDO DIAZ GARCIA

DIRECTOR DE TESIS
DR. ANDRES CRUZ MEJIA

México, D.F., 2007



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.

A DIOS

Por todas sus bendiciones.

A MI MADRE

Manuela García González, que con su paciencia y amor de madre, ha sabido encaminarme durante todo este tiempo para hacerme un hombre de bien; es por eso que a ti mamá, te agradezco todos tus esfuerzos y sacrificios. Que Dios te bendiga.

A MI ESPOSA

Lic. Arlette Adame Guerrero. Mil gracias por tu comprensión, confianza, apoyo incondicional y amor. Pido a Dios que estemos unidos toda la vida y que cumplamos juntos todas nuestras metas. A ti amor y respeto eterno.

A MI DIRECTOR DE TESIS

Dr. Andrés Cruz Mejía. Por su confianza y apoyo al considerar la presente tesis.

A MIS QUERIDISIMOS AMIGOS

Principalmente a la Dra. María del Carmen Dubón Peniche, y mis compañeros de sala arbitral, Dr. R. Humberto Luján Vallado, Lic. Víctor Manuel Maldonado Camargo y Lic. Daniel Gerardo Rodríguez Abarca, a quienes agradezco el estímulo y apoyo que me han dado durante todo el tiempo que he tenido el orgullo de convivir con ellos, además de agradecerles la aportación de sus conocimientos para la elaboración de este trabajo. Gracias por su interés.

A LA COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO

Por darme la oportunidad de colaborar en tan valiosa Institución.

Introducción.....	1
Capítulo I Responsabilidad profesional del médico.....	5
1. Evolución histórica de la legislación en materia de responsabilidad civil en la práctica médica.....	6
2. Principios éticos del ejercicio profesional del médico.....	10
3. Bioética.....	13
4. El ejercicio de la profesión médica como un hecho generador de daños.....	16
Capítulo II Aspectos civiles relacionados con la prestación de servicios de atención médica.....	26
1. Responsabilidad civil.....	26
2. Bases legales de la responsabilidad civil contractual y extracontractual.....	31
3. Obligaciones de diligencia en la práctica médica.....	46
4. La culpa profesional.....	56
5. El daño (concepto y aspectos doctrinales).....	62
6. Reparación del daño ocasionado por mala práctica en la prestación de servicios de atención médica.....	66
Capítulo III Procedimiento Ordinario Civil.....	77
1. El proceso jurisdiccional.....	77
2. Las partes en el proceso.....	82
3. La acción.....	90
4. La excepción.....	98
5. Jurisdicción y competencia.....	106
6. Etapa procesal.....	115

Capítulo IV Sentencia y Cosa Juzgada.....	128
1. Sentencia, concepto.....	128
2. Naturaleza jurídica de la sentencia.....	129
3. Clasificación de las sentencias.....	131
4. Sentencia ejecutoriada.....	133
5. Definición de cosa juzgada.....	134
6. La cosa juzgada como institución jurídica.....	139
7. Diversas clases de cosa juzgada.....	140
8. Naturaleza jurídica de la cosa juzgada.....	141
9. Autoridad de la cosa juzgada y requisitos para su procedencia.....	143
Capítulo V Medios Alternativos para la Resolución de Controversias (Comisión Nacional de Arbitraje Médico).....	145
1. Antecedentes.....	145
2. Conciliación.....	147
3. Mediación y Amigable Composición.....	151
4. Arbitraje.....	153
5. La Comisión Nacional de Arbitraje Médico.....	157
6. Modelo de Arbitraje Médico.....	163
Conclusiones.....	168
Referencias Bibliográficas.....	172

Introducción

En la actualidad las denuncias por responsabilidad profesional médica tienden a aumentar debido a la mayor información médico-jurídica con que cuentan los pacientes, quienes exigen al médico curación completa y pronta a sus problemas, bajo condiciones de óptima calidad profesional; esto se ha podido observar a lo largo de estas tres últimas décadas. En los años setentas, era extremadamente rara en nuestro país la presentación de denuncias por responsabilidad profesional del médico, condicionado por factores de índole cultural y de educación principalmente, pues recordemos que antaño el médico, al igual que el sacerdote, estaba situado en un lugar muy especial, considerado como un ser infalible.

Con el devenir de los años el concepto en el cual se tenía al médico, se ha ido modificando; ahora el médico ha pasado a ser un profesional más, un experto en su materia, el cual al prestar sus servicios tiene la obligación de hacerlo de la manera más eficiente y éticamente responsable, sin derecho a equivocarse. Esto entre otras cosas, es lo que ha originado el cambio de actitud del paciente para con su médico a través de los últimos años, lo cual se ve reflejado en el estudio de investigación realizado.

En este contexto, las denuncias contra el profesional de la salud llevan un ritmo acelerado, condicionado por la gran cantidad de demandas contra el médico que día con día se ventilan en los tribunales de justicia de nuestro país, lo que ha despertado la inquietud y preocupación por parte de los profesionales en esta materia.

El motivo del presente trabajo, es dar a conocer a los profesionales del derecho y de la medicina, la magnitud y la importancia del problema, así como ofrecerles información actualizada, que permita a los primeros, actuar en forma idónea y decidida, en el manejo de un asunto en materia de derecho civil, penal y sanitario y a los segundos, entender las consecuencias jurídicas, derivadas de su ejercicio profesional.

Es imprescindible que los destinatarios de la ley, conozcan sus derechos para ejercerlos y sus obligaciones para cumplirlas. El principio que establece que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento, por lo que nadie puede alegar que no cumple con una disposición por el hecho de no conocerla, no elimina la realidad innegable de que hay derechos que no se ejercen porque no se les conoce.

Atendiendo a lo anterior, para auxiliar a las personas en circunstancias adversas, la Constitución mexicana vigente contiene importantes disposiciones, entre ellas, podemos señalar: en materia penal, se tiene derecho a elegir defensor y si no se obtiene por cualquier causa, el estado provee uno de oficio; de esta manera se asegura, que aun sin tener conocimientos de derecho, las personas cuenten con asistencia profesional. Otra disposición consiste en que los jueces, en ciertas circunstancias, están obligados a suplir las deficiencias que presentan las demandas de justicia; los casos en los que esto ocurre, se encuentran limitados a aquellos en los cuales se supone que las condiciones económicas y culturales de las personas no les permite disponer de la información necesaria para ejercer sus propios derechos. Otro aspecto relevante, es aquel que garantiza que los indígenas sean apoyados para acceder a los órganos de impartición de justicia y que en algunos casos, incluso, sean tomadas en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas. También debemos señalar, que en nuestro país existen numerosas instituciones federales y estatales, cuyo objetivo consiste en orientar a la población en trámites y gestiones de naturaleza legal.

El derecho, es un instrumento esencial para la convivencia social, las reglas jurídicas sólo son el mínimo ético indispensable para asegurar las relaciones entre las personas. Es necesario que las normas que rigen la vida de una sociedad, sean conocidas lo más ampliamente posible, pues el mejor y mayor conocimiento de las normas, consolida el estado de derecho, entendido éste, como la sujeción de los órganos del poder al derecho, de tal suerte que sus actos siempre sean previsibles, controlables y enmendables, al mismo tiempo que los derechos de cada individuo y de la sociedad, siempre estén eficazmente protegidos.

En ese sentido, es imprescindible mencionar, que existen diversos medios por los cuales, los ciudadanos pueden hacer valer sus derechos, entre ellos están: el acceso a los tribunales, ante los que se puede llevar el reclamo, ya sea por la vía civil o penal, e incluso laboral y administrativa; sin dejar de lado que en la actualidad, también se dispone de medios alternativos para la resolución de controversias; es decir, se trata del campo de medios de solución de litigios distintos del proceso civil autocompositivos y heterocompositivos (arbitraje, conciliación, amigable composición).

Atendiendo a lo anterior, por iniciativa del ejecutivo federal, se creó la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de junio de 1996. La CONAMED, es un órgano competente y especializado para conocer conflictos entre usuarios y prestadores del servicio médico, el cual tiene plena autonomía para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos, para ello se han instaurado la gestión arbitral y su concurso pericial, a fin de apoyar a las instituciones encargadas de administrar justicia.

De igual suerte, tiene como propósito implícito, el de contribuir a la mejoría de la calidad en la atención médica. Es decir, si bien es cierto, que la Comisión Nacional, no es la responsable de operar los programas de mejoría de la calidad, también es cierto, que en cada caso, destaca los rubros que ameritan ser integrados a dichos programas. Dicho en otros términos, en cada uno de los asuntos a estudio, detecta la inobservancia de las normas del derecho sanitario y recomienda medidas para la buena práctica.

La CONAMED ha creado el modelo de arbitraje médico, el cual contempla procedimientos para la resolución de conflictos médico-paciente por vía civil extrajudicial, evalúa la práctica de la medicina y promueve acciones para mejorar la calidad de la atención médica.

Uno de los objetivos estratégicos de la CONAMED, es consolidar este modelo con el fin de que la institución se reconozca, tanto a nivel nacional como internacional, como el Centro Nacional de Referencia por su alta especialidad y calidad

garantizada en los servicios especializados que ofrece a la sociedad, y a los profesionales de la salud del ámbito público, social y privado.

La aplicación de métodos alternos para la solución de controversias médicas, promueve el entendimiento entre las partes y favorece la participación directa de los involucrados para solucionar los conflictos. El arbitraje es una figura jurídica ampliamente reconocida en nuestro derecho positivo, por las ventajas que tiene respecto de los juicios que se desahogan ante los órganos de impartición de justicia, brinda la posibilidad de resolver las diferencias en un tiempo más corto que el que usualmente se lleva en los tribunales (economía procesal), lo que además es acorde con la tendencia internacional de hacer efectivo el principio universal a cargo del estado, de brindar justicia pronta y expedita. Más aun, el proceso es voluntario, gratuito, confidencial e imparcial.

La CONAMED como primera instancia para dirimir las controversias que se le plantean, promueve la avenencia de las partes mediante la conciliación, en los casos que no se logra, se plantea someter su controversia al arbitraje en estricto derecho o en conciencia, atendiendo a las reglas del procedimiento.

Cualquiera que sea la naturaleza jurídica que se seleccione o se adopte, resulta indiscutible, pues atendiendo al importante desarrollo y el empleo creciente que ha tenido el arbitraje en la actualidad, ya sea en el campo civil, comercial, laboral, administrativo e incluso médico, es considerado como un instrumento útil, que además de sus virtudes intrínsecas, significa una vía instrumental que cumple una misión trascendente, ya no únicamente el arreglo confiable de los conflictos concretos, sino una tarea social de coadyuvancia y desahogo de los tribunales asediados por una complejidad y cúmulo de controversias.

CAPITULO I

Responsabilidad Profesional del Médico.

Sumario: 1. Evolución histórica de la legislación en materia de responsabilidad civil en la práctica médica; 2. Principios éticos del ejercicio profesional del médico; 3. Bioética; 4. El ejercicio de la profesión médica como un hecho generador de daños.

La responsabilidad profesional, es el conjunto de deberes y obligaciones a los que el médico se encuentra sujeto, con motivo de su práctica profesional, y en la cual debe preservar la vida, proteger la salud y respetar la dignidad de la persona. Esto es, el profesionista deberá cumplir con los principios generales que rigen la práctica médica, referida también como *lex artis* y definida ésta, como el conjunto de procedimientos, de técnicas y de reglas generales de la profesión.

Al respecto, destaca lo establecido en el artículo 51 de la Ley General de Salud, el que establece: *Los usuarios tendrán derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares.*¹ De igual suerte, sobresale lo señalado en el artículo 9° de su Reglamento en materia de prestación de servicios de atención médica, que señala: *La atención médica deberá llevarse a efecto de conformidad con los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica.*²

A mayor abundamiento, la actividad profesional del médico también debe realizarse en cumplimiento de las leyes y reglamentos que emanan del texto constitucional, pues éstas determinan la responsabilidad profesional en sus aspectos civil y penal. Está claro pues, que además de la vinculación que tiene el médico con disciplinas científicas, existe una estrecha relación de la profesión con áreas humanísticas, como lo es el derecho.

¹ Ley General de Salud, Editorial Porrúa, S.A., México, 2002, artículo 51.

² Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, Editorial Porrúa, S.A., México, 2002, artículo 9°.

Por lo tanto, como parte de su actuar y de los bienes jurídicos con los que trata, como la salud o la vida, el médico está obligado a cumplir para con sus pacientes con el esmerado deber de cuidado al que lo obliga su profesión, con el propósito de otorgar el mayor beneficio al paciente, incluso evitar aquellas consecuencias no deseadas. En este sentido, la responsabilidad del médico generalmente se legitima en el cumplimiento de las obligaciones de medios de diagnóstico, tratamiento, prevención, de seguridad y de resultados; éste último tendría que derivarse de un compromiso pactado entre el médico y su paciente, el cual será explicado más adelante.

En esos términos, y atendiendo al concepto de responsabilidad profesional expuesto, la actuación médica correcta no sólo comprende la aplicación del conocimiento y de la destreza del profesional, sino también el cumplimiento de los deberes impuestos por la *lex artis* médica, la adecuada aplicación de los recursos tecnológicos, así como la observancia estricta de las normas legales aplicables.

1. Evolución histórica de la legislación en materia de responsabilidad civil en la práctica médica.

Antecedentes históricos.

El deber jurídico de responder ha ido experimentando una significativa evolución y perfeccionándose a través del tiempo, hasta llegar al estado actual de la legislación. A pesar de los cambios sufridos en torno a esta problemática, siempre estuvo latente la necesidad de reparar el daño injustificadamente causado, aunque con diferentes matices.

En sus orígenes, y en las comunidades primitivas, la fuerza era el único límite de la libertad; quien se sentía menoscabado en sus bienes o derechos devolvía el mal recibido con un daño al victimario.

Fue la *Ley del Talión* la que introdujo la costumbre de la venganza a la esfera jurídica; sin embargo, cuando la dinámica de los negocios comenzó a ser más amplia, también se suavizaron las relaciones humanas y empezó a generarse la idea de que resultaría más provechoso para la víctima, cobrarse el daño del patrimonio del dañador³.

La Ley Cornelia contemplaba la deportación y en algunos casos preveía la pena de muerte para el médico, que con su práctica causara o provocara el deceso del paciente.

Por su parte, la Ley Aquilia, al contemplar el daño, establecía una pena equivalente al perjuicio sufrido cuando el menoscabo proviniese de una falta (culpa), reconociéndole a esta última una entidad distinta que al daño derivado del azar; es decir, se responsabilizaba al profesional imperito.⁴ Ulpiano, indicaba que el médico era responsable cuando hubiere causado un daño que reconociera su origen en un actuar imperito.

De igual forma, el Código de Hammurabi⁵ redactado alrededor del siglo XVIII antes de Cristo, establecía castigos para el médico en caso de fracasar en su actividad profesional; así tenemos lo establecido en el artículo 218 de su cuerpo legal, el que menciona: *“Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en un señor con una lanceta de bronce y ha causado la muerte de ese señor o (si) ha abierto la cuenca del ojo de un señor con la lanceta de bronce y ha destruido el ojo de ese señor, se le amputará su mano.”*, así mismo, el artículo 219 del mismo cuerpo legal, establece: *“Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en el esclavo de un subalterno con una lanceta de bronce y le ha causado la muerte, entregará esclavo por esclavo.”*, y en su artículo 220, menciona: *“Si ha abierto la cuenca de su ojo con una lanceta de bronce y ha destruido su ojo pesará plata por la mitad de su precio.”*

En lo atinente a la responsabilidad médica, el proceso histórico resultó algo diferente, al menos en sus orígenes:

³ Pérez de Leal, *Responsabilidad civil del médico*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1995, p. 86.

⁴ Sánchez Guisande, Gumersindo, *Breve Historia de la Medicina*, Editorial El Ateneo, México, 1990, pp. 293-296.

⁵ *Idem*.

En Persia se podía acceder al ejercicio de la medicina luego de una práctica previa consistente en la atención brindada a tres enfermos sin recursos, a los que el profesional debía salvar de la muerte; pasando con buen resultado esta especie de rito exigido como previo, el aspirante era considerado médico. El ejercicio profesional era remunerado, pero la falta de prudencia y la desatención del enfermo traían acarreadas para el profesional, sanciones que llegaban hasta la pena de muerte. Por su parte, en Egipto el médico sólo era responsable por sus prácticas profesionales, si en su ejecución se apartaba de las reglas del arte o pautas dadas por los colegios o templos de estudio. En la Antigua Grecia, también la profesión médica tuvo características de actividad divina, como dotada de influencias sobrenaturales, caracteres que perduraron hasta los tiempos de Hipócrates en que la medicina se transformó en ciencia. Esta actividad profesional se mantuvo con características similares en la Roma Antigua, en donde se consideraba que los servicios profesionales estaban ubicados en un rango social superior, recompensados con algún tipo de reconocimiento o privilegio, totalmente distinto del trabajo manual. La compensación por la profesión médica, incluía la consideración, la influencia y el poder⁶.

Fue una situación social especial la que alrededor del año 240 A.C. llevó a revertir la práctica médica. Una epidemia azotó Roma y se tuvo que recurrir a médicos de origen griego por ser considerados superiores en conocimientos a los romanos; los griegos pusieron precio a sus servicios, y desconocieron todo privilegio especial a modo de pago. De este modo comenzó a disiparse la idea de humillación, en la retribución económica como contraprestación por servicios profesionales brindados.

Por otra parte, la legislación romana reconoció en los delitos privados una de las fuentes de las obligaciones y denominó injuria a aquellos actos que se oponían al orden jurídico por leves que fueran.

⁶ Mazeaud, Henri, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*; Editorial Ejea, Barcelona, España, 1988, p. 410.

En este derecho, la relación jurídica que unía a médico y paciente se denominó *locatio operarum*; mediante este vínculo una de las partes (el profesional), se obligaba a prestar sus servicios, y la otra (el paciente), a retribuirlo mediante el pago de la *merces* u honorarios.⁷ El Derecho Germano reconocía una indemnización tarifada, y sostenía que el daño causado a las personas y a los bienes debía ser compensado de conformidad y con el alcance que la ley lo determinaba. Este *quantum* recibió el nombre de *wehrgeld*. Por su parte, el Derecho Canónico establecía la responsabilidad moral de quien actuaba con ligereza e imprudencia.

Fue en el siglo XVIII, a través de la obra de los filósofos ingleses, se conoció y comenzó a difundir el uso del término responsabilidad con una significación acorde con la que actualmente se concibe. La autoría de este giro idiomático es atribuida a Necker, debiendo entenderse por tal el deber de responder económicamente por el daño causado. Con posterioridad surge la doctrina de la responsabilidad extracontractual, la cual sostiene que las obligaciones en el ejercicio de la medicina reconocen su génesis o fuente en la ley.

Con el nacimiento del Estado Moderno cobraron vigencia las composiciones (indemnizaciones), que consistían en sumas dinerarias que fijaba el Estado y que el damnificado debía aceptar como retribución del perjuicio sufrido; de igual suerte, comenzó a sostenerse la existencia de dos categorías de transgresiones: los delitos públicos que abarcaban los daños inferidos contra el Estado y los delitos privados, que se configuraban cuando el afectado era un particular.

Por lo anterior, se estableció la necesidad de crear dos esferas diferenciadas dentro del campo de la responsabilidad médica: por una parte la penal, que castigaba con sanciones represivas y por la otra la civil, que consistía en una condena pecuniaria, esta última ha venido evolucionando con el transcurso del tiempo, perfeccionándose hasta convertirse en el actual *id quod interest* (resarcimiento de daños y perjuicios).

⁷ Von Ihering, Rudolf, *El fin del Derecho*. Editorial Vientin. Buenos Aires, Argentina, 1992, pp. 86-94.

Así las cosas, si bien es cierto, que los profesionales de la salud continuaron manteniendo un status social de privilegio, también es cierto, que la ley se encargaba de distinguir entre la buena y mala medicina.

En la actualidad es doctrina mayoritaria que la relación que une a médico y paciente tiene su origen en un acuerdo de voluntades expreso o tácito entre las partes y que frente al daño injustificadamente causado, nace un deber de responder, que por regla general reconoce su génesis en el campo contractual y excepcionalmente en el extracontractual. Es así, como en el campo del derecho civil y enrolados dentro de la concepción objetiva de culpa, surge el deber de la reparación del daño⁸.

En razón a lo anterior, debemos destacar que la responsabilidad profesional del médico adquiere cada día mayor trascendencia, debido a la existencia de una marcada tendencia arraigada en el seno de la sociedad y encaminada a exigir seguridad y reparación del daño injustificadamente sufrido. Sin duda, todo este movimiento encuentra fundamento en las nuevas condiciones de vida y en los grandes avances tecnológicos que correlativamente nos someten a renovadas y mayores posibilidades de vernos expuestos al daño.

2. Principios éticos del ejercicio profesional del médico.

Cuando nos referimos a la problemática de la responsabilidad, nos debemos ubicar en el campo de los deberes morales, por una parte, y de las obligaciones legales, por la otra. Ambos aspectos de la responsabilidad se complementan; es decir, el uno reconoce su origen en el otro, y a su vez se nutren mutuamente.

En esos términos, es evidente que la moral se refiere a las acciones humanas, esto es, a los deberes que la conciencia impone. Estos deberes se exteriorizan mediante normas de conducta comunes entre los individuos de una comunidad en un tiempo determinado; es decir, no existen dogmas morales absolutos que

⁸ Pérez de Leal, *op cit.*, nota 3, p. 94.

perduren en todo tiempo; lo que sí se puede sostener es la existencia de una moral propia de nuestra naturaleza humana por esencia racional y social.

Ingenieros⁹ sostiene que las fuerzas morales convergen al sentimiento del deber sin ser ley escrita; el sentimiento del deber es superior a los mandamientos reveladores y a los códigos legales; es decir, impone el bien y execra el mal, ordena y prohíbe. Refleja en la conciencia moral del individuo la conciencia moral de la sociedad; en su nombre juzga las acciones, las conmina o las veta.

El cumplimiento de las normas morales no nos está impuesto como imperativo divino, sino como mandato natural. Es la convivencia social la que exige un determinado acatamiento a normas morales generales, y es la misma sociedad la que sancionará su incumplimiento.

Este código de convivencia social basado en la costumbre, hará las veces de cimiento del orden jurídico, y en la normativa positiva estarán receptados sus principios. No debemos olvidar que el hombre precedió temporalmente al derecho, y que creó este último ante la necesidad de establecer orden y seguridad dentro de la comunidad en la que se encuentra insertado, conforme a pautas sociales que orientan al legislador sobre lo bueno y lo justo, acerca del deber ser¹⁰.

Lo anterior, debe considerarse de esta manera, pues si los fundamentos del derecho positivo olvidaran la moral individual y social, se tornarían en un conjunto de normas vacías de contenido, cuyo cumplimiento sería forzado y antinatural; regularmente serían transgredidos sus preceptos por no responder a un sentimiento común y arraigado dentro de la sociedad a la que está destinado a regir: En otros casos, y ante esta falta de adecuación la normativa podría considerarse como una práctica derogada por el desuso.

⁹ Ingenieros José, *Las Fuerzas Morales*, Capítulo III, Del deber, N° 44. Editorial Losada, Argentina, 1998, pp. 25-32.

¹⁰ Carrillo Fabela, Luz María Reyna, *La responsabilidad profesional del médico*, Editorial Porrúa, S.A. México, 2000, p. 3.

En materia de responsabilidad profesional debemos partir de la premisa de que fundamentalmente somos personas, de que nacemos como tales y que vocacionalmente nos formamos como profesionales. Por tanto, no podemos dejar de reconocer en esa moral general la guía de nuestro quehacer técnico específico. Será en la moral general en la que encontrarán fundamento y orientación todo un cúmulo de responsabilidades.

Un elemento fundamental en esta materia es la vocación profesional, pues esta inclinación natural por alguna de las ramas del saber hará menos probable que el fracaso y la mediocridad nos alejen de la moral y de la ética, otorgando a la vez mayores garantías de un ejercicio responsable y comprometido de la profesión.

En esos términos, el compromiso fundamental del profesional es para con la sociedad; es su deber aportar y colaborar con sus conocimientos de tal forma de ser útil a ella, solidarizarse con sus preocupaciones y propender al bien común desde su disciplina específica, pues la sociedad siempre espera del profesional una respuesta, ansía ser orientada y recibir colaboración para resolver sus problemáticas.

Así las cosas, la preparación profesional requiere un ejercicio permanente; así como estudio y actualización para mantener y aumentar la capacitación recibida, en virtud de que el principal compromiso del profesional es la idoneidad, para poder entonces actuar en consecuencia con la debida prudencia, diligencia y pericia.

Es en ese sentido que el jurista Martínez Paz, señala que a todo privilegio social corresponde un deber de servicio; y ello se manifiesta en una mayor responsabilidad moral; es la justificación de una regla de derecho que impone

mayor responsabilidad a aquel que ha tenido una mayor razón para proceder con más prudencia.¹¹

En virtud de lo antes expuesto, es de gran importancia ubicar el nivel que tiene la ética respecto de la técnica, pues no debemos olvidar que esta última debe ser la herramienta para poner en marcha la práctica profesional del individuo.

3. Bioética.

La bioética es un saber nuevo dedicado a estudiar los problemas de la vida. Sus contenidos son aportados por aquellas disciplinas dedicadas al cuidado de la salud y por datos suministrados por las ciencias de la vida, como la antropología, la biología, la medicina y la sociología, lo que quiere decir que su metodología es interdisciplinaria.

La bioética reúne dos términos griegos *bios* (vida) y *ethos* (ética). Esta disciplina pretende obtener una complementación adecuada entre dos conceptos, la vida y la ética. Dicho de otra manera, se sirve de las ciencias biológicas para optimizar la calidad de vida en su más amplio sentido.

La bioética es el estudio sistemático de la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y de la salud, contemplada a la luz de los principios y valores morales.

Esta definición reconoce la competencia de la bioética en cuatro áreas:

- a) Problemas éticos de las profesiones sanitarias.
- b) Investigación en personas, aunque no sea terapéutica.
- c) Lo relacionado con la intervención sobre la vida de los demás seres vivos (plantas, animales, micro-organismos), y en general lo que se refiere al equilibrio de los ecosistemas (Cosmología).
- d) A los problemas sociales, a las políticas sanitarias y al área del derecho (como un mínimo ético).

¹¹ Martínez Paz, Enrique. *Responsabilidad Moral del Profesional*, s.l.i., 1994, p. 15.

Algunos de los factores que han contribuido al origen de la bioética son los extraordinarios avances científico-técnicos que se enuncian principalmente en: la ingeniería genética potencial y capaz de ser aplicada a la biología humana (trasplante de órganos y cambio de sexo). Las recientes técnicas de reproducción humana: inseminación artificial, almacenamiento, clasificación y distribución del semen humano, implantación de embriones en útero propio o alquilado, congelación y manipulación de embriones humanos, entre otros; cada uno de estos planteamientos, indica un problema de fondo ético relacionado con la vida.

Este tipo de aspectos filosóficos que relacionan técnica y ética o, para expresarlo de otra forma, entre ciencia y conciencia, indican el papel tan importante que le corresponde a la ciencia, y por ende, a la medicina frente a los anhelos y compromisos de la humanidad, pues la promoción de la salud es un asunto que es de interés para toda la comunidad, debido a que ésta no es sólo bienestar sino que tiene que ver con calidad de vida y la realización integral de la persona humana.

En ese sentido, la bioética tiene por finalidad el análisis racional de los problemas morales ligados a la biomedicina y de su vinculación con el ámbito del derecho de las ciencias humanas. Dicha finalidad implica la elaboración de lineamientos éticos fundados en los valores de la persona y en los derechos humanos. A mayor abundamiento, la bioética funda sus principios y valores en la filosofía moral, toma sus principios de la ontología, que a su vez los toma del concepto de persona.

Queda claro que el objeto de la bioética es la vida y como ésta es un proceso que cambia constantemente las normas que rigen la conducta humana, debe ir adaptándose, ya que se trate de preceptos legales, teológicos o culturales.

Así las cosas, es conveniente aclarar que bioética no es lo mismo que deontología médica, pues esta última vendría a ser elemento de estudio en el campo de la bioética. Es decir, la deontología médica es la ética aplicada al ejercicio de la profesión médica, ésta obliga a los profesionales sanitarios a buscar lo mejor para

cada paciente, individualizando y personalizando la atención médica y revistiéndola de la mejor calidad científica y humana.

Sin embargo, éste <buscar lo mejor para cada enfermo en particular> hay que adaptarlo hoy a unos principios básicos en bioética, los cuales soportan con rigor las decisiones éticas de los profesionales de la medicina. Estos son:

- ❖ Principio de Beneficencia. Es la obligación que tiene el médico de mantener su preparación científica y, desde ella, buscar lo que considere mejor y más favorable para el enfermo, quien deberá ser informado de los riesgos y beneficios esperados. La beneficencia es un principio relativo, ya que para aplicarlo debe contarse (siempre que sea posible) con la aceptación del enfermo.
- ❖ Principio de No-maleficencia. Es el deber del médico de no hacerle nada malo al enfermo, aunque él mismo lo pida. Es un principio absoluto, ya que no debe depender de otra circunstancia, la no-maleficencia sólo depende del que ejecuta la acción. Significa que el médico puede negarse a proporcionar al enfermo una medida cuando considere que es mala, perjudicial o dañina para él.
- ❖ Principio de Autonomía. Tiene su origen en el reconocimiento de la persona como ser individual dotado de racionalidad y libertad. Es la capacidad que tiene el individuo para conocer y elegir lo que se considere más favorable o beneficioso para sí mismo. Es un principio relativo y subjetivo del paciente, y significa el derecho del enfermo, en su relación con el médico y con su asistencia sanitaria, a elegir, de entre las alternativas que se le ofrezcan, la mejor para él.

En virtud a lo antes expuesto, debemos entender que la bioética es la disciplina que trata de dar respuestas racionales a cuestionamientos morales que implican la toma de decisiones en los contextos que involucran a las ciencias biológicas y por tanto a la salud y a la atención médica; abarca varias profesiones o disciplinas,

entre ellas: medicina; investigación; educación; administración; sociología; entre otras. Para poder manejarlas, se recurre al reduccionismo, entendido como un procedimiento que sintetiza fenómenos o datos complejos, a términos simples para tomar decisiones.

4. El ejercicio de la profesión médica como un hecho generador de daños.

La práctica médica se enfrenta en la actualidad a un incremento exponencial de la información sanitaria que es accesible de forma universal y gratuita. El interés de los medios de comunicación de masas por lo relativo a la sanidad, la eclosión de Internet y la aparición de una nueva tipología del usuario informado, que se interesa y consume noticias relacionadas con la salud promueven una distribución masiva de información sanitaria. Estos factores determinan que se promuevan políticas de integración de los usuarios en los procesos de toma de decisiones. Estas políticas de potenciación de los consumidores se benefician de la mayor predisposición del usuario informado a adoptar un rol más activo en lo referente a la salud y a la sanidad, interviniendo de forma activa en un proceso de toma de decisiones autónomo e informado.

En el pasado, las asimetrías de conocimiento entre médicos y pacientes, y entre administradores de la sanidad y ciudadanos habían determinado de manera muy concreta los roles de agente activo y de agente pasivo del proceso de toma de decisiones. Además, la consideración de la enfermedad como un tema tabú y lo relativo a sanidad como propio de expertos contribuía a diferenciar aun más la separación entre quién conoce y decide y quién no está en condición igualitaria de ejercer tal posibilidad. Esta situación de asimetría consentida favorecía la implantación de un modelo de relación entre profesionales, administrativos y usuarios atendiendo al conocimiento y la experiencia.

La aparición del usuario informado constituye también una nueva área de análisis. Este hecho se visualiza por el aumento en la cobertura de los temas sanitarios y relacionados con los estilos de vida en publicaciones divulgativas, la aparición de

revistas dedicadas a temas de salud, y la difusión masiva a través de las nuevas tecnologías de la comunicación de informaciones relativas a la salud y al autocuidado. Con respecto a este último hecho destaca, con la eclosión de Internet, la aparición de sitios *web* de salud. Ante esta situación de sobredosis de información la profesión médica se ve obligada a adoptar el rol de intermediario o informediario, con capacidad de encontrar, seleccionar según criterios de calidad e idoneidad y, sobre todo, individualizar la información al paciente.¹²

Este último proceso se produce en la mayoría de los casos dentro de una relación personalizada, como es la relación médico-paciente. Esta posición de informediario conlleva superar la clásica relación de agencia, en la que un agente informado toma decisiones por otro que no lo está, y puede favorecer el establecimiento de un modelo de relación de tipo deliberativo. En la relación deliberativa, el médico debe sentirse cómodo para confrontar a un paciente que hace preguntas y ser capaz de comunicarse con él de forma entendedora. El objetivo de esta relación es el de educar a los pacientes a tomar decisiones informadas, mediante la provisión de información de calidad contrastada y contribuir a gestionar sus expectativas. A ello hay que añadir el hecho de que la profesión médica además de acceder a información privilegiada también produce información mediante el ejercicio de su práctica profesional.

De igual forma, la profesión médica puede contribuir a mejorar y potenciar la capacidad de los pacientes para tomar decisiones mediante su participación en iniciativas públicas orientadas a la producción de información de calidad. Un aspecto importante asociado a este rol de informador viene determinado por el fenómeno de la segunda opinión médica.

En esos términos, queda claro que el incremento de reclamos contra la práctica médica obedece a una serie de factores no necesariamente interrelacionados, pero que actúan, en algunos casos, retroalimentándose. El deterioro de la relación

¹² Engelhardt HT. *Especialidad en bioética*. Editorial Clarín. Buenos Aires Argentina, 1995, pp. 20-21.

médico-paciente, se constituye como una de las principales causas que promueven el aumento de reclamos por la práctica médica.

La crisis de la medicina encontraría una de sus causas en las limitaciones hacia una integración armónica entre el progreso tecnológico y la atención socializada con el cuidado personalizado que responde a la necesidad de comunicación y comprensión del paciente. Desde esa perspectiva, se ha definido a la relación médico-paciente como: el encuentro de una conciencia y una confianza. Surge, entonces, que la confianza se erige como uno de los elementos fundadores y modeladores de la relación, y que desde el inicio de la relación clínica se constituye en el núcleo que otorga sentido a la vinculación terapéutica como relación de cuidado y de curación. La confianza, como elemento constitutivo, aparece desde los orígenes de la actividad médica.

La relación médico-paciente, como instancia dialógica, debe cimentarse en la estimulación de un encuentro respetuoso y enriquecido con las diferencias del experto frente al profano; de ello dependerá la consolidación de la confianza entre sí, pues el esfuerzo en lograr una comunicación fluida y permanente entre médico y paciente puede alejar la sensación de ser extraños morales o personas con valores distintos, que en un momento crítico deben saber vincularse entre sí.¹³

En la actualidad es frecuente que ese encuentro personalizado se vea dificultado y hasta en algunos casos sea inexistente, como, por ejemplo, cuando un paciente demanda judicialmente por daños, desconociendo en el momento de interponer el escrito inicial el nombre del profesional o los datos del equipo de salud que le brindó atención; abundan las solicitudes de medidas preliminares judiciales a las instituciones de salud para establecer quiénes fueron los encargados de brindar atención al reclamante.

¹³ *Idem.*

El crecimiento y desarrollo continuos de nuevas especialidades y subespecialidades, más el desmesurado apego a la tecnología distancian cada vez más al médico del paciente, y se llega al extremo de la total prescindencia de los mismos actores del acto médico, abriéndole camino a nuevos imperativos tecnológicos. Se transgreden, o en el mejor de los casos se desconocen, los derechos que les asisten a los pacientes, de la misma forma que no se respetan reglas morales elementales, algunas encarnadas en formas jurídicas, tales como: la veracidad, la confidencialidad, la intimidad, el consentimiento informado, el derecho a la participación y decisión en indicaciones diagnósticas y terapéuticas, entre otros.

En la historia de la relación médico-paciente se han sucedido distintos momentos signados por cambios histórico-culturales que moldearon diversas formas de vinculación clínica. El aspecto más destacado en el modelo de Hipócrates lo constituía el fenómeno de la *phýsis* como paradigma del respeto del cuerpo humano en consonancia con determinado sentido de la naturaleza, como un microcosmos particular en donde se reflejaban las formas universales. Galeno profundizaría un orden descriptivo, en el cual la observación y el desarrollo del conocimiento anatómico se constituyen en pilares del sistema.¹⁴

La nota distintiva en aquellos modelos estaba dada por la ausencia de participación activa del enfermo en la identificación y reconocimiento de su dolencia, cuestión que se introduce a partir de Freud y Von Weizsäcker con el impulso dado a la anamnesis. En esta evolución, la nueva relación se estructura a partir de la introducción del sujeto en la atención médica.

Es decir, tradicionalmente el paciente entregaba su cuerpo en forma incondicional y sumisa como requisito necesario para la intervención médica. En el nuevo modelo, se accede al respeto y la limitación de la disposición del propio cuerpo a partir del reconocimiento expreso del derecho a la asistencia, que encuentra un nuevo fundamento contractualista.

¹⁴ Mainetti J.A. *Estudios bioéticos*, Editorial Quirón. La Plata, 1993, p. 102.

En la relación médico-paciente, es necesario que tanto el médico como el enfermo puedan comprenderse y aceptarse para dejar de ser extraños morales y forjar una relación que se planifique con el fin de restablecer la salud; será importante además considerar los modos de comunicación entre los actores de la relación. En la medida en que la comunicación de la información médica sobre las características del plan diagnóstico y terapéutico ofrecido sean comprendidas por el paciente, se reforzará proporcionalmente el vínculo y disminuirán las posibilidades de reclamo por la atención brindada.

Para una buena práctica diagnóstica es condición sine qua non asegurar la debida participación del enfermo, quien a través de la confianza depositada en la relación influye decisivamente en la forma y el contenido del diagnóstico. Esa particular actitud del enfermo posibilita que los datos sean confiables y más seguros, los cuales posibilitarán precisión y certeza en la determinación diagnóstica. El diagnóstico, en consecuencia, no debe ser sólo un conocimiento objetivo e impersonal, sino que también debe permitir que el paciente participe protagónicamente en su realización. Ese diagnóstico integral o interpersonal considerar al paciente como persona, tanto con fundamento de orden moral, como además por estrictas necesidades de orden técnico y científico. En el diagnóstico genérico o inicial las consideraciones de cada enfermo sobre su propia dolencia deberán ser necesariamente incorporadas por el médico para mejorar la valoración inicial sobre la existencia real de un estado de enfermedad, de un proceso neurótico o de una auténtica simulación.

Además, el médico tiene que valorar la forma en que cada paciente recibe y toma para sí o no a la enfermedad, cuestión que incidirá no sólo en la determinación diagnóstica, sino también en la eficacia de las indicaciones terapéuticas.

A si las cosas, gran cantidad de reclamos vinculados con la atención médica obedecen a un inapropiado manejo de los aspectos transferenciales y contratransferenciales de la relación médico-paciente.

Circunstancias de afecto equívocas, tanto de parte del paciente hacia el médico (transferencia), como en sentido contrario (contratransferencia), oportunamente no sublimadas, originan relaciones enrarecidas por esos fenómenos, que generarán mala práctica de los profesionales y desconfianza de los pacientes en el saber médico.

En aquellos equipos asistenciales en los que la atención se realiza en situaciones altamente tensionantes, sea por falta de contención institucional, por condiciones laborales deficientes, o por la atención de pacientes con dolencias crónicas, irreversibles o fatales, se han observado situaciones de agobio caracterizadas por la falta de autocuidado y control entre los agentes de salud e incremento de accidentes de trabajo y de diversas situaciones traumáticas; estos procesos se caracterizan como síndrome de desgaste o agotamiento de los equipos de salud.

No es ocioso recordar, que el fin propio de la relación médico-paciente será la búsqueda de la salud del enfermo; existirán fines inmediatos dados por la formulación de un diagnóstico y la prescripción de un tratamiento, pero el fin último estará constituido por la salud. La necesidad de insistir en esa obviedad radica en la exorbitancia operada en los objetivos de la medicina, que se encuentra embriagada por la eficacia de técnicas para modificar la naturaleza humana y ha llegado a pensar que el fin último del médico en cuanto tal puede ser, más allá de la pura salud física, la bondad moral del hombre o la felicidad del ser humano.

Las concepciones individuales y sociales sobre la salud incidirán directamente en la cuestión de la práctica médica y más aun, sobre la base de la noción de salud-enfermedad que tenga una sociedad en un momento dado, y cuando determinada conducta médica conspire contra esa idea predominante de salud, se advertirá un tipo de daño que podrá poner en marcha el mecanismo de reparación judicial por mala práctica médica. De ahí que sea oportuno considerar cómo se produce y qué significado tiene el proceso de salud-enfermedad-atención como fenómeno de construcción social, para evaluar su incidencia en el derecho de daños.

De igual suerte, debe tomarse en cuenta el auge del neocapitalismo, el cual han generado nuevos mercados destinados al consumidor de servicios de salud, generando expectativas vinculadas con la concepción de la salud como un producto, como un bien trocable en términos económicos, como una cosa que está dentro del comercio.

Se observan mecanismos de publicidad y promoción de algunas instituciones que ofrecen servicios de salud con las mismas características subliminales que se utilizan en el diseño publicitario de inducción a la compra de productos de consumo masivo. Esta mercantilización de la medicina deviene directamente de la inversión de la escala de valores y bienes jurídicos tutelados que propone la sociedad hiperconsumista actual, donde la apología de la libertad del mercado ha transformado a la salud en un producto susceptible de ser negociado en términos de oferta y demanda.¹⁵

Es frecuente la aseveración de que detrás de un juicio contra un médico hay en general otro médico. Si bien es inconveniente hacer este tipo de generalizaciones, las más de las veces injustas e improbables, es posible admitir que, en algunos casos, la sugerencia de consulta a un profesional del derecho, ante un daño o lesión originado por una práctica médica, proviene de un profesional de la salud.

Por otro lado, y en relación con lo antes expuesto, es frecuente que algunos pacientes abandonen unilateralmente el tratamiento y seguimiento de determinado profesional y concurren a otro, sin advertir esta situación al primero. Lo mismo acontece en las sucesivas derivaciones de pacientes a distintos centros de atención, sin la participación de médicos tratantes o de cabecera que dirijan efectivamente el tratamiento. Las segundas opiniones, consideradas así cuando el nuevo profesional que interviene no se pone en contacto espontáneamente con aquel que atendió inicialmente al paciente, suscitan sentimientos de recelo del

¹⁵ Ghersi C.A. *Responsabilidad profesional*. Cap. II. Editorial Astrea. Bs. As., 1995, p. 17.

paciente contra aquel profesional, originados, inclusive, a veces de modo explícito por el mismo médico.

Se ha advertido una persistente actitud de corretaje en distintos sectores de las instituciones de salud que estimula subrepticamente a pacientes y/o familiares a iniciar algún tipo de reclamo judicial a los profesionales de la salud o a la institución. Esta actividad se ha visto materializada en numerosas instituciones con la entrega de volantes publicitarios de servicios jurídicos para la asistencia en casos de daño médico.

Por otra parte, en forma manifiesta y no solapada, son cada vez más frecuentes los estudios jurídicos que se promocionan a partir del ofrecimiento de patrocinio en demandas por daño médico (*mal praxis*).

Para algunos sectores hasta tal punto derivó esta tendencia que se ha denunciado una verdadera industria del juicio médico, que apoyándose en momentos de crisis social y económica, genera esperanzas de enriquecimiento a las personas afectadas por un supuesto daño en su salud. Esta explicación resulta insuficiente y sólo toma un aspecto, al que, si bien se reconoce su existencia, no se considera como determinante del incremento de reclamos contra la práctica médica asistencial.

Al estudiar los aspectos causales del incremento de reclamos, con mayor énfasis el deterioro de la relación médico-paciente, se han descrito al mismo tiempo las consecuencias de la generación de daños por la práctica médica.

Más allá de probables deficiencias metodológicas, la contraposición de causas y consecuencias obedece a su profunda interrelación en orden a un proceso de permanente retroalimentación. Si se encuentra en la desconfianza y en la ausencia de un vínculo interpersonal la explicación de la descomposición de la relación médico-paciente, al mismo tiempo esas causas operan como generadoras de nuevos resentimientos y distanciamientos.

Sucintamente se pueden observar algunas consecuencias particulares del malestar generado por el incremento de reclamos por la práctica médico-asistencial.

Por su parte en el sistema global de atención médica, uno de los aspectos importante es la progresiva elevación de los costos de la atención médica, dada la magnitud de medios diagnósticos y de tratamiento solicitados en forma injustificada, como consecuencia del temor, también desmesurado, de muchos profesionales de incurrir en errores diagnósticos o de tratamiento susceptibles de provocar daño. Otro elemento integrador del aumento del costo indirecto de atención está dado por el valor de las primas de seguros de responsabilidad profesional; los especialistas críticos, en cuanto a la posibilidad de ocurrencia del siniestro, que no tienen acceso a un seguro mutualizado con costo reducido, desembolsan cantidades importantes de dinero para contratar un seguro de resguardo patrimonial.¹⁶

Por lo anteriormente señalado, queda claro que en la relación médico-paciente, la consecuencia directa del incremento de los reclamos contra los profesionales de la salud es a su vez causa del deterioro de esta relación, ya que los pacientes, en forma cada vez más explícita, experimentan frente al equipo de salud sentimientos que tienen que ver más con el temor y la inseguridad que con la confianza y comprensión que impondría un adecuado ámbito de cuidado de la salud. Por otra parte, los miembros del equipo de salud ven en el paciente a un potencial enemigo judicial, especialmente si han tenido alguna experiencia de confrontación judicial. El temor que ocasiona verse implicado en un proceso judicial por mal *praxis*, ha generado la llamada medicina defensiva.

¹⁶ *Idem.*

Iatrogenia - iatropatogenia.

La palabra iatrogenia deriva del griego *iatos* (médico) y *genia* (origen). Según el diccionario de la Real Academia Española: *Dícese de toda alteración del estado del paciente producida por el médico*. Hipócrates menciona que el médico al optar por un tratamiento debe considerar evitar daño (*primum non nocere*).

Por definición los médicos están preparados y capacitados para realizar acciones preventivas, curativas y rehabilitatorias en beneficio de los pacientes.

En esos términos, podemos afirmar que la iatrogenia es la consecuencia de la atención médica que sin derivarse de mala práctica, como por ejemplo en los procedimientos invasivos, pueden generar la alteración de una función orgánica o de la homeostasis del organismo.

Por su parte, el término iatropatogenia del griego *iatos* (médico), *patos* (enfermedad) y *genia* (origen), se refiere al daño producido al paciente durante un acto médico en el que existe mala práctica del profesional de la medicina. En efecto, la iatropatogenia es el daño que las acciones médicas (que pueden ser por comisión o por omisión) le causan al enfermo y que por tal motivo el médico debe responder ya sea civil o penalmente.

CAPITULO II

Aspectos civiles relacionados con la prestación de servicios de atención médica.

Sumario: 1. Responsabilidad civil; 2. Bases legales de la responsabilidad civil contractual y extracontractual; 3. Obligaciones de diligencia en la práctica médica; 4. La culpa profesional; 5. El daño (concepto y aspectos doctrinales); 6. Reparación del daño ocasionado por mala práctica en la prestación de servicios de atención médica.

1. Responsabilidad civil.

Las responsabilidades a las cuales se encuentra sujeto el médico en caso de incumplimiento de sus deberes y obligaciones, son provenientes de los ordenamientos legales en materia civil. Las consecuencias, por lo regular son económicas; no incluyen privación de la libertad ni suspensión en el ejercicio de la profesión, como las sanciones complementarias de otras leyes y códigos. Sin embargo, debe tenerse en consideración que la obligación civil puede ser también consecuencia legal de otros actos ilícitos sancionados con otro tipo de penas, ya sea prisión o suspensión para ejercer la profesión.

La responsabilidad civil, se define como la obligación de responder ante los demás, por actos propios o de quienes se encuentran a nuestro servicio; es decir, la obligación de resarcir en daños y perjuicios, ocasionados con nuestro actuar o de nuestros subordinados, por incumplimiento de una obligación¹⁷.

Al respecto, el artículo 1910 del Código Civil Federal, dispone que el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Se entiende por hecho ilícito la conducta violatoria del deber jurídico, que causa daño. La conducta del responsable, es indebida porque ha violado directamente ese deber impuesto por el ordenamiento (responsabilidad extracontractual) o porque esa violación se ha

¹⁷ Pérez de Leal, *op cit.*, nota 3, p. 102.

producido en manera directa, faltando al cumplimiento de una obligación concreta, previamente contraída (responsabilidad contractual).

En ambos casos la conducta es igualmente ilícita y además, si con ella se ha causado daño, el responsable está obligado a repararlo y a indemnizar de los perjuicios a quien los resiente.

La responsabilidad civil requiere de la concurrencia de los siguientes elementos:

- Hecho ilícito;
- Existencia de daño; y
- Nexo de causalidad entre el hecho y el daño.

El concepto de acto ilícito significa que sea ha realizado una conducta dolosa o culposa; es decir, que el agente ha obrado con la intención de causar daño o éste se ha producido por negligencia, inadvertencia, falta de atención o de cuidado, o impericia, según el caso.

A mayor abundamiento, la ilicitud de la conducta, es el dato característico de la responsabilidad civil, se refiere al daño causado sin justificación alguna, es decir, violando los principios del orden y la justicia en los que se encuentra sustenta la convivencia social. Al efecto, el artículo 1830 del Código Civil Federal, postula el concepto de ilicitud, declarando: *Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.*

Para que proceda la reparación del daño, se requiere la prueba en la que el demandado ha obrado ilícitamente, sin derecho, por dolo o culpa.¹⁸

El daño causado por caso fortuito o fuerza mayor (acontecimiento extraño; constreñimiento de carácter físico de procedencia natural o metahumana, que impide al sujeto que la recibe conducir su voluntad con relación al resultado que se produce, y aun cuando puede preverse, no es factible superarse o vencerse), que excluye la culpa, no dará lugar a

¹⁸ *Idem.*

responsabilidad pues no ha podido ser previsto, o bien, por que habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado.

En esos términos, para que el juzgador pueda determinar la causa que produjo el daño y si aquella es imputable al demandado, debe analizar la relación de causalidad, es decir, las consecuencias de derecho que se producen cuando alguien ha sufrido un daño.

En el campo de la responsabilidad civil, el nexo de causalidad cumple una doble función: por un lado, permite determinar con rigor científico, a quien debe atribuirse un resultado dañoso y por el otro, brinda los parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento, mediante un régimen predeterminado de imputación de consecuencias.

La relación de causalidad siempre necesita ser alegada y probada por quien reclama el daño, sin perjuicio de que en determinados supuestos aparezca como situación notoria. Para acreditar el nexo causal, son válidos todos los medios aceptados por la ley y una vez comprobada la relación causa-efecto entre el hecho y el daño, el demandado no se puede liberar de la responsabilidad objetiva derivada del riesgo de la acción, máxime que ha quedado probado que la mal *praxis* observada fue la causa que originó el daño.

En el acto médico existe causalidad entre el hecho generador y el resultado dañoso cuando entre ambos medie un actuar del facultativo que implique inobservancia de los deberes de atención y cuidados imputables a título de culpa por acción u omisión. En ese sentido, para que se comprometa la responsabilidad civil del médico, es necesario acreditar la relación de causalidad entre el hecho imputado y el daño atribuido.

Por otra parte, es menester señalar que siendo la obligación médica un deber de medios, esta relación de causalidad se verá desvirtuada cuando el profesional haya observado la conducta debida e igualmente sobrevengan consecuencias extrañas a su obrar, o bien, imprevisibles o inevitables. En esta última hipótesis

estará a cargo del profesional acreditar la ruptura del nexo causal para liberarse de responder.

Merced a lo antes expuesto, la existencia del nexo causal entre acto médico y daño experimentado por la víctima acarreará la responsabilidad del profesional, que se traducirá en la reparación de contenido económico o indemnización por daños y perjuicios.

Responsabilidad objetiva.

La responsabilidad objetiva¹⁹, surgió derivada de la teoría del *riesgo creado*, postulada por Saleilles y Josserand a fines del siglo XIX; ésta, amplió el ámbito de la responsabilidad civil, al aplicarla no sólo a casos en los que se causa daño como consecuencia de hechos culposos o realizados con imprudencia, sino también a todo aquel en el que el autor del daño obró lícitamente. Así se fundó la responsabilidad fuera de toda culpa, por el sólo hecho de causar el daño, surgiendo la idea de responsabilidad objetiva por basarse en un hecho material, el causar el daño independientemente de todo elemento subjetivo, pudiendo ser por culpa (conducta antijurídica).

Para fundar la responsabilidad objetiva se requiere, únicamente, que el daño se cause por haber creado el autor un riesgo a través del empleo de aparatos o substancias que son peligrosos en sí mismos, a pesar de que se hayan utilizado con las precauciones necesarias y se haya causado daño. Lo anterior, originó la sustitución de la idea de culpa por la del riesgo que origina la responsabilidad.

A mayor abundamiento, se sostuvo que todo el que cause un daño, por ser el autor responsable por sus propios actos, debe indemnizar al perjudicado, debe soportar el riesgo haya o no culpa, en virtud de que quien realizó el hecho de alguna manera se beneficia y por ello, su patrimonio debe sufrir la disminución equivalente a la indemnización que debe recibir el perjudicado; en ese caso el

¹⁹ Nespeca, Alfredo, *Mala praxis, manual de información para el médico*, Editorial Córdoba, Argentina, 2000, p. 312.

perjudicado sólo tendrá que demostrar el hecho, el daño y la relación de causa efecto entre uno y otro.

En esos términos, el riesgo creado se convierte en el fundamento de la responsabilidad, sin necesidad del análisis de elementos subjetivos. Lo anterior, encuentra su fundamento legal en el artículo 1913 del Código Civil Federal, el cual señala: *Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente.*

Sin perjuicio de lo anterior, si bien es cierto, que es criticable la ubicación del citado artículo en que se funda la responsabilidad objetiva, por encontrarse en el capítulo que se titula *“De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos”*, puesto que dicha responsabilidad presupone la no existencia de culpa, también es cierto, que la teoría del riesgo creado, ha sido sostenida por juristas y legisladores para resolver controversias en las que no existió culpa, pero si existió daño.

A mayor abundamiento, es de tomarse en cuenta lo establecido en la tesis aislada que se glosa a continuación:

RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. ANESTESIA, DEBE CONSIDERARSE COMO SUSTANCIA PELIGROSA PARA EL CASO DE.

Si se toma en cuenta que dentro de la descripción que realiza el artículo 1913 del Código Civil, la peligrosidad de las cosas no sólo depende de su naturaleza o características inseparables que les son propias, sino también por la velocidad que desarrollan, por la corriente que conduzcan, por su naturaleza explosiva o inflamable o por otras causas semejantes, de manera que la peligrosidad de las sustancias a que alude el artículo citado, es en razón de la naturaleza funcional de la cosa y no la cosa independientemente de su función; por tanto, la peligrosidad depende la función que cumpla o del fin que realice. Entonces, la anestesia es peligrosa en razón de los efectos que produce, consistentes en la disminución de las funciones vitales, incidiendo medularmente en el sistema cardiovascular, respiratorio y cerebral, pudiendo producir, en algunos casos por sus efectos adversos, hipoxia (falta de oxigenación), por lo que la

sustancia denominada anestesia al producir efectos depresores intensos del sistema nervioso central, es de considerarse peligrosa por el riesgo que origina su funcionamiento.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Novena Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Parte: II, Noviembre de 1995

Tesis: I.1°.C.11 C

Página: 594

Precedentes

Amparo directo 137/95. Hospital Infantil Privado, S.A. de C.V. 22 de agosto de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Wilfrido Castañón León. Secretaria: Xóchitl Yolanda Burguete López.

2. Bases legales de la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

La responsabilidad civil contractual²⁰, resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato, sea verbal o escrito. El contrato es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y derechos; se requiere el consentimiento y un objeto (fin), que pueda ser materia del contrato. El consentimiento es aceptar o aprobar, los hechos o actos materia del contrato y puede ser expreso o tácito. Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos. Por su parte, el tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente (artículo 1803 del Código Civil Federal).

Por cuanto hace, al objeto o fin, éste se define como lo que se tiene que dar, hacer o dejar de hacer, siendo esto posible (cuando es factible su realización) y lícito (conforme a las leyes del orden público y las buenas costumbres).

²⁰ Dobler López, Irving F., *La responsabilidad en el ejercicio médico*. Editorial El Manual Moderno, México, 2002, pp. 115-121.

A mayor abundamiento, los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes. Obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias de la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta (artículo 1832 Código Civil Federal).

En ese sentido, la mayor parte del ejercicio profesional de la medicina, al prestarse en instituciones de salud (públicas y privadas), así como en consultorios, da origen a una obligación que nace de un consentimiento tácito, el cual tiene la misma validez jurídica, sin que requiera documento por escrito. Lo anterior, encuentra su fundamento legal en lo establecido en el artículo 1796 del Código Civil Federal, el cual señala: *Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deban revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo 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.*

Así las cosas, este contrato civil posee como caracteres distintivos los siguientes²¹:

- Es *intuitu personae*, pues el grado de confianza que por norma deposita el paciente en el profesional que escoge, lo es con fundamento en sus cualidades personales, todo ello sin perjuicio del derecho-deber que posee el facultativo de realizar interconsultas o derivaciones cuando a criterio médico el estado de salud del paciente así lo aconseje.
- Es bilateral, en razón de que del vínculo nacerán obligaciones para ambas partes (artículo 1836 Código Civil Federal). El paciente, por una parte, tiene la carga de participar en el autocuidado de su salud, asistiendo puntualmente a consulta y cumpliendo el tratamiento; así mismo tiene la obligación de pagar los honorarios que la atención médica devengue (artículo 2613 del Código Civil Federal: *Los profesores tienen derecho de exigir sus honorarios, cualquiera que sea el éxito del negocio o trabajo que se les encomiende...*); por la otra, el facultativo, se compromete a asistir al paciente con la

²¹ Salvat, Raymundo, *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1995, p. 257.

prudencia diligencia y pericia que las reglas de la ciencia le indiquen (artículo 9° del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica).

- Es consensual, en función de que la manifestación de voluntad podrá ser verbal o escrita, y quedará perfeccionado cuando las partes manifiesten recíprocamente su consentimiento.
- Es oneroso, pues se estipulan provechos y gravámenes recíprocos (artículo 1837 Código Civil Federal). Ejemplo de lo anterior, está en los compromisos derivados de las aportaciones en la seguridad social o en cuotas de recuperación de las instituciones públicas, entendidas estas últimas como contribuciones de naturaleza fiscal recaudadas por los establecimientos públicos de atención médica, a título de contraprestación por los servicios a población abierta. Tales contribuciones se fundan en principios de solidaridad social, guardarán relación con los ingresos de los usuarios y deberá eximirse de cobro al usuario carente de recursos para cubrirlas (artículo 36 de la Ley General de Salud). En este último supuesto, el contrato se considerará a título gratuito, pues el provecho es solamente de una de las partes.
- Es conmutativo, porque las pretensiones que a cada parte competen son ciertas y se encuentran preestablecidas, de tal suerte que las partes pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que se les cause (artículo 1838 Código Civil Federal).
- Es de *tracto sucesivo*, pues las prestaciones generalmente se continúan en el tiempo, principiándose con la consulta inicial.

En ese sentido, la responsabilidad civil contractual, insistimos, resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato y el alcance del resarcimiento se estará a lo establecido en el artículo 1910 del multicitado Código Civil Federal, el cual, a la letra señala: *El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que*

demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Lo anterior, establece que la indemnización de daños y perjuicios, se impone a cuantos en el cumplimiento de sus obligaciones incurren en negligencia, impericia, dolo o morosidad (cumplimiento diferido por decisión unilateral del obligado); y, además, a cuantos contravengan el tenor de las mismas, cuyo límite se halla, claro ésta, en la pasividad si consiste en las de dar o hacer, y en la actividad contraria a la prohibición si se trata de una obligación de no hacer.

En esos términos, quien exige la responsabilidad civil contractual ha de probar la existencia de la relación obligatoria y el cumplimiento de lo debido, mientras al obligado corresponde alegar la justa causa de liberación.

Así las cosas, dentro del contrato médico, al igual que sus similares que participan de la característica de la bilateralidad, emergen deberes tanto para el profesional como para el paciente, cuya valoración traerá aparejada determinadas consecuencias jurídicas.

El médico como individuo en lo particular, es sujeto de derechos y obligaciones como cualquier otro que forme parte de una misma comunidad; empero, al ejercer su profesión e interactuar con otros individuos, especialmente con sus pacientes o sus empleadores, se generan una serie de derechos y obligaciones que es necesario particularizar (a cada derecho corresponde una obligación)²².

En ese sentido, es claro que no puede dejar de observarse la relación bilateral que surge entre quien recibe y quien brinda el acto médico, así como las circunstancias del entorno. Un sistema jurídico que sólo generara obligaciones para una de las partes sería no sólo injusto e inequitativo, sino, más aun, atentaría contra su propia prevalencia; de tal suerte, que al hacer explícitos los derechos y

²² *Idem*, p. 263.

obligaciones de las partes integrantes del binomio médico-paciente, debe buscarse necesariamente que guarden congruencia y proporcionalidad con dicha finalidad.

En ese sentido, a partir del decálogo que conforma la Carta de los Derechos Generales de los Médicos y los Pacientes, se han identificado igual número de obligaciones a cargo de los mismos; es decir, quedan explícitos una serie de principios básicos en que se sustenta la práctica médica, reflejados en el ejercicio irrestricto de la libertad profesional para quienes brindan y reciben servicios de atención médica en los sectores público, social y privado, que más que juicios de valor, constituyen prerrogativas contempladas en ordenamientos de carácter internacional y nacional.²³

A este cúmulo de derechos y deberes lo podríamos ordenar del siguiente modo:

- a) Derechos de los pacientes.
 - Recibir atención médica adecuada. El paciente tiene derecho a que la atención médica se le otorgue por personal preparado de acuerdo a las necesidades de su estado de salud y a las circunstancias en que se brinda la atención; así como a ser informado cuando requiera referencia a otro médico.²⁴
 - Recibir trato digno y respetuoso. El paciente tiene derecho a que el médico, la enfermera y el personal que le brinden atención médica, se identifiquen y le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera que sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes.²⁵

²³ Carrillo Fabela, Luz María, *op cit.*, nota 10, pp. 184-186.

²⁴ Ley General de Salud Artículos 51 y 89. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica. Artículos 21 y 48.

²⁵ Ley General de Salud Artículos 51 y 83. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica. Artículos 25 y 48.

- Recibir información suficiente, clara, oportuna, y veraz. El paciente, o en su caso el responsable, tienen derecho a que el médico tratante les brinde información completa sobre el diagnóstico, pronóstico y tratamiento; se exprese siempre en forma clara y comprensible; se brinde con oportunidad con el fin de favorecer el conocimiento pleno del estado de salud del paciente y sea siempre veraz, ajustada a la realidad.²⁶
- Decidir libremente sobre su atención. El paciente, o en su caso el responsable, tienen derecho a decidir con libertad, de manera personal y sin ninguna forma de presión, aceptar o rechazar cada procedimiento diagnóstico o terapéutico ofrecido, así como el uso de medidas extraordinarias de supervivencia en paciente terminales.²⁷
- Otorgar o no su consentimiento validamente informado. El paciente, o en su caso el responsable, en los supuestos que así lo señale la normativa, tiene derecho a expresar su consentimiento, siempre por escrito, cuando acepte sujetarse con fines de diagnóstico o terapéuticos, a procedimientos que impliquen un riesgo, para lo cual deberá ser informado en forma amplia y completa en qué consisten, de los beneficios que se esperan, así como de las complicaciones o eventos negativos que pudiera presentarse a consecuencia del acto médico. Lo anterior incluye las situaciones en las cuales el paciente decida participar en estudios de investigación o en el caso de donación de órganos.²⁸
- Ser tratado con confidencialidad. La o el paciente tiene derecho a que toda la información que exprese a su médico, se maneje con estricta confidencialidad y no se divulgue más que con la autorización expresa

²⁶ Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica. Artículos 29 y 30. NOM-168SSA1-1998, del Expediente Clínico. Numeral 5.5.

²⁷ Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica. Artículo 80. NOM-168SSA1-1998, del Expediente Clínico. Numeral 4.2 y 10.1.1. Anteproyecto del Código – Guía Bioética de Conducta Profesional de la SSA, Artículo 4, fracción 4.3. "Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente" del 9 de enero de 1995, apartado C del punto número 10.

²⁸ Ley General de Salud. Artículos 100 Fracc. IV 320 y 321. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios médicos. Artículos 80 y 81. NOM-168-SSA1-1998, del Expediente Clínico. Numerales 4.2 y 10.1.1

de parte, incluso la que derive de un estudio de investigación al cual se haya sujetado de manera voluntaria; lo cual no limita la obligación del médico de informar a la autoridad en los casos previstos por la ley.²⁹

- Contar con facilidades para obtener una segunda opinión. El paciente tiene derecho a recibir por escrito la información necesaria para obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud.³⁰
- Recibir atención médica en caso de urgencia. Cuando está en peligro la vida, un órgano o una función, el paciente tiene derecho a recibir atención de urgencia por un médico, en cualquier establecimiento de salud, sea público o privado, con el pronóstico de estabilizar sus condiciones.³¹
- Contar con un expediente clínico. El paciente tiene derecho a que el conjunto de los datos relacionados con la atención médica que reciba sean asentados en forma veraz, clara, precisa, legible y completa en un expediente que deberá cumplir con la normativa aplicable y cuando lo solicite, obtener por escrito un resumen clínico veraz de acuerdo al fin requerido.³²
- Ser atendido cuando se inconforme por la atención médica recibida. El paciente tiene derecho a ser escuchado y recibir respuesta por la instancia correspondiente, cuando se inconforme por la atención médica recibida de servidores públicos o privados. Así mismo, tiene derecho a

²⁹ NOM-168SSA1-1998, del Expediente Clínico. Numeral 5.6. Ley Reglamentaria del Artículo 5° Constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal. Artículo 36. Ley General de Salud. Artículo 136, 137 y 138. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica. Artículos 19 y 35.

³⁰ Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica. Artículos 29 y 30. NOM-168-SSA-1-1998, del Expediente Clínico. Numerales 4.9 y 5.5.

³¹ Ley General de Salud. Artículo 55. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica. Artículos 71 y 73.

³² Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica. Artículo 32. NOM-168-SSA1-1998, del Expediente Clínico.

disponer de vías alternas a las judiciales, para tratar de resolver un conflicto con el personal de salud.³³

b) Deberes a cargo de los pacientes.

- Información. Es deber a cargo del paciente el de informar verazmente al médico al que concurra en consulta, en función de su papel de protagonista y colaborador en la relación. Este deber se corresponde con el derecho a obtener información que le asiste al profesional y se verá reflejado fundamentalmente en el interrogatorio previo necesario para arribar a una correcta orientación de diagnóstico y tratamiento.
- Colaboración. El paciente debe colaborar con el médico continuando con las consultas y el tratamiento, y realizándose los estudios adecuados.
- Observar el tratamiento. El paciente tiene el deber de someterse disciplinariamente a observar el tratamiento que su médico le indique. El enfermo que interrumpe un tratamiento y se confía a otro profesional o a otro servicio médico puede excluir de responsabilidad a quien inicialmente lo atendió según sea el caso.

El paciente en principio libera de responsabilidad a su médico cuando abandona el tratamiento y a raíz de ello sufre un agravamiento de su enfermedad; sin embargo, esta regla no es absoluta puesto que cuando existe una causa justificada, bien podrá hacerlo sin liberar por ello a su anterior médico tratante de las secuelas dañosas imputadas.

Debe quedar en claro que en los supuestos de causa justificada, prueba ésta a cargo de la víctima, no podrá obligarse al paciente a continuar con un profesional determinado, pues sería obligar al paciente a continuar con un médico a quien a dejado de tener confianza justificadamente, dado el resultado adverso en la atención.

³³ Ley General de Salud. Artículo 54. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica. Artículo 19, 51 y 52. Decreto de Creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico. Artículos 2, 3, 4 y 13.

- Pago de honorarios. El paciente tiene la obligación de pagar los honorarios que se generen por la atención médica recibida. Este deber se corresponde con el derecho del médico a percibir remuneración por los servicios prestados. Lo anterior, de acuerdo a la relación contractual de las partes.³⁴

Por su parte, los derechos y obligaciones del personal de la salud son:

a) Derechos del personal de la salud.

- Ejercer la profesión en forma libre y sin presiones de cualquier naturaleza. El médico tiene derecho a que se respete su juicio clínico (diagnóstico terapéutico) y su libertad prescriptiva (facultad del médico para elegir el tratamiento que a su leal saber y entender estime pertinente para la atención de los pacientes, siempre y cuando se apegue a lo establecido en la *lex artis* médica), así como su probable decisión de declinar la atención de algún paciente, siempre que tales aspectos se sustenten sobre bases éticas, científicas y normativas.³⁵
- Laborar en instalaciones y seguras que garanticen su práctica profesional. El médico tiene derecho a contar con lugares de trabajo e instalaciones con medidas de seguridad e higiene, incluidas las que marca la ley, de conformidad con las características del servicio a otorgar.³⁶
- Tener a su disposición los recursos que requiere su práctica profesional. Es un derecho del médico recibir del establecimiento donde presta su

³⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículo 5º. Ley Federal del Trabajo; artículo 56, 82, 83 y 85 Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones; artículos 24, 31 y 32. Código Civil Federal; artículos 2606 y 2613.

³⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 5. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica; artículo 9.

³⁶ Ley Federal de Trabajo; artículo 51, fracción VII. Ley General de Salud; artículo 166. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica; artículo 19, fracción II.

servicio: personal idóneo, así como equipo, instrumentos e insumos necesarios, de acuerdo con el servicio a otorgar.³⁷

- Abstenerse de garantizar resultados en la atención médica. El médico tiene derecho a no emitir juicios concluyentes sobre los resultados esperados de la atención médica.³⁸
- Recibir trato respetuoso por parte de los pacientes y sus familiares, así como del personal relacionado con su trabajo profesional. El médico tiene derecho a recibir del paciente y sus familiares trato respetuoso, así como información completa, veraz y oportuna relacionada con el estado de salud.³⁹
- Tener acceso a educación médica continua y ser considerado en igualdad de oportunidades para su desarrollo profesional. El médico tiene derecho a que se le facilite el acceso a la educación médica continua y a ser considerado en igualdad de oportunidades para su desarrollo profesional, con el propósito de mantenerse actualizado.⁴⁰
- Tener acceso a actividades de investigación y docencia en el campo de su profesión. El médico tiene derecho a participar en actividades de investigación y enseñanza como parte de su desarrollo profesional.⁴¹
- Asociarse para promover sus intereses profesionales. El médico tiene derecho a asociarse en organizaciones, asociaciones y colegios para su desarrollo profesional, con el fin de promover la superación de sus miembros y vigilar el ejercicio profesional, de conformidad con lo establecido en la ley.⁴²

³⁷ Ley Federal de Trabajo; artículo 132, fracción III. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica; artículos 21 y 26.

³⁸ Ley General de Salud; artículos 23, 32 y 33, fracciones I, II y III. Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones; artículo 33. Código Civil Federal; artículos 1828 y 2613.

³⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 1º.

⁴⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículo 1º, párrafo tercero. Ley General de Salud; artículos 89 y 90. Ley Federal del Trabajo, De la Capacitación y Adiestramiento de los Trabajadores; artículos 153-A, 153-B y 153-F.

⁴¹ Ley General de Salud; artículo 90 fracción IV. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica; artículos 6 y 17, fracción VI.

⁴² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículo 9º. Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones; artículo 40. Ley General de Salud; artículo 49. Código Civil Federal; artículo 2670.

- Salvaguardar su prestigio profesional. El médico tiene derecho a la defensa de su prestigio profesional y a que la información sobre el curso de una probable controversia, se trata con privacidad, y en su caso a pretender el resarcimiento del daño que se le cause, atendiendo al principio de legalidad y garantía de audiencia.⁴³
- Percibir remuneración por los servicios prestados. Como principio general debe quedar claro que ninguna labor se presume gratuita. Tomando en cuenta que ambas partes se benefician con la contraprestación de la otra y que el servicio que brinda el facultativo es el propio de su modo de vida, asistiéndole el derecho de percibir honorarios por la asistencia prestada al enfermo. Lo anterior, de acuerdo a su condición laboral, contractual o a lo pactado con el paciente.⁴⁴

b) Deberes a cargo del personal de la salud.⁴⁵

1. Cumplimiento de la prestación a su cargo. La actividad profesional requerida o contratada por el paciente deberá ser satisfecha en tiempo y forma, conforme a los principios generales que regulan la materia contractual y a los específicos de la actividad destinada a regir. La atención médica deberá ser brindada al enfermo en el momento oportuno y con la diligencia y pericia que las circunstancias de las personas y de lugar así lo determinen. Es cierto que la dimensión de la urgencia y de la premura difieren según el criterio del médico (libertad prescriptiva); en base a ello para determinar si hubo retardo en el cumplimiento de la prestación profesional, deberá estarse a las circunstancias especiales que rodean cada caso en particular.

⁴³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículos 14 segundo párrafo, 16 y 17. Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones; artículos 34 y 35.

⁴⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículo 5º. Ley Federal del Trabajo; artículo 56, 82, 83 y 85 Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones; artículos 24, 31 y 32. Código Civil Federal; artículos 2606 y 2613.

⁴⁵ Del Pilar Hernández, María, *Derechos del Personal de la Salud*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 6-11.

2. Deber de obtener autorización. La autorización del paciente para los procedimientos que se le vayan a realizar, deberá ser requerida en forma expresa y en lo posible en todos los supuestos de cirugías, sean éstas mayores o menores, a excepción que el cirujano se encuentre ante hipótesis de urgencias, en las que sería válido considerar la existencia de consentimiento tácito del enfermo, dirigido a ser asistido e intervenido quirúrgicamente. Lo anterior, en términos de lo dispuesto por los artículos 80, 81, 82 y 83 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica. En los supuestos de incapaces de hecho o de derecho la autorización deberá requerirse a la persona a cargo de la asistencia y cuidado del paciente. A mayor abundamiento, el consentimiento bajo información, se clasifica en:

- Consentimiento tácito.- Se presenta cuando el facultativo ante determinadas circunstancias que rodean al acto médico, se encuentra en la disyuntiva entre un acto médico inconsulto y su obligación de actuar o deber jurídico de obrar en forma eminente; conflicto en el cual, en un extremo se ubican el respeto de los derechos personalísimos del paciente (integridad psico-física, salud, vida) y en el otro se posiciona la responsabilidad del profesional, tanto civil como penal, que su conducta negligente u omisiva puede implicar.

En ese sentido, no se puede descoser la existencia de situaciones en las que el facultativo debe decidir supliendo la voluntad del paciente, sin dilaciones. Al respecto es necesario mencionar, que el hombre por naturaleza lucha por su conservación y por tanto nada haría suponer que en circunstancias extremas se negaría a autorizar ese proceder del médico.

Cabe mencionar que en pacientes en estado de demencia permanente o incapacidad, el médico deberá actuar

presuponiendo el consentimiento del representante legal. En rigor no son tan habituales los supuestos en los cuales el facultativo actúa presuponiendo el consentimiento del paciente o del representante legal, pero si es frecuente que suceda en la atención de personas víctimas de accidentes, asistidas en estado de inconsciencia, urgencias diversas, shock, así como también, cuando durante el desarrollo del acto quirúrgico al cirujano se le presentan complicaciones no sospechadas con anterioridad y debe ser extensiva la cirugía más haya de lo informado y consentido, por así aconsejarlo el estado de los órganos.

- Consentimiento expreso.- La regla general es que al ingreso, los actos médicos de naturaleza quirúrgica, y en general, los de alto riesgo requieren del consentimiento escrito del paciente (mayor de edad) o de su representante legal.

Cuando los actos de atención médica se refieran a la disposición de órganos y tejidos para trasplante, son necesarias dos cartas de consentimiento bajo información, una por parte del disponente originario y la otra por parte del receptor (en su caso el representante legal).

- Consentimiento impuesto.- Cuando se hace referencia al consentimiento impuesto, se engloban aquellas situaciones en que el orden público está por sobre el interés individual, en función de que es la ley, la que impone una determinada conducta positiva a obrar en forma obligatoria, tornándose irrelevante la voluntad del sujeto. Dentro de estos supuestos se ubican los tratamientos sanitarios obligatorios, estando también abarcados la vacunación, certificado prenupcial, así como la hospitalización forzosa de pacientes con enfermedades venéricas que se rehúsen a recibir tratamiento.

La obligatoriedad en el acatamiento y la imposición del consentimiento, encuentra fundamento en el peligro que podría

crearse tanto para el afectado como para la comunidad, dándose así el cumplimiento de un deber general.

3. Deber de informar y advertir. El médico debe ilustrar al paciente en lenguaje claro y adecuado a su nivel cultural a cerca del carácter de su afección y pronóstico esperado; en el supuesto de que el profesional considere que la información no es oportuna para la evolución de la enfermedad del asistido, hará conocer a la persona a cargo del cuidado del paciente sobre la verdadera dimensión del estado de salud del enfermo.
4. Deber de respetar la voluntad del paciente. En principio, la voluntad del paciente debe ser siempre respetada, salvo que tal determinación redunde en perjuicio grave para su estado de salud.
5. Deber de secreto profesional. El médico debe abstenerse de divulgar un secreto que pueda causar daño, o bien, revelarlo sin justa causa, pues el paciente tiene derecho a la intimidad; es decir, que no se realicen intromisiones necesarias en su ámbito de privacidad.
6. Deber de denunciar delitos. No se viola el secreto profesional al denunciar los delitos de los que se tenga conocimiento en ejercicio de su profesión.
7. Deber de integrar el expediente clínico. El facultativo está obligado a integrar el expediente en forma ordenada y detallando todos los datos y antecedentes del paciente, en el deberán constar la historia clínica, anamnesis, indicación y agregación de estudios complementarios, el diagnóstico, tratamiento o terapia a indicar y la evolución que vaya experimentando el asistido, hojas de enfermería, en caso de cirugía protocolo quirúrgico y anestésico, en términos a lo establecido en la Norma Oficial Mexicana 168-SSA1 del expediente clínico.

Ahora bien, por cuanto hace a la responsabilidad civil extracontractual, ésta se establece como causa de las obligaciones nacidas de delito o cuasidelito. En ciertas condiciones, el autor del daño está obligado a repararlo; su responsabilidad es una responsabilidad delictual cuando ha causado intencionalmente el daño y es casidelictual cuando no ha querido el daño. En materia civil, el concepto de delito reviste características muy distintas a las consideradas en el derecho penal.

En efecto, los artículos 1910 y 1915 del Código Civil Federal, señalan:

Artículo 1910.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Artículo 1915.- La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios. Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima.

En ese sentido, el grado de reparación es la determinación que debe realizar quien tenga la función de delimitar el tipo de afectación sufrido por la persona; es decir, si la situación actual en la que se encuentra el ofendido se trata de un caso de muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, y si esta situación es consecuencia directa de los actos realizados por la persona a la cual se le están atribuyendo los daños sufridos.

A mayor abundamiento, en la responsabilidad extracontractual el criterio de la relación de causalidad ha ido evolucionando del criterio antiguo subjetivo (de auténtica responsabilidad por culpa) al moderno sistema objetivo, aun sin culpa, sin más

que el hecho de ser autor del daño o perjuicio. Es decir, el nexo de referencia precisa la concurrencia de ciertos elementos, a saber, el daño causado, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Estructuralmente, debe mediar un vínculo causal entre la conducta (antijurídica y culpable) y el daño. De manera que, frente a la verificación de un comportamiento ilícito (doloso o culposo) atribuible a un sujeto (responsabilidad subjetiva), causante del daño, surge la obligación de repararlo.

En esos términos, puede definirse la responsabilidad extracontractual como la que nace de un daño producido a otra persona, ya sea por la acción u omisión negligente o imperita de un acto; es decir, es la existencia de relación de causalidad entre el actuar médico y el daño producido al paciente, el cual genera la obligación de indemnizar.

3. Obligaciones de diligencia en la práctica médica.

Atendiendo a la legislación sanitaria, podemos caracterizar las obligaciones del personal de salud en tres grandes grupos:

- Obligaciones de medios.
- Obligaciones de seguridad.
- Obligaciones de resultados.

Las primeras, sin duda las de mayor importancia en relación a la atención médica y que siempre son exigibles al personal de salud. La doctrina y la legislación han coincidido en afirmar que la obligación de los médicos debe ser conceptuada como principio general dentro de la tipología que René Demogue denomina *obligaciones de medios* (adopción de medios ordinarios de diagnóstico y tratamiento).

En las obligaciones de medios el deudor no se compromete a un resultado, sino a poner de su parte los medios conducentes para que el acreedor pueda obtener un fin determinado, el cual, sin embargo, no fue asegurado por el deudor. Es decir, el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia para recuperar su salud, pero sin garantizar nada.

Es importante señalar, que el incumplimiento de las obligaciones de medios no sólo puede ser atribuible al personal de salud, frecuentemente es atribuible al personal directivo, y administrativo de los establecimientos (encargados de suministros, responsables, entre otros) y por su puesto que también lo es al establecimiento mismo, en tanto persona moral⁴⁶.

A mayor abundamiento, las personas morales responden directamente por los daños que causen sus representantes en ejercicio de sus funciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1918 del Código Civil Federal, el cual, señala: *Las personas morales son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones.* Esta responsabilidad es consecuencia de que el representante obra en nombre y por su cuenta de la persona por quien actúa (artículo 27 del Código Civil Federal).

En esos términos, para el análisis de un caso por responsabilidad civil médica, ha de atenderse a los elementos objetivos del acto médico, y esto se reduce a la valoración de la idoneidad de los medios empleados, esto es, al análisis de los procedimientos instaurados en la atención médica reclamada.

En la especie, el artículo 34 de la Ley de Profesiones para el Distrito Federal ordena, respecto de la valoración del acto médico, que es obligatorio analizar, en cada caso concreto:

⁴⁶ CasaMadrid Mata, Octavio R., *La atención médica y el derecho sanitario*. Ediciones JGH, México, 1999, p. 11.

- Si se procedió correctamente atendiendo a los principios científicos y técnica aplicables al caso y generalmente aceptados dentro de la profesión médica.
- Si dispuso de los instrumentos, materiales y recursos de otro orden que debieron emplearse, atendidas las circunstancias del caso, y el medio en que se prestó el servicio.
- Si en el curso del servicio prestado se tomaron todas las medidas indicadas para obtener éxito.
- Si se dedicó el tiempo necesario para desempeñar correctamente el servicio médico.
- Cualquier otra circunstancia que en el caso especial pudiera haber influido en la deficiencia o fracaso del servicio prestado.

Es por tanto imprescindible enfatizar, que la ley obligaba al facultativo a adoptar las medidas necesarias para alcanzar el objetivo planteado en términos de la literatura médica; es decir con arreglo a la *lex artis* (conjunto de procedimientos, de técnicas y de reglas generales de la profesión), mas no a obtener el objetivo, esto es un criterio universalmente aceptado en el derecho sanitario.

Así, tanto la legislación como la doctrina, coinciden en que las obligaciones de medios o diligencia vinculan, no la promesa de un resultado, sino la exigibilidad de atención médica como tal.

El paciente espera el resultado y podrá obtenerlo pero no exigirlo, aunque sí puede exigir (según reconoce la legislación) que la atención médica sea prestada con pericia y diligencia. En las obligaciones de medios como el deudor no puede prometer un resultado, será responsable cuando obró sin la pericia, diligencia o el cuidado que la naturaleza de la obligación exigen tener (según ordena la legislación en vigor).

De igual suerte, y con arreglo a lo previsto en el artículo 51 de la Ley General de Salud, el paciente puede exigir que los medios empleados sean los idóneos, en términos de la *lex artis* médica.

En igual sentido, puede exigir el apego del facultativo a los principios éticos de la práctica médica (el conjunto de reglas bioéticas y deontológicas universalmente aceptadas para la atención médica).

En esos términos, la apreciación subjetiva del paciente (que siempre ha de entenderse como la aspiración de recobrar la salud) sólo es un parámetro que sirve para establecer sus necesidades y cualificar su afección, no para calificar la obligatoriedad del resultado y debe contrastarse con las posibilidades científicamente demostradas.

Al efecto, es importante hacer notar que ninguna libertad es ilimitada y tratándose de la libertad prescriptiva sólo pueden emplearse medios aceptados en la *lex artis* médica, para el padecimiento específico. Es decir, los medios, técnicas y procedimientos deben ser aceptados para la atención del padecimiento, de otra suerte, la atención médica habrá de ser tenida por ilegítima.

En razón a lo anterior, es menester señalar que el médico no está obligado a curar, sino a procurar la curación del enfermo, pues resulta indudable que el facultativo contrae una obligación de medios, y no de resultados, consistentes en la aplicación de un saber y de un proceder, a favor de la salud del enfermo.

Por su parte, a las obligaciones de seguridad, caracterizadas como el deber de evitar siniestros, esencialmente se refieren al uso correcto y al mantenimiento de aparatos y equipos a fin de evitar accidentes, y al igual que en el caso anterior son atribuibles no sólo al personal médico sino extensivas al personal administrativo y de mantenimiento, así como al establecimiento mismo⁴⁷.

⁴⁷ *Idem.*

Finalmente, por cuanto hace a las obligaciones de resultados o determinadas, son más bien infrecuentes en cuanto al tratamiento médico, pues como llevamos visto, difícilmente se puede obligar al personal de salud a obtener un resultado en su atención. No obstante, debe hacerse notar que en términos de la legislación en vigor, sí existen casos en los cuales podrá exigirse un resultado:

- a) Tratándose de servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento. La obligación consiste en el reporte de laboratorio o gabinete y éste deberá señalar los valores encontrados en términos de la técnica o técnicas empleadas, señalando en su caso las variaciones estándar administradas, en términos de la literatura médica aceptada.
- b) Tratándose de insumos para la salud. Estos deberán suministrarse sin adulteración, alteración o contaminación y de igual modo no podrá suministrarse insumos caducados (con fecha de caducidad vencida). Esta obligación incluye la fabricación de prótesis, órtesis, y ayudas funcionales en los términos pactados (especialmente en la atención odontológica y de rehabilitación).
- c) Tratándose de cirugía de resultados. La cirugía de resultados es únicamente la de naturaleza estética y son exigibles esta especie de obligaciones cuando el facultativo hubiere asumido expresamente el resultado, siendo ello posible.

A mayor abundamiento, la exigibilidad de resultados se sustenta esencialmente en los derechos de contratación de las partes. En la práctica lo que caracteriza las obligaciones de resultado, es el hecho de que el deudor asume el compromiso de conseguir un objetivo o efecto determinado (se debe cumplir lo estrictamente pactado). Se trata de evitar el engaño del que podría hacerse víctima a quien obtiene bienes y servicios; cabe observar, no obstante, que en determinados supuestos, verbigracia en el ofrecimiento o suministro de insumos alterados o caducos, la protección de la salud llega a resultar de mayor importancia y trascendencia que la

mera protección patrimonial del afectado. No obstante, el propósito original es el de tutelar la libertad de contratación.

La mala práctica médica.

La mala práctica médica es considerada como los aspectos negativos que se presentan durante la atención, es decir, los actos iatropatogénicos, agrupados, en términos de la doctrina norteamericana, bajo el género de *mala práctica*, término éste que bien puede asimilarse al derecho sanitario mexicano. En efecto, las especies de la mala práctica reconocidas en el derecho mexicano son la negligencia, la impericia y el dolo⁴⁸.

Al respecto, el artículo 2615 del Código Civil Federal, en su parte conducente, señala: *“El que preste servicios profesionales sólo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo...”*

De igual suerte, el común de la doctrina jurídica identifica también, dentro de la impericia, a la temeridad, también designada impericia temeraria y ésta se define como *“el sometimiento a riesgos innecesarios a causa de la falta de conocimiento del personal”*.

En ese sentido, es menester analizar a *grosso modo* los principales elementos para establecer la mala práctica en un caso concreto⁴⁹:

- Sometimiento del paciente a riesgo innecesario. A dicho propósito no es el riesgo potencial el idóneo para tener por cierta la mala práctica, ha menester que el paciente haya estado en o sufrido el riesgo. Es decir, no se trata del riesgo teórico previsto en la literatura médica, es necesario que el riesgo se haya actualizado en el caso concreto.
- Agravamiento o muerte del paciente por atención con falta de calidad.
- Presencia de lesiones injustificadas.

⁴⁸ Nespeca, Alfredo, *op. cit.*, nota 14, pp. 329-332.

⁴⁹ CasaMadrid Mata, Octavio R., *op. cit.*, nota 41, pp. 13-14.

- Obtención de remuneraciones fraudulentamente obtenidas.
- Realización de prácticas o suministro de insumos notoriamente inapropiados.
- Sustitución o simulación medicamentosa.
- Presencia de actos de violencia física o moral.
- Incumplimiento de obligaciones de medios, seguridad y en su caso, de resultados.
- Realización de actos médicos sin la previa sanción de comisiones y comités (de investigación, de ética o de bioseguridad o del comité interno de trasplantes).
- Transgresión a normas prohibitivas (por ejemplo práctica de abortos delictivos o eutanasia).

De igual manera, es necesario que el análisis se refiera a los siguientes aspectos:

- *Animus* (intención) y valoración de los estados afectivos especiales del paciente (duelo, expectativas infundadas en cuanto a la atención médica, entre otras).
- Ponderación de las obligaciones y cargas de las partes.

Respecto al último aspecto es ingente señalar que la obligación supone forzosidad, es decir, si el obligado incumple podrá hacerse acreedor a una medida coactiva a cargo del Estado; en cambio, la carga es una conducta deseable atribuible a una persona para conservar su interés o derecho y en su caso obtener mejores expectativas, así cada paciente tiene la carga de cuidar su salud, de donde se sigue que no podía obligársele a ser atendido y en tal virtud es que el derecho no sanciona al suicida fallido; no obstante sí podría obligársele a observar los medios de profilaxis para evitar el contagio a terceros.

Sin duda éste ha sido un punto ampliamente debatido por la doctrina y encontramos dos posiciones extremas, la liberal que en aras de una autonomía exacerbada supone que el paciente tiene el derecho incluso a privarse de la vida

en determinados supuestos (verbigracia en el caso de enfermedades incurables) y su contrapartida el proteccionismo irrestricto.

No es el propósito del presente examinar el grueso de los planteamientos teóricos, baste señalar, por tanto, que en términos de interpretación sistemática tenemos que en el derecho mexicano se dispone el no reconocimiento de posiciones autonómicas exacerbadas, así en aras de uno de los principios esenciales del orden público, <preservar la vida específicamente humana>, han de entenderse proscritos todos los actos tendientes al suicidio o a la negativa de atención médica hacia un paciente (aun en mérito a creencias religiosas o políticas); entendiéndose por otra parte que el médico está facultado para atender al paciente y de hecho tiene la obligación de hacerlo en términos de un consentimiento presunto que deriva igualmente del orden público; es decir, en tanto el Estado y el orden jurídico han sido establecidos para proteger la vida y la salud, resultará contrario al orden público todo acto tendiente a hacer nugatorios estos derechos, aun cuando la tentativa proveniese del propio interesado.

Aunado a lo expuesto, la doctrina de *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí mismas) es de saliente importancia para dilucidar la mala práctica; el cuadro siguiente ilustra los elementos de dicha institución interpretativa ampliamente reconocida en el derecho sanitario⁵⁰:

Teoría de <i>res ipsa loquitur</i>	
1.	El acto no puede ser por accidente.
2.	Debe ser producto de cualquier grado de culpa (negligencia, impericia, impericia temeraria o dolo).
3.	No son sancionables los actos de protección de la salud.
4.	El efecto adverso (en su caso, el daño) no debe ser atribuible a la idiosincrasia del paciente.

⁵⁰ *Idem*, p. 15.

Sin duda queda mucho por decir; sin embargo, ante la ingente necesidad de presentar un esfuerzo de sistematización, parece necesario precisar a algunas reglas del orden práctico para evaluar los casos de mala práctica, que aunadas a los elementos supracitados, podrán arrojar elementos objetivos:

1. En cada proceso terapéutico es imprescindible definir el límite de responsabilidad de cada uno de los integrantes del equipo de salud.
2. Esto presupone un principio conocido como principio de confianza, en el cual cada uno debe esperar que los demás actúen como es debido. Este principio no es absoluto, así para el encargado de supervisar el trabajo no es válido dar por supuesto que los demás realizaron su actividad correctamente. En esos términos, el principio de confianza no exime al supervisor de su actividad. Este principio es corolario de un principio general del derecho: la buena fe se presume salvo prueba en contrario.
3. El principio de confianza sólo exime de responsabilidad al personal cuando en razón de su función específica o atendiendo a las circunstancias del hecho, no le fuera imputable el resultado producido o éste sea consecuencia de la intervención de otro de los integrantes del equipo de salud.
4. En el derecho mexicano no opera la regla que priva en otros países en el sentido de ser el médico responsable *per se* de los actos del resto del equipo, a menos que esto entrañe la omisión en su actividad de supervisión, o cuando la mala práctica derive de instrucciones indebidas, de su falta de conocimiento o del incumplimiento a un deber de cuidado propio.
5. Para establecer cabalmente el grado de culpa siempre será necesario revisar acuciosamente en todas y cada una de sus partes, el procedimiento seguido, pues de otro modo las conclusiones serán inválidas desde el ángulo metodológico y, por ende, jurídico.
6. Será factor preponderante el resultado obtenido en términos de *res ipsa loquitur*, empero, será necesario establecer si el personal cumplió sus

obligaciones de medios y seguridad y hacer referencia comparativa a las condiciones del enfermo antes de la atención y establecer en términos objetivos, la historia natural de la enfermedad. A mayor abundamiento, será imprescindible comparar el estado inicial con el estado final del paciente al concluir la atención.

7. En cada caso será necesario retrotraerse a las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la atención evaluada.
8. Así mismo, es imprescindible determinar si las consecuencias lesivas para la salud o la vida del paciente no tuvieron origen en su imprudencia. Al respecto, debe señalarse que la legislación positiva exime de responsabilidad al facultativo cuando el agravamiento o daño resulte de la imprudencia del paciente.
9. La evidencia documental (expediente) será imprescindible y la carencia de la misma será atribuible al personal o establecimiento médicos, en su caso, a ambos.
10. Finalmente será necesario evaluar la teleología, es decir, los fines que perseguía el personal de salud; si éstos fueren ilícitos invariablemente el acto biomédico traería aparejada la estimación de mala práctica y por ende se tratará de un caso de responsabilidad.

A título de corolario es conveniente glosar algunas reglas tendientes a la buena práctica⁵¹:

- Es imprescindible sustentar el diagnóstico empleando los medios disponibles. No es ocioso ordenar estudios de laboratorio confirmatorios. Estas evidencias se constituyen en inapreciables (no ha de confundirse esto con la medicina defensiva, en la cual se ordenen estudios injustificados por el mero temor a un juicio o con el ánimo de obtener mayores ingresos).
- Es ingente evaluar en cada caso el binomio riesgo-beneficio. La mejor ilustración es pensar en una balanza, si el fiel arroja mayor riesgo,

⁵¹ *Ibidem*, pp. 17-18.

indudablemente el procedimiento estará contraindicado y por ende será ilegítimo.

- Si no existe razonable seguridad para aplicar un procedimiento, será recomendable buscar otro.
- En igualdad de circunstancias entre dos procedimientos, será preferible inclinarse por el procedimiento de menor costo y de menor duración, tomando en cuenta la autonomía del paciente.
- La elección de procedimientos quirúrgicos invasivos estará legitimada cuando previamente se analice la convivencia de procedimientos menos agresivos.
- En cada caso deberán adoptarse los medios de sostén terapéutico.
- Deberán llevarse correctamente el expediente clínico, haciendo las anotaciones necesarias.
- Será menester procurar la participación del paciente y su familia.
- Es imprescindible informar adecuadamente al paciente y su familia, con el detenimiento necesario, especialmente de los riesgos existentes y de los signos de alarma.
- Es adecuado anotar las apreciaciones médicas en el expediente con sustento en bibliografía de la especialidad y con el apoyo, en su caso, de las comisiones y comités previstos en la legislación sanitaria.

4. La culpa profesional.

Sólo cuando el hombre vive aislado, fuera del contexto de una sociedad, es libre para dirigir sus actos conforme a una voluntad personal y discrecional; sin embargo, el individuo, gregario por naturaleza, normalmente vive en sociedad, y es entonces cuando la problemática de la culpa cobra importancia, pues esta convivencia exige que su conducta se orientada de tal forma que el uso de su libertad no coarte la de los demás.

Kant, al definir el derecho, decía que éste es una coexistencia de libertades; al estar el hombre inserto en una comunidad organizada, se le exige una conducta acorde con aquella que el conjunto entiende que es la correcta. Es decir, el comportamiento exigido lo es conforme un parámetro de comparación de tipo abstracto, merituándose la conducta en concreto, tomando siempre en cuenta cómo hubiesen obrado la generalidad de las personas en idénticas circunstancias, según el tipo medio para la situación de que se trate.

La exigencia de la presencia de un ingrediente moral o psicológico en el concepto de culpa, es materia controvertida en la doctrina y de ello, se ocupan las concepciones subjetivas y objetivas.

Desde la óptica de la corriente subjetiva será culpable quien sea moralmente reprochable; por su parte, en la concepción objetiva puede existir culpa sin que haya voluntariedad del agente en tal sentido.

En esos términos, al hablar de culpa debemos situarnos en el campo de los errores de la conducta⁵², dentro de la tesis de culpabilidad objetiva; ante la transgresión surge un juicio de reproche, fundado en haber obrado de modo contrario a lo esperado, en forma diferente a lo que la diligencia y la prudencia promedio indican.

Los autores franceses definen la culpa en el siguiente sentido: Gény manifiesta que *“la culpa no es otra cosa que un error de conducta, una falta de actitud que, moralmente, se aprecia según el tipo común del hombre recto y seguro de sus actos”*.⁵³

Ambroise Colin y Henri Capitant, indican que cuando un individuo ha incurrido en culpa, es porque ese hombre no se ha conducido como habría debido hacerlo; se

⁵² Mazeaud, Henri., *op. cit.*, nota 5, p. 413.

⁵³ Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*. Editorial Abeledo-Perrot., Argentina, 1999, p. 50.

compara su conducta con la que habría observado en su lugar un hombre prudente y diligente.

Sourdat, establece que la culpa debe apreciarse en abstracto; es decir, la define como una falta de prudencia, de atención y de vigilancia en la propia conducta. Por su parte, Planiol, señala *“la culpa consiste en cometer un acto prohibido o en abstenerse a cumplir un acto al que se está obligado”*.⁵⁴

En virtud a lo antes expuesto, para apreciar la presencia de la culpa debe valorarse la conducta del agente, pues si su actuar es reprochable por carecer de diligencia o prudencia estaríamos hablando de un obrar culposo. Dicho en otros términos, podemos afirmar que existe culpa cuando por descuido, negligencia o impericia, no se ha obrado como se hubiese debido hacerlo, provocando de este modo un daño sin que haya mediado un propósito deliberado del victimario en tal sentido.

Así las cosas, cuando se incurra en culpa, el deber de responder será de carácter contractual cuando la transgresión se relacione con el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un obligación nacida de un acuerdo de partes; estaremos dentro del campo extracontractual cuando la obligación reconozca su fuente en un deber legal; es decir, la apreciación de la culpa médica, sea ésta de naturaleza extracontractual o que medie entre el médico y el enfermo un vínculo derivado de un contrato, se hará siempre en igual forma, puesto la culpa es la misma.

Es claro que la responsabilidad profesional se halla sometida a los mismos principios que la responsabilidad en general y es aquella en la que incurre el que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que ésta le impone y requiere. Cuando el profesional de la medicina incurre en la omisión de las obligaciones correspondientes a la naturaleza de su prestación, ya sea por

⁵⁴ *Idem.*

negligencia, impericia o dolo, falta a su obligación y se coloca en la posición del deudor culpable.

Lo anterior, tiene su fundamento legal en el artículo 2615 del Código Civil Federal, el cual señala: *El que preste servicios profesionales, sólo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito.*"

En esos términos, el profesional que haya incurrido en mala práctica, tiene la obligación de indemnizar a la víctima por el daño causado. En materia civil, para que surja ese deber de indemnizar o responder económica o pecuniariamente por la conducta observada, debe existir como antecedente de tal obligación un acto antijurídico, atribuible a un sujeto por un factor subjetivo u objetivo de imputación de responsabilidad, y fundamentalmente se torna necesaria la presencia del daño, pues no habrá que responder si no hay daño causado (*nulla poena sine lege*).

Al respecto, el artículo 1910 del citado ordenamiento, en su parte conducente, establece: *El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo...*

Así las cosas, se considera que el actuar es antijurídico cuando es contrario a derecho, desaprobado por el ordenamiento positivo a modo de ilicitud genérica. Es antijurídico dañar a otro sin causa de justificación.

En materia de responsabilidad profesional será el factor subjetivo, específicamente la culpa, la que por regla sustentará el deber de responder.⁵⁵ Dicho en otros términos, ante una lesión de interés que reconozca su génesis en una acción u omisión objetivamente antijurídica, por negligencia o impericia, surgirá la obligación de devolver las cosas a su estado anterior o en su defecto, la de indemnizar a la víctima por los daños (pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la

⁵⁵ Salvat, Raimundo, *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Editorial Tea. Buenos Aires, Argentina, 1986, pp. 47-52.

falta de cumplimiento de una obligación) y perjuicios (privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación) injustamente sufridos.

En ese sentido, la conducta culposa obrada por el agente puede versar sobre una acción o una inacción.

La doctrina clasifica a los actos culposos en actos por comisión y actos por omisión. La comisión puede estar constituida por hechos positivos o negativos; estos últimos son los que algunos tratadistas denominan actos de comisión por omisión, distinguiéndolos de los actos de omisión propiamente dichos. Dicho en otros términos, la conducta por comisión puede versar sobre un obrar que exceda los mandatos de la prudencia o la diligencia.

Por su parte, el proceder por omisión no está referido a una mera inactividad, sino a la inobservancia de una norma que indica una actividad en algún sentido⁵⁶, y está reservado sólo para aquellos supuestos en que la ley impone la obligación de cumplir el hecho omitido y como corolario de esa omisión al precepto legal se cause un daño a otro.

Esa conducta culposa del agente comprendida en el amplio concepto de omisión de las diligencias que exigiere la índole de la obligación, podrá presentársenos bajo los rostros de negligencia o impericia.

La negligencia podrá consistir tanto en una conducta positiva retaceada (hacer menos de lo que se debe o de aquello que las circunstancias requieren que se haga), como en una inacción ante el deber legal que ordena actuar, o bien en el incumplimiento liso y llano de un acuerdo de voluntades.

Esta faceta de la culpa se caracteriza porque el agente omite la diligencia necesaria; es decir, puede versar sobre un acto de comisión por omisión, en un actuar insuficiente, o en una omisión propiamente dicha. La negligencia es sinónimo de descuido y omisión; desde el punto de vista del derecho y como

⁵⁶ Orgaz, Alfredo, *La culpa*. Editorial Marcos Lerner, Córdoba, Argentina, 1998, p. 12.

elemento o forma de culpa, 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.

Al respecto, el artículo 2025 del Código Civil Federal, señala: *“Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella”*.

Por cuanto hace a la impericia, ésta es la falta de conocimientos técnicos o déficit de sabiduría para el ejercicio o práctica de una función profesional o arte.⁵⁷ Es decir, la impericia médica es la falta (total o parcial) de pericia, entendiendo por ésta a la sabiduría, a los conocimientos técnicos, a la experiencia y habilidad en el ejercicio de la medicina.

En esos términos, en los actos culposos por omisión, el no actuar incumpliendo el imperativo legal que ordene hacerlo, tornará igualmente responsable al autor de un hecho dañoso, en mérito a que en principio se está en presencia de una omisión objetivamente antijurídica (el no dañar a otro por omisión). Cuando la fuente de la obligación incumplida o cumplida en forma deficiente se ubique en el marco de un acuerdo de partes, se responderá por los daños causados, esto es por las consecuencias inmediatas; al respecto el artículo 2110 del Código Civil Federal, a la letra señala: *Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse*.

No obstante de lo expuesto, debemos destacar que en la práctica los distintos aspectos de la culpa suelen encontrarse entrelazados o unidos entre sí, y en ocasiones no resulta simple distinguir uno de otro.

⁵⁷ Mazeaud, Henri., *op. cit.*, nota 6, pp. 415-419.

5. El daño (concepto y aspectos doctrinales).

El daño es el pivote del deber de responder (sin daño no hay responsabilidad civil); este daño siempre debe estar referido a alguien, pues si no hay damnificado, el menoscabo o pérdida se torna jurídicamente irrelevante.

Al efecto, el artículo 1910 del Código Civil Federal, señala: *El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.*

Lo anterior, nos lleva a sostener que no hay responsabilidad sin daño.

El daño estará justificado legalmente y, en principio, no surgirá la obligación de responder cuando concurren las causales de *inculpabilidad del agente* (voluntad viciada por error o violencia); *incausalidad* (interrupción del nexo causal por hecho ajeno: caso fortuito, fuerza mayor, o hecho exclusivo de la víctima); y *por justificación del hecho*, ya sea por la ley (estado de necesidad, ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber legal) o por el consentimiento de la víctima.⁵⁸

Mazeaud y Tunc, señalan que el daño es el primer elemento constitutivo de la responsabilidad civil, puesto que si se trata de reparar hará falta que exista algo que reparar.

En nuestra legislación civil, encontramos la protección a los bienes materiales, físicos y espirituales de toda lesión que se les pueda inferir en cuanto al interés que presenten o estén destinados a satisfacer. Así mismo, la doctrina alude al perjuicio causado sobre las cosas bajo el dominio o la posesión de la víctima y del

⁵⁸ Bustamante Alsina, Jorge, *op. cit.*, nota 48, p. 55.

daño a su persona o facultades. Siguiendo a De Cupis,⁵⁹ podemos conceptualizar a las cosas o bienes como todo aquello destinado a satisfacer una necesidad, y es en la imposibilidad o en la mengua de la satisfacción de esa necesidad sobre lo que el daño recae.

En esos términos, y partiendo de la base de que el objeto de tutela del derecho es aquello que el daño vulnera, podemos sostener que hay daño cuando se produce deterioro o pérdida de un bien, ocasionándose lesión a un interés jurídico patrimonial.

Dentro de la tesis que ve al daño como lesión a un bien jurídico, se encuentran Bustamante Alsina, Karl Larenz y Fischer, entre otros.

Bustamante Alsina⁶⁰, sostiene que el daño es: *El menoscabo que experimente el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen, y también la lesión a los sentimientos, al honor y a las afecciones legítimas.*⁶¹

Larenz, conceptualiza el daño como: *El menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya sea en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio.*

Esta línea de pensamiento, sostenida por destacados juristas, toma el concepto naturalístico de daño.

Por ello, el bien jurídico, ya sea que esté representado por cosas o derechos, precede al interés y es su antecedente necesario, pero el reconocimiento como tal, obedece a la satisfacción de ese interés. Cuando se lesiona el interés que ese bien representa es cuando el derecho reacciona.

⁵⁹ De Cupis, Adriano, *El daño*. Editorial Bosch, Madrid, España, s.a., pp. 212-215.

⁶⁰ Bustamante Alsina, Jorge, *op. cit.*, nota 48, p. 61.

⁶¹ *Idem*.

En ese sentido, entramos a la teoría del *daño resarcible*, el cual no consiste en la lesión misma sino en sus efectos; es decir, el daño debe consistir en una consecuencia que pueda ser reparada de alguna forma.⁶²

A mayor abundamiento, las consecuencias del daño son las que nos brindarán el parámetro para determinar su extensión y límites, ya que es el resultado disvalioso lo que la reparación procura subsanar. Dicho en otros términos, se debe diferenciar el interés jurídico lesionado del bien jurídicamente protegido.

El daño resarcible.

Todo menoscabo o pérdida de un bien que ocasiona lesión a un interés jurídicamente protegido, puede ser susceptible de valuación económica para revestir la condición de resarcibilidad.

Al hacer referencia a lesiones de intereses jurídicamente protegidos, se hace en forma extensiva a todos los intereses que posee una persona, o derechos que alguien detenta sobre el bien objeto del daño.

En ese sentido, así como se reafirma y pregona la existencia de una obligación genérica de no dañar, o principio *alterum non laedere*, correlativamente debe reconocerse el derecho, también genérico, de ser resarcido que asiste a toda persona que invoque y pruebe que ha sido afectada en su interés que no sea opuesto a la ley.

Esta mengua o detrimento que recae sobre un interés y que afecta a un sujeto en su poder de actuar dentro del marco de la licitud, debe reunir alguno requisitos para ser considerado resarcible o indemnizable.

A mayor abundamiento, la doctrina y la jurisprudencia tienen resuelto que además de versar la lesión sobre un interés legítimo, debe tratarse de un daño cierto, subsistente y afectar intereses personales de la víctima.

⁶² Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños*. Editorial Hammurabi, Madrid, España, 2002, p. 33.

El daño cierto es daño existente, por contraposición al daño hipotético o eventual.⁶³ Es daño cierto tanto el daño actual y determinado como el daño futuro y aquel que si bien no está determinado en su monto, es determinable.

El daño cierto significa que debe existir certidumbre en cuanto a su existencia misma, presente o futura, aunque pueda no ser todavía determinable en su monto. El simple peligro o la amenaza de daño no basta (daño sufrido vs. daño potencial).

Para ser indemnizable, tanto el daño actual como el futuro requiere que sea cierto; en el daño actual son resarcibles las consecuencias ya sucedidas; en el daño futuro, solamente cabe reparación cuando media una conducta antijurídica cometida y con respecto a la cual se prevén repercusiones aun no cometidas, pero que se sabe con objetiva seguridad que ocurrirán dentro del curso normal y natural de las cosas.

Por su parte, el daño es subsistente cuando al momento de ser reclamado aun no ha sido indemnizado. De igual suerte, el daño subsiste aun cuando haya sido reparado por la propia víctima, pues esta reparación hace nacer un derecho de crédito correlativo a una deuda dineraria que pesa sobre el dañador y que tendrá como base el monto desembolsado para reponer a su estado anterior el bien lesionado.

Como último requisito, la lesión debe estar en relación a un interés personal de la víctima, sea como damnificada directa o indirecta. Es decir, el evento dañoso podrá menoscabar directamente intereses de la misma víctima, o bien repercutir indirectamente sobre terceros que poseían un interés legítimo sobre el objeto de la lesión.

⁶³ Bustamante Alsina, Jorge, *op. cit.*, nota 48, pp. 64-67.

Algunos autores agregan, como requisito del daño resarcible, la importancia cuantitativa del menoscabo; empero, es de estimarse que si bien es necesario que la lesión sea susceptible de apreciación pecuniaria y esta debe versar sobre un daño a alguien, ello no significa de modo alguno que aquellas lesiones que revistan mínima entidad queden exceptuadas o exentas de reparación

En razón de lo cual, queda claro que todo daño, aunque sea mínimo, debe ser indemnizado toda vez que el mismo es real.

6. Reparación del daño ocasionado por mala práctica en la prestación de servicios de atención médica.

La responsabilidad civil comprende la reparación del daño causado y la indemnización de los perjuicios. La indemnización de perjuicios materiales o morales alcanza no sólo los que se hubieren causado al paciente, sino también los que se hubiesen irrogado por razón de la mal *praxis* cometida, a su familia o a un tercero.

En ese sentido, los bienes no son tutelados por el derecho en función del valor que en sí mismos representan, puesto que la lesión material que se irroga a un bien corresponde al concepto de daño en su estricto sentido naturalístico.⁶⁴

El derecho protege los bienes por su capacidad para satisfacer necesidades humanas. La satisfacción de tales necesidades crea en las personas un interés sobre el bien y es este interés, lo que merece tutela jurídica.

El menoscabo, la lesión o la minoración puede afectar dos tipos de intereses (patrimoniales y extrapatrimoniales). Correlativamente, podemos afirmar que sólo existen tres tipos de daños, por una parte, aquellos que lesionan intereses patrimoniales de las personas, o daños materiales, por otra, los que vulneran el

⁶⁴ Zavala de González, Matilde, *op. cit.*, nota 57, p. 39.

aspecto físico de las personas, y finalmente, los que vulneran intereses de orden extrapatrimonial o moral.

En esos términos, cualquier daño que se presente repercutirá en uno en los tres a la vez; en efecto, no existe otro generó de daños ni otra clasificación autónoma de las lesiones a parte de las tres grandes categorías indicadas.

A mayor abundamiento, todo menoscabo o pérdida de un bien que ocasiona lesión a un interés jurídicamente protegido, ya sea de índole patrimonial o extrapatrimonial, debe ser susceptible de valuación económica para revestir la condición de resarcibilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, atendiendo al criterio aceptado por ministerio de la ley, (en el caso de atención médica, cuando se dejan de observar obligaciones de medios o diligencia y de resultados, en su caso), causando una incapacidad a otro, se está obligado a repararla; a menos que se demuestre que dicha incapacidad se produjo a consecuencia de culpa o negligencia inexcusable del paciente, caso fortuito o fuerza mayor.

Tal criterio, ha sido sostenido expresamente en el artículo 2615 del Código Civil Federal, que indica como únicas fuentes de responsabilidad a la negligencia, la impericia y el dolo.

De lo anterior se sigue, atendiendo al criterio jurídico procesal aceptado por ministerio de ley, que incumbe la carga probatoria de la negligencia, la impericia y el dolo a la parte actora.

En esos términos, incumbe a la parte actora demostrar:

- a) La mala práctica (es decir negligencia, impericia o dolo en la atención);
- b) La existencia de un efecto adverso, atribuible al actuar del prestador;

- c) Que el efecto adverso nació de la culpa del mismo por negligencia, impericia o dolo, y
- d) La existencia de daños y perjuicios.

Al efecto, el artículo 35 de la Ley de Profesiones para el Distrito Federal, en lo conducente señala: *“Si el laudo arbitral o la resolución judicial en su caso, fueren adversos al profesionalista, no tendrá derecho a cobrar honorarios y deberá además indemnizar al cliente por los daños y perjuicios que sufriere...”*

En tales términos, la reparación del daño deberá ser determinado atendiendo al grado del daño sufrido (patrimonial, físico o moral), con el propósito de restablecer la situación original cuando ello se posible en términos de la legislación en vigor. Cabe aclarar en cuanto al daño moral, que la afectación de una persona se entiende en cuanto a sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor y reputación, y la medición del daño sufrido deberá ser determinado fundamentalmente en términos de las alteraciones psíquicas que presente el agraviado. Este concepto de daño moral será revisado más adelante.

Daño patrimonial.

El daño patrimonial es el menoscabo del patrimonio de un persona, como conjunto de valores económicos y que por lo tanto, es susceptible de apreciaciones pecuniarias; es decir, es la pérdida o disminución de valores económicos.

Se entiende por derechos patrimoniales, aquello derechos que tiene por objeto o finalidad la protección de los bienes de una persona que poseen un valor pecuniario. Se entiende que tienen valor pecuniario aquellos bienes susceptibles de una tasación adecuada en dinero, o que tiene valor de cambio.⁶⁵

⁶⁵ Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo V, Ed. Driskill, S.A., Buenos Aires, Argentina, p. 356.

El daño patrimonial entonces (o material), es aquel que recae sobre el patrimonio, sea en las cosas o bienes que lo componen; es decir, es el daño que sufren los bienes económicos destruidos o deteriorados.

De igual suerte, el daño patrimonial comprende los perjuicios (privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación) ocasionados en los valores patrimoniales existentes y además, los que afectan facultades o aptitudes de la persona considerados como fuentes de futuras ventajas económicas (la capacidad de trabajo cuya reintegración se hace por vía de reparación y no de compensación).

En esos términos, la idea de menoscabo es esencial en el concepto de daño patrimonial y puede manifestarse de dos formas típicas: como la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes esto es, como un empobrecimiento del patrimonio (daño emergente), o bien como frustración de ventajas económicas esperadas, o sea, como la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto (lucro cesante).

El daño, referido al momento de producirse el hecho que lo origina, puede causarse en seguida de realizarse aquél, ser actual y cierto; o producirse en el futuro por un proceso o encadenamiento de circunstancias inevitables y que, por ende, necesariamente lo producirán; o depender de hechos contingentes y, por tanto, eventuales. De aquí la clasificación del daño patrimonial, en actual, cierto o consumado, que puede referirse al momento en que se realiza el hecho que lo produce o aquel en que se reclama su reparación del obligado a ella; y en futuro, con relación a esos mismos momentos, pues cumplidas que sean las eventualidades de que dependía, surgirá entonces la acción para la reparación.⁶⁶

⁶⁶ *Idem.*

Por lo anterior, es de explorado derecho, que a menudo la mal *praxis* médica produce ambas clases de daño.

Daño físico.

El daño físico es aquel donde se dañan verdaderos intereses de la persona como son la salud, la integridad física, la intimidad, el honor, la privacidad, entre otros, afectados como consecuencia inmediata y necesaria de un incumplimiento, que no son equiparables ni asimilables a las meras molestias, dificultades, inquietudes o perturbaciones que puedan llegar a provocar un simple incumplimiento.

A mayor abundamiento, el daño físico constituye una alteración que se traduce en una mengua o deterioro de la armonía corporal, la cual es indemnizable, pues provoca intrínsecamente daños a un bien extrapatrimonial (integridad corporal); es decir, el daño físico repercute en las posibilidades económicas del lesionado o sobre la capacidad futura de continuar desarrollando una actividad productiva, mermando sus ganancias.

En esos términos, la autoridad competente tiene la obligación de condenar al responsable a pagar la indemnización por daño físico en una sola exhibición; es decir, el monto indemnizatorio es calculado para el futuro, el presente y el pasado, el cual debe ser pagado en un monto global y final en una sola vez. Es el principio del resarcimiento y la indemnización del daño ya sufrido y del daño futuro.

Al efecto, el artículo 1915 del Código Civil Federal, en su parte conducente, señala: *...Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. **Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima.***

En la especie, es menester señalar, que no debe confundirse el procedimiento para realizar el pago de una indemnización en materia laboral y el pago de ésta en materia civil y sólo aplicar el ordenamiento laboral en los puntos señalados de manera expresa en el Código de referencia, pues ambos procedimientos son distintos e independientes.

En efecto, la Ley Federal del Trabajo contempla en sus artículos 478, 479 y 480, lo siguiente:

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

Artículo 479.- Incapacidad permanente parcial es la disminución de las facultades o aptitudes de una persona para trabajar.

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

En estos tres artículos el legislador define los tipos de incapacidades señalados en el Código Civil de referencia, y es a partir de éstas que el órgano jurisdiccional debe determinar el grado de reparación del daño producido.

De igual forma, el artículo 514 de la Ley Federal del Trabajo, contiene la tabla de evaluación de incapacidades permanentes, en la cual se establecen los porcentajes que la autoridad debe tomar como base para establecer las indemnizaciones por daño físico.

En caso de muerte de la víctima, la indemnización será la cantidad equivalente al importe de setecientos treinta días de salario, además de dos meses de salario por concepto de gastos funerarios (artículos 500 y 502 de la Ley Federal del Trabajo).

Daño moral.

Entrar en el estudio del daño moral, es entrar en el estudio de la grave problemática que encierra su reparación. Esto es, la admisibilidad de indemnización de daños de naturaleza extrapatrimonial. La bibliografía en torno al tema es copiosa y la discusión doctrinal y jurisprudencial no tiene fin.

El daño moral es la lesión en los sentimientos personales, en las afecciones legítimas o en la tranquilidad anímica, que no son equiparables a simples molestias.

La noción del daño moral está íntimamente relacionada con el desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimiento personales, en las afecciones legítimas o en la tranquilidad anímica, que no son equiparables a las simples molestias, dificultades, inquietudes o perturbaciones que pueden llegar a producir un incumplimiento contractual, toda vez que estas vicisitudes o contrariedades son propias de cualquier contingencia contractual. De lo contrario cualquier incumplimiento sería viable para producir un daño moral resarcible.

En ese sentido, resulta necesario probar en forma concreta la existencia de daño moral por parte de quien lo reclama, lo que se encuentra claramente justificado en razón de que los incumplimientos que provocan este tipo de responsabilidad afectan intereses privados.

Al efecto, los artículos 1916 y 1916 bis del Código Civil Federal, en su parte conducente establecen:

Artículo 1916.- Por daño moral se entiende la afección que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzca un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero...

Artículo 1916 BIS.- ...En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiera causado tal conducta.

En esos términos, la reparación del daño moral consiste en una indemnización. El dinero se utiliza como medio compensatorio que permite a la víctima algunas satisfacciones, en relación con el daño sufrido; a mayor abundamiento, el daño moral ha sido uno de los temas más controvertidos en años pasados, pero que hoy goza de amplia sanción jurisprudencial, en la cual si bien es cierto, no se establece una tabla que especifique las cantidades que se deban pagar como lo referido en la Ley Federal del Trabajo, también es cierto que se deja al libre arbitrio del juzgador, establecer la sanción correspondiente atendiendo a la magnitud del daño moral sufrido. Es importante aclarar que el daño moral reclamado debe surgir de las pruebas que se presenten durante el juicio y en el supuesto de encontrarse que esté debidamente acreditado, el juez pueda conceder la indemnización; es decir, es necesario para reclamar el resarcimiento del agravio moral la prueba efectiva del daño que permita reconocer como viable la pretensión.

En ese sentido, la legislación civil en vigor, faculta al juez para fijar el monto de la indemnización; por lo tanto, la cuantificación se sujeta a criterios subjetivos o discrecionales de los jueces.

Sin embargo, esta fórmula puede tacharse de vaga y genérica, por la diferencia de opinión que pueda surgir en cada juez.⁶⁷ Por ello, se podrían utilizar como soluciones: establecer un criterio objetivo (días de salario); y recibir atención especializada (terapia psicológica).

⁶⁷ Mosset Iturraspe, Jorge, *Estudios sobre la responsabilidad por daños*. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina, pp. 302-309

En ambas hipótesis debe mantenerse como principio fundamental que la sentencia no enriquezca a la víctima, sino que le proporcione solamente una indemnización equilibrada y justa con el daño recibido.

Dicho en otros términos, el daño moral sufrido por el o los afectados, se refiere no sólo a las incidencias efectivas que, por su repercusión en la disminución de la actividad del individuo, tengan una traducción económica, sino también a recibir atención especializada (terapia psicológica) que le permita superar el duelo por el que atraviesa.

Desde la perspectiva de este análisis, lo antes expresado debe ser tomado en consideración para que el juzgador esté en posibilidad de contar con criterios objetivos que le auxilien en la toma de decisiones, en la que a demás se estará de acuerdo a lo establecido en los presupuestos esenciales, los principios constitucionales de fundamentación y motivación de su sentencia. Esto evitaría que su discrecionalidad fuera caprichosa o arbitraria, sino que sirviera de resolución analógica, que paulatinamente establezca normas, criterios y fundamentaciones, con razonable valentía y rigor sobre la base y principios fijos.

Daño moral y derecho comparado.

Al analizar la doctrina europea en un estudio realizado por Javier Vega Gutiérrez en 1992, se exponen algunos de los aspectos más relevantes para evaluar los perjuicios extrapatrimoniales, los cuales son retomados en el presente análisis, para establecer que la víctima tiene derecho a una indemnización por el daño moral sufrido conforme a los siguientes elementos⁶⁸:

- El *quantum doloris*.- Sufrimiento causado por el perjuicio físico o funcional.

⁶⁸ Alterini, Atilio, *Aspectos de la teoría de la culpa en el derecho argentino*. Editorial La Ley, Argentina, p. 414.

- El perjuicio del ocio.- También llamado perjuicio del placer o de afirmación personal. Es aquél perjuicio sufrido por el impedimento de poder realizar determinados deportes, actividades sociales, recreativas, culturales, entre otras.
- El perjuicio afectivo.- Debido a la conciencia de la víctima de su invalidez física o funcional; también debe tenerse en cuenta el sentimiento de inquietud que pueda tener.
- El perjuicio estético.- Cuando las lesiones dejan señales visibles (cicatrices, deformaciones, mutilaciones) la víctima puede demandar una indemnización por perjuicio estético.

El perjuicio estético se considera frecuentemente como daño exclusivamente moral; esto ocurre cuando no se afecta la capacidad de trabajo de la víctima. En el caso en el que el aspecto estético desempeña un papel predominante en su actividad profesional, el perjuicio estético constituye un daño material diferente del moral, pudiéndose acumular los dos en el mismo tipo.

- El perjuicio sexual.- No está determinado de manera clara, simplemente se hace alusión al mismo.
- El perjuicio juvenil.- Secuelas que limiten los juegos en el niño, o lo imposibiliten para poder realizar algún deporte, o escoger una profesión determinada. Es uno de los aspectos del perjuicio del ocio y de la incapacidad permanente parcial.

La apreciación de estos diferentes perjuicios es el dominio por excelencia de la evaluación *ex aequo et bono* (en equidad y buena fe).

La indemnización por los sufrimientos padecidos, depende de la naturaleza de las lesiones, de la gravedad del dolor, de su duración, de los aspectos psíquicos, entre otros. Se trata de una evaluación esencialmente subjetiva; es decir, existen escalas, pero son meramente indicativas.

A mayor abundamiento, en ningún país existe una regla para determinar la reparación del daño moral, más bien establecen elementos generales que deben tomarse en cuenta al momento de la determinación⁶⁹.

Por ejemplo, en España, la reparación del daño moral si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida a proporcionar en la medida de lo posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado. La jurisprudencia sostiene que el verdadero daño moral es aquel que no implica repercusión económica, no se habla de reparación, sino de indemnización compensatoria por vía de sustitución.

De igual suerte, en Portugal y en Francia el *quantum doloris* (dolores y sufrimientos padecidos) se considera habitualmente en forma global, durante todo el periodo de incapacidad temporal; es decir, desde el momento del hecho hasta la consolidación del mismo; empero, si éste persiste después de la consolidación, se incluirá dentro de la incapacidad permanente.

Por su parte, en Bélgica, suele valorarse en varios periodos y frecuentemente de forma decreciente. Se indemniza el dolor sufrido antes de la estabilización de las lesiones. Su cálculo se realiza mediante una clasificación determinada; se indemnizan excepcionalmente el perjuicio juvenil y el perjuicio afectivo.

Por lo expuesto, en la cuantía del daño moral se debe tomar en cuenta que el mismo tenga carácter resarcitorio, los sufrimientos psíquicos y afectivos sufridos por el demandante, así como tener en cuenta la gravedad del ilícito cometido, aunque no es preciso que guarde relación con el daño material ni con otros daños que se reclamen.

⁶⁹ Olivera Toro, Jorge, *El daño moral*. Editorial Themis, México, 1996, pp. 19-20.

CAPITULO III

Procedimiento Ordinario Civil

Sumario: 1. El proceso jurisdiccional; 2. Las partes en el proceso; 3. La acción; 4. La excepción; 5. Jurisdicción y competencia; 6. Etapa procesal.

1. El proceso jurisdiccional.

Desde el punto de vista meramente gramatical, cuando se utiliza la expresión proceso se alude a una sucesión de actos, vinculados entre sí, respecto de un objeto común. En el proceso jurisdiccional la finalidad que relaciona los diversos actos es la solución de una controversia entre partes que pretenden, en posiciones antagónicas, que se les resuelva favorablemente a sus respectivas reclamaciones, deducidas ante un órgano que ejerce facultades jurisdiccionales⁷⁰.

El desempeño de facultades jurisdiccionales entraña una aptitud legal para aplicar la norma jurídica general, abstracta e impersonal, a situaciones concretas en controversia, para determinar quien tiene la razón total o parcial, entre las partes que han deducido sus pretensiones ante el órgano estatal facultado para resolver el litigio.

El proceso es, por su propia naturaleza, enteramente dinámico. El órgano jurisdiccional y quienes acuden ante él desarrollan una actuación preliminar al dictado de un fallo con el objetivo, insistimos, de resolver la controversia planteada.

En ocasiones, se ha utilizado el vocablo proceso como sinónimo de procedimiento; sin embargo, no existe sinonimia entre ambas expresiones puesto que este último es la acción o modo de obrar. Dicho en otros términos, marca una serie de acaecidos en la realidad como consecuencia del desenvolvimiento del proceso en

⁷⁰ Dorantes Tamayo, Luis, *Elementos de Teoría General del Proceso*. Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, pp. 13-15.

la actuación concreta. En el proceso se contemplan las etapas diversas en abstracto. En esos términos, se puede establecer que el proceso es abstracto y el procedimiento es concreto; es decir, en el primero se previene una secuela ordenada al desempeño de la función jurisdiccional, mientras que en el segundo, la realidad se pretende apegar a una secuela pero con todos los matices e individualidad que impone el caso real; el procedimiento es el desarrollo real de un caso en que se ha planteado una determinada controversia.⁷¹

Al respecto, el maestro Eduardo Pallares establece: *Proceso jurídico.- es una serie de actos jurídicos que se suceden regularmente en el tiempo y se encuentran concatenados entre sí por el fin u objeto que se quiere realizar con ellos. Lo que da la unidad al conjunto y vinculación a los actos, es precisamente la finalidad que se persigue, lo que configura la institución de que se trata.*

Proceso jurisdiccional.- el que se lleva a cabo ante los órganos jurisdiccionales, o sea los encargados de administrar justicia en sus diversas modalidades. Comprende igualmente los procesos que se tramitan ante los tribunales, juntas de conciliación y arbitraje, tribunales administrativos, e incluso el Senado cuando asume funciones judiciales.

Por su parte, Giuseppe Chiovenda⁷² establece que el proceso, es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria.

Queda claro que el proceso es el desarrollo regulado por la ley de todos los actos concatenados cuyo objetivo es que se diga el derecho a favor de quien tenga la razón total o parcial; es decir, las partes hacen valer la acción y la excepción para

⁷¹ Diccionario de Derecho Procesal Civil, 5ª edición, Editorial Porrúa, México 1995, p. 86.

⁷² Instituciones de Derecho Procesal Civil. Vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, p. 52.

obtener la actividad de los órganos jurisdiccionales (entre la demanda y la sentencia media una larga serie de actos que constituyen el proceso).

Por tanto, entendemos por proceso jurisdiccional el cúmulo de actos regulados normativamente, de los sujetos que intervienen ante un órgano del Estado, con facultades jurisdiccionales, para que se apliquen las normas jurídicas a la solución de la controversia o controversias planteadas. Se procede a la explicación detallada de los elementos del concepto propuesto:

- a) Un cúmulo de actos.- Es característica de esencia en el proceso la existencia plural de conducta atribuible a personas físicas o morales, desplegada en el desarrollo del proceso. No es un solo acto de un sujeto, es una serie de actos, de hechos y actos jurídicos, imputables a los sujetos que han de actuar en el proceso.
- b) Regulados normativamente.- Para que exista un orden lógico jurídico, previamente establecido, el legislador ha previsto en forma general e impersonal, actos del juez y demás sujetos intervinientes en el proceso y ha fijado las normas orientadoras a seguir para ventilar las controversias que pudieran suscitarse en el ámbito social. En consecuencia, en el proceso existen normas jurídicas que regulan la conducta de quienes intervienen con motivo del desempeño de la función jurisdiccional.
- c) Actos del juez y demás sujetos que intervienen ante un órgano del Estado.- En el proceso, la conducta que se regula es conducta de personas jurídicas, físicas o morales, pues los actos que se realizan, unos son del juez o juzgador y otros son de las partes que han deducido pretensiones propias para que se diga el derecho respecto de ellas (pueden intervenir otros sujetos, como auxiliares de la administración de justicia, testigos, peritos, o terceros deduciendo derecho propio).

- d) Solución de la controversia o controversias planteadas.- El fin último del proceso es la solución de la controversia o controversias planteadas. Según se mencionó, la unidad de la pluralidad de actos se consigna a virtud de una finalidad u objetivo común que, casualmente es la tendencia a la solución de la controversia. Se utiliza el plural de la palabra controversia puesto que en ocasiones se han ejercitado varias acciones simultáneamente y cada una de ellas entraña una controversia; además de que pueden presentarse controversias accesorias (legales, intereses y costas).

Así las cosas, es menester señalar que dentro del proceso se encuentra regulado lo que comúnmente se denomina relación jurídica procesal, la cual se refiere al nexo *deber ser* que vincula el supuesto normativo con las consecuencias jurídicas. Así, realizada la hipótesis normativa deben producirse las consecuencias de derecho, engendradoras de derechos y obligaciones.

En la relación jurídica existe un sujeto pretensor que reclama de un sujeto obligado el cumplimiento de un deber que constituye el derecho del sujeto pretensor. Dadas ciertas circunstancias previstas por la norma jurídica, se actualiza el deber ser que entraña el cumplimiento de las obligaciones previstas en las consecuencias jurídicas.

Rafael de Pina, en su Diccionario de Derecho,⁷³ determina que la relación jurídica es el vínculo establecido entre personas regido por el derecho. Estima que constituyen elementos de la relación jurídica: El sujeto, el objeto y el acto jurídico.

Por su parte, Eduardo Pallares⁷⁴ conceptúa la relación jurídica como toda relación entre seres humanos sujeta a la norma jurídica o que está reglamentada. De ello se infiere, que la relación jurídica nunca se establece entre el hombre y las cosas; sin embargo, es conveniente aclarar que, la relación jurídica no sólo puede darse

⁷³ Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, S.A., México, 1965, p. 63.

⁷⁴ Diccionario de Derecho Procesal Civil, *op. cit.*, nota 66, p. 77.

entre seres humanos, en su carácter de personas jurídicas, sino también entre personas jurídicas de las comúnmente llamadas *morales*, que no son seres humanos sino creaciones del derecho, como entes capaces de derechos y obligaciones aunque carezcan de sustantividad psicofísica. Es cierto que, el impulso de la actuación de las personas morales obedece a la actividad desplegada por las personas físicas a través de los órganos que ellas representan.

En esos términos, dicha relación consiste en el complejo de derechos y deberes de los cuales está hecho el proceso civil; es decir, promovida la demanda y antes de que pueda ser juzgada, es necesaria examinarla dentro del procedimiento contradictorio, lo cual crea un estado especial de pendencia, conocido desde el derecho romano con el nombre de *litis pendencia*, o sea el estado de debate en la plenitud de los efectos jurídicos que de él pueden surgir. De aquí deriva que puede afirmarse que *litis pendencia* y relación jurídica procesal sean términos en buena parte coincidentes.

Es evidente que en el proceso no existe una sola relación jurídica, sino que se despliegan un conjunto de ellas, pues cada vez que la norma procesal establece la regulación de un acto confiriendo derechos e imponiendo deberes hay una relación jurídica, entre el sujeto obligado y el sujeto pretensor. Así, cuando se concede al actor el derecho de promover una demanda, con el ejercicio de una o varias acciones, existe el deber del juzgador de pronunciarse sobre la admisión o rechazo de esa demanda. Así las cosas, es de admitirse el criterio de que el derecho del gobernado a solicitar el ejercicio de la función jurisdiccional es independiente a la tendencia real del derecho de fondo que se reclama al ejercitarse la acción; dicho en otros términos, el derecho material o de fondo cuya conculcación se reclama, deriva también de una relación jurídica material existente o inexistente entre el actor y el demandado.

Por tanto, se insiste, que no puede considerarse que haya una sola relación jurídica en el proceso, pues hay tantas relaciones jurídicas como derechos y obligaciones recíprocas se establezcan entre las partes.

2. Las partes en el proceso.

Giuseppe Chiovenda⁷⁵, tratadista clásico de Derecho Procesal Civil, establece: *Es parte aquel que pide en su propio nombre (o en cuyo nombre se pide) la actuación de la voluntad de la ley, y aquel frente al cual es pedida. El actor o el demandado, directamente, o por conducto de la persona que los representa, solicitan la actuación del órgano jurisdiccional, mismo que ha de proceder conforme a lo dispuesto por la ley.*

La doctrina establece que en el proceso civil tienen calidad de parte quien como actor o demandado solicita un acto de tutela jurisdiccional, lo que significa que todo proceso supone la existencia de dos o más partes (físicas o morales), en posiciones contrapuestas.

Al efecto, persona física es el individuo poseedor de substantividad psicofísica que ha surgido con su nacimiento y que se extinguirá con su muerte, independientemente de que ciertos derechos los podrá transmitir después de su muerte y otros derechos se extinguirán con él por ser personalísimos.

Esta vivienda de la persona física del nacimiento a su muerte está prevista legislativamente en el artículo 22 del Código Civil Federal, el cual a la letra señala: *La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento 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.*

En ese sentido, las personas físicas deben estar dotadas de capacidad de ejercicio para poder comparecer por sí mismas en juicio pues, en caso de que carezcan de esta clase capacidad, deberán acudir a juicio debidamente representadas; lo anterior encuentra su fundamento legal en los artículos 23 y 24 del citado ordenamiento, al señalar:

⁷⁵ Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial de Derecho Privado, Vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, p. 70.

Artículo 23.- La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentarse contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

Artículo 24.- El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.

Asimismo, el Código Civil Federal, en relación con las personas morales, señala:

Artículo 25.- Son personas morales:

I.- La Nación, los Estados y los Municipios;

II.- La demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley;

III.- Las sociedades civiles o mercantiles;

IV.- Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;

V.- Las sociedades cooperativas y mutualistas;

VI.- Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley; y

VII.- Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.

Artículo 26.- Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución.

Artículo 27.- Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos.

Artículo 28.- Las personas morales se registrarán por las leyes correspondientes, por su escritura constitutiva y por sus estatutos.

En razón a lo anterior, el carácter de parte lo tienen única y exclusivamente quienes, en el proceso, fungen como actor y demandado (persona física o moral). Este es un criterio práctico que elimina la posibilidad de englobar a los demás sujetos intervinientes en el proceso.

Capacidad de goce y de ejercicio en el proceso.

La aptitud para intervenir en el proceso como parte es la capacidad de goce que tiene la persona física o moral para deducir derechos propios en una situación controvertida que requiere el desempeño de la función jurisdiccional. De igual suerte, la capacidad de ejercicio, es aquella en la que se pueden ejercitar por sí mismos los derechos en el proceso.

A mayor abundamiento, la capacidad procesal o para obrar en juicio, en nombre propio o en representación de otro, puede definirse como la facultad de intervenir activamente en el proceso. Quienes intervienen directamente en el proceso, lo pueden hacer en nombre propio y entonces son parte, con capacidad de goce y de ejercicio. Cuando lo hacen en nombre de su representado, tiene una facultad de representación que permite a sus representados intervenir por conducto de ellos en el proceso, complementando su capacidad de goce. En esta última hipótesis, la parte no es el representante sino que lo es la parte representada.

Eduardo Pallares⁷⁶ hace referencia a la capacidad procesal y considera que: *es el poder jurídico que otorgan las leyes a determinados entes de derecho para que ejerciten el derecho de acción procesal ante los tribunales*. En ese sentido, se considera que la capacidad procesal no debe limitarse al derecho de acción pues, también abarca la posibilidad del demandado de interponer sus excepciones.

Por otra parte, es conveniente precisar que, quienes tienen capacidad de goce y de ejercicio en materia procesal pueden hacerse representar en juicio en una representación voluntaria. Quienes tienen capacidad de goce procesal y no tienen capacidad de ejercicio procesal tienen el deber de hacerse representar en juicio; a esta representación la llamaríamos forzosa pues, es imprescindible para comparecer en juicio.

⁷⁶ Dorantes Tamayo, Luis, *op. cit.*, nota 65, p. 85.

El maestro José Becerra Bautista, es claro al mencionar la diferencia entre la capacidad de ser parte frente a la capacidad de estar en juicio pues, afirma:⁷⁷ *...la capacidad que se necesita para ser parte en un proceso, la legitimatio ad processum es diversa a la capacidad de derecho civil pues, pueden ser parte procesalmente los incapaces civilmente considerados, aun cuando por ellos comparezcan sus representantes legales; y no pueden comparecer por ellos mismos, sino a través de representantes, los entes colectivos, no obstante que estén en pleno goce de sus derechos civiles.*

Acerca de los entes colectivos, éstos tienen capacidad de goce procesal debido a que se les puede considerar como parte, empero, no tienen capacidad de ejercicio procesal, pues no pueden comparecer directamente, sino sólo a través de su representación legal.

Atendiendo al procesalista Rafael Pérez Palma, debe distinguirse entre la capacidad jurídica y la capacidad procesal; la jurídica, según se mencionó, se adquiere con el nacimiento, en tanto que la procesal, se alcanza con la mayoría de edad o con la emancipación.

Merced a lo antes expuesto, la incapacidad de ejercicio no entraña la incapacidad procesal pues, el incapaz puede ser parte en un juicio, por tanto, tiene capacidad de goce procesal. Ahora bien, si es incapaz, no puede intervenir directamente en el juicio, sino que requiere de la representación, por tanto, carece de la capacidad de ejercicio y su capacidad de goce se complementa con la representación para poder actuar a través del representante necesario.

Legitimación.

Legitimar es probar que algo está conforme a la ley. Es reunir los requisitos legales para que algo este conforme a la ley.

⁷⁷ Aniceto, López, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Editorial Editor, Buenos Aires, 1942, pp. 308-318.

Al respecto, el procesalista uruguayo Eduardo J. Couture⁷⁸, establece que la principal causa de la legitimación procesal es aquella en que se rechaza la demanda por no ser el actor el titular del derecho invocado; por ello, el concepto de cosa juzgada formal permite distinguir nítidamente el alcance del fallo. Este decide, en todo caso, mediante cosa juzgada formal el problema tal como ha sido propuesto en el juicio decidido; empero, no existe cosa juzgada sustancial en cuanto a que el verdadero titular pueda promover la misma cuestión en un nuevo proceso.

De igual forma, el citado autor menciona que también existe el principio de representación, el cual rige en todos aquellos casos en que la ley confiere a un sujeto de derecho la legitimación procesal para actuar en juicio en interés y defensa de otro (del defensor de oficio frente al ausente; del padre frente al hijo menor; del autor frente al pupilo; etc.). En esos casos, la cosa juzgada dada contra el representante alcanza al representado, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad que pudieran surgir entre ambos.⁷⁹

Por su parte, el mexicano Carlos Cortés Figueroa, catedrático de Derecho Procesal, se refiere a la legitimación de la siguiente manera: La parte que pone de relieve (primero provisoriamente y tan sólo para los efectos de constituir la relación jurídica procesal, y quizá más tarde, en forma definitiva en la sentencia) ser titular de los intereses jurídicos en duda o en disputa, se considera legitimada en la causa, es decir, en el acto o negocio subyacente; la parte que evidencia que reúne las condiciones necesarias para actuar en el proceso (lo cual puede coincidir en la misma persona, o en otra diferente como es el caso de los representantes legales), se considera legitimada en el proceso.

Así, por ejemplo, cuando procesalmente comparece y se desenvuelve un gerente, como representante legal y acreditado de una sociedad mercantil, se le estimará legitimado *ad processum*, pero los intereses jurídicos de por medio acreditarán a la

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ Pallares Eduardo. Tratado de las Acciones Civiles. Sexta edición corregida y aumentada; Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, p. 45.

empresa como legitimada *ad causam*. Esto permite entender que la pretensión procesal la sostiene quien se legitima en el proceso; la acción la ejerce quien se legitime procesalmente, no obstante sea en beneficio de la parte legitimada en la causa; y la sentencia beneficiará o perjudicará en forma decisiva a esta última.

Así mismo, el maestro Eduardo Pallares⁸⁰, señala que la legitimación procesal es la situación en que la persona se encuentra en relación con determinado estado de derecho, lo que le permite intervenir y obrar en él.

En ese sentido, establece que la legitimación en el derecho procesal asume las siguientes figuras: legitimación en la causa, legitimación en el proceso, legitimación activa, legitimación pasiva, legitimación autónoma y legitimación subordinada.

Se dice que una persona está legitimada en la causa, cuando es titular de los derechos o de las obligaciones materia del juicio, y por lo tanto, la sentencia que se pronuncia en éste, la afecta directamente, o lo que es igual, la obliga. Si la parte es extraña a la relación jurídica que se controvierte en el proceso, se dice que no está legitimada en la causa.

Por cuanto hace a la legitimación en el proceso, ésta es la facultad de ejercitar el derecho de acción procesal ante los tribunales.

La legitimación activa es la que corresponde al actor, y consiste en que sea titular de los derechos que pretende ejercitar por medio de la demanda; y la pasiva, es la concerniente al demandado, y radica en el hecho de que éste sea la persona obligada a cumplir las prestaciones que el actor exige en su demanda.

⁸⁰ Dorantes Tamayo, Luis, *op. cit.*, nota 65, pp. 219-221.

Así mismo, se considera que la legitimación es autónoma, cuando la persona que goza de ella no la tiene por su relación de dependencia con otra persona, sino por su propio derecho. En caso contrario es subordinada (tercero coadyuvante).

La legitimación es una cualidad que corresponde a las partes en el proceso y a sus representantes para poder actuar válidamente en el proceso, por derecho propio o en representación de otro.

A mayor abundamiento, la persona que pretenda intervenir en el proceso en representación de otra, deberá tener el derecho de representación, pues de lo contrario será una situación fáctica que, en definitiva no será válida y prosperará la objeción que haga a su falta de legitimación.

En efecto, el artículo 29 del Código de Procedimientos del Distrito Federal, en su parte conducente, establece: *Ninguna acción puede ejercitarse sino por aquel a quien compete o por su representante legítimo...*

En ese sentido, la doctrina jurídica señala que existe falta de legitimación cuando no se acredite el carácter o representación con que se reclama o cuando no se tiene el carácter o representación con que a alguien se le demanda.

Personalidad.

Acerca del concepto de personalidad jurídica, el maestro Cipriano Gómez Lara⁸¹, señala que la capacidad de goce es la aptitud del sujeto para poder disfrutar de los derechos que le confiere la ley y por ello, se identifica en este sentido, con el concepto de personalidad jurídica, entendida éste precisamente como la idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones y que implica la concurrencia de una serie de atributos, precisamente llamados atributos de la persona, como lo son: el nombre, el domicilio, el estado civil, el patrimonio, entre otros.

⁸¹ Teoría General del Proceso, UNAM, Textos Universitarios, México, 1974.

A su vez, el maestro Rafael de Pina⁸² nos proporciona un doble concepto de personalidad: *Idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones y capacidad para estar en juicio*. El primer concepto gira alrededor de la noción de persona jurídica, mientras que el segundo se refiere a la capacidad procesal.

En esos términos, la palabra personalidad es una derivación de la expresión persona y por tanto, la personalidad jurídica deriva de la persona jurídica.

Por persona jurídica, conforme al criterio Kelseniano entendemos el centro de imputación de normas jurídicas. El concepto usual y más extendido de persona jurídica, mismo que nosotros aceptamos es el de ente capaz de derechos y obligaciones.

Consecuentemente, en una primera acepción de la personalidad jurídica se atenderá a que, en el proceso, intervengan como partes o como terceros sólo las entidades, físicas o morales que, conforme a derecho, tengan personalidad jurídica y la tendrán cuando tengan, a su vez, el carácter de personas jurídicas. Una entidad que pretenda intervenir, sin tener el carácter de persona jurídica carecerá de personalidad jurídica.

A mayor abundamiento, si alguien tiene el carácter de persona jurídica pero, no acredita su carácter como tal en juicio, carecerá de personalidad es ese juicio, por falta de comprobación.

Por otra parte, existen personas que por su incapacidad de ejercicio, no pueden comparecer por sí mismas, sin representación, en juicio. Sin compareciesen por su propio derecho en el proceso, sin representación legal, carecerían de personalidad para hacerlo por falta de capacidad de ejercicio. Por tanto, la personalidad de los incapacitados requiere en el proceso de la presencia de los representantes legales de los incapacitados. Si comparecen los representantes legales como sujetos que representan a incapacitados, tendrán personalidad acreditada los incapaces, por conducto de quienes lo representan.

⁸² Diccionario de Derecho, *op. cit.*, nota 68, p. 57.

Por supuesto que, los representantes de los incapacitados deberán demostrar que, tienen esa representación que ostentan.

De igual manera, las personas morales requerirán de representantes para concurrir a juicio al no poderlo hacer directamente. Con este motivo, el representante deberá acreditar la posesión de esa representación. La carencia de la representación o la falta de demostración de la representación conducirá a la procedencia de una excepción de falta de personalidad con las consecuencias procesales desfavorables para todo carente de personalidad.

Merced a lo anterior, podemos señalar que la personalidad jurídica es la cualidad que poseen las personas físicas o morales para actuar válidamente en el proceso como actores, demandados o terceros o como representantes de ellos.

3. La acción.

En la acción procesal interesa la conducta dinámica de una persona, física o moral, que originará la actuación del órgano con potestad para el desempeño de la función jurisdiccional respecto de otro sujeto que habrá de adoptar, a su vez, una conducta de aceptación o rechazo total o parcial, de lo que se reclama.

La conducta humana es un comportamiento, un proceder, una actitud, una postura, que implica dos grandes posiciones: la acción y la omisión. En la acción, el sujeto realiza una conducta dinámica en la que se pone en movimiento para impactar el mundo que le rodea; en la omisión hay una inactividad, una abstención de conducta, una paralización de su hacer, es un no hacer, un no actuar.

En ese sentido, al hecho de acudir ante el órgano capacitado para atender, como intermediario, las reclamaciones contra otras personas físicas o morales se la ha denominado la acción procesal.

Los romanos definieron la acción procesal, de la siguiente manera: “*actio nihil aliud est nisi jus persequendi iudicio quod sibi debetur*”, que significa: La acción es el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe.⁸³ Este antiguo concepto tiene el acierto de enfocar el actuar de un sujeto hacia el juicio para dirigirlo hacia otro sujeto que presuntamente debe algo, o sea que, tiene una obligación jurídica de la que es pretensor el primero. En ese sentido, el remoto concepto romano, tiene la virtud de considerar a la acción como un derecho.

De igual suerte, un concepto que se ha turnado tradicional sobre la acción es el del ilustre jurista italiano Giuseppe Chiovenda:⁸⁴ “...*el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley*”.

El derecho de acción no es un elemento del derecho material; se trata de dos derechos distintos y, en todo caso, el presunto derecho material podría constituir un presupuesto para el ejercicio del derecho de acción; es decir, los objetivos del derecho de acción no se agotan en la defensa del derecho material ni en su esclarecimiento. Al efecto, el maestro José Becerra Bautista⁸⁵, distinguido procesalista mexicano refiere que la acción es un derecho subjetivo procesal, distinto del derecho sustancial hecho valer, consistente en la facultad de pedir de los órganos jurisdiccionales su intervención para la aplicación vinculativa de una norma abstracta a un caso concreto.

En esos términos, al ser la acción un derecho subjetivo procesal, es obvio que con su ejercicio se inicia el proceso; empero, puede suceder que el derecho sustancial que se hace valer es presunto pues, la acción reposa en su existencia presunta, no en su existencia real.

⁸³ Becerra Bautista, José, *El Proceso Civil en México*, Editorial Porrúa, 6ª edición, México, 1977, pp. 1-2.

⁸⁴ Instituciones de Derecho Procesal Civil, *op. cit.*, nota 70, pp. 78-80

⁸⁵ Becerra Bautista, José, *op. cit.*, nota 78 p. 3.

A mayor abundamiento, la acción es un derecho subjetivo porque el actor tiene la prerrogativa de exigir de un sujeto obligado la realización de una conducta de hacer. En la relación jurídica existen dos sujetos: uno obligado y otro pretensor. El titular del derecho acción es el sujeto pretensor, a quien se denomina actor.

Teorías sobre el derecho de acción.

*Federico Carlos de Savigny*⁸⁶.- En concepto de este autor alemán toda acción ha de reunir dos condiciones: un derecho y la violación de ese derecho. Tales condiciones son elementos imprescindibles para que se produzca la acción de tal manera que, si el derecho no existe, la violación del mismo no es posible. A su vez, si hay derecho pero no se produce su violación, el derecho no puede revestir la forma especial de una acción. El objetivo de la acción es la reparación de la violación cometida respecto del derecho.

*Windscheid*⁸⁷.- El jurista alemán Windscheid, en su obra denominada "*La acción en el Derecho Civil Romano desde el punto de vista moderno*", asevera que lo que nace de la violación de un derecho no es un derecho de accionar como afirma Savigny, sino una pretensión contra el autor de la violación, que se transforma en acción cuando se le hace valer en juicio. Así mismo, señala que existe la pretensión de someter la voluntad de otro y cuando se hace valer en juicio se transforma en acción. Por tanto, para él la acción es la pretensión deducida en juicio en contra del demandado.

*Muther*⁸⁸.- En la segunda mitad del siglo pasado, Muther contradujo algunos aspectos del pensamiento de Windscheid y sostuvo que la acción es un derecho público subjetivo, mediante el cual se tiene la tutela jurídica y se dirige contra el estado para la obtención de una sentencia favorable y contra el demandado para el cumplimiento de una prestación insatisfecha.

⁸⁶ Sistema del Derecho Romano Actual. Madrid, España, 1979, p. 383.

⁸⁷ Véanse los puntos principales de su tesis en Hugo Alsina, Tratado Teórico Práctico del Derecho Procesal Civil y Comercial, Editar S.A. Buenos Aires, 1963; en Cipriano Gómez Lara, Teoría General del Proceso; Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil.

⁸⁸ *Idem*.

Agregó que la acción tiene por presupuesto la existencia de un derecho privado y su violación, pero aunque está condicionado por el derecho subjetivo, es independiente de éste y su regulación corresponde al Derecho Público.

Así mismo, señaló que el derecho de obrar es diferente del derecho privado lesionado, y que la acción es un derecho hacia el estado en la persona de sus órganos jurisdiccionales. Al estado le corresponde no sólo el deber hacia el titular del derecho de impartir la tutela, sino aun un derecho subjetivo, también público, de desplegar contra el particular obligado una coacción necesaria para obtener el cumplimiento de sus prestaciones.

*Wach*⁸⁹.- Jurista alemán, parcialmente seguidor de Muther; apunta que la acción es un derecho público al que corresponde otorgar la tutela del derecho, pero es un derecho concreto en cuanto su eficacia afecta sólo al adversario, la acción corresponde a quien tiene derecho a una sentencia favorable. Coincide con Muther en que la acción es un derecho que se dirige, al mismo tiempo, contra el estado y en contra el adversario, como un derecho público al juicio y a la sentencia.

Giuseppe Chiovenda.- Define la acción como el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley por el órgano jurisdiccional.

En tal noción de acción, sobreentendemos que la decisión del actor en el sentido de ejercitar del derecho de acción y el hecho de su ejercicio mueven al órgano con facultades jurisdiccionales para realizar la aplicación normativa a la controversia a él sometida. El principio dispositivo requiere la instancia de parte para que el proceso se inicie y el acto iniciador del proceso es la acción.

Dentro del modo de concebir la acción por Chiovenda, la acción pertenece al género de los derechos potestativos. Ello significa que el actor no está obligado a interponer la acción aunque tenga ese derecho. Existen multitud de derechos que

⁸⁹ *Ibidem*.

su respectivo titular posee y que no desea ejercitar, sin verse obligado a realizar su ejercicio frente a estos.

Al examinar las opiniones que anteceden de juristas de relevancia universal, se puede concluir que el derecho de acción no puede prescindir del derecho material o sustantivo, pues es objetivo de la acción pretender, mediante el desempeño de la función jurisdiccional, la obtención de la tutela de ese derecho sustantivo o material.

Por supuesto que, para ello el derecho de acción se funda en un presunto derecho y en una presunta violación a ese derecho. Se habla de presunto derecho porque puede no existir, puede no comprobarse o puede ser neutralizado. Así mismo, se habla de presunta conculcación, porque es base del derecho y acción que se pida la intervención del órgano jurisdiccional para resolver la controversia existente que deriva de la presunta actitud del demandado de desconocimiento de los deberes a su cargo.

A mayor abundamiento, en el derecho de acción encontramos una relación jurídica compleja en la que el órgano jurisdiccional, estatal o arbitral, es un intermediario con ciertos deberes pero, los fines últimos del derecho de acción están encauzados contra el sujeto pasivo destinatario de los efectos trascendentes de la acción, este sujeto pasivo, en forma genérica se denomina demandado.

Dicho en otros términos, el derecho de acción lleva la intención del actor a la resolución favorable pero, el actor es sabedor de que toda acción lleva el riesgo de que no obtenga el fallo conforme a sus pretensiones y que la decisión le sea adversa total o parcialmente. Por tanto, el derecho de acción no es la prerrogativa a la sentencia favorable pero, sí es la facultad que conduce a todo el procedimiento jurisdiccional hasta la sentencia y aun, en su caso, hasta la ejecución forzada de lo fallado.

En ese sentido, el derecho de acción se hace valer ante un órgano con facultades jurisdiccionales que no pertenece única y exclusivamente al poder judicial puesto que, se ha extendido la tendencia a dotar a órganos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo de facultades para resolver cuestiones controvertidas.

La acción y la pretensión.

Bajo el ángulo procesal el vocablo pretensión alude a lo que el sujeto quiere o solicita en relación a un derecho o con una acción. En la pretensión, existen dos sujetos: uno activo que se empeña en obtener algo; y otro pasivo, que debe realizar la pretensión que intenta el activo, a cargo del pasivo.

En el derecho procesal con frecuencia se hace referencia a la pretensión, ello obliga a examinar su alcance y significado para que no haya confusión con la acción, ni con el derecho subjetivo que la acción tiende a tutelar.

El maestro Rafael de Pina, en su *Diccionario de Derecho*,⁹⁰ define a la pretensión procesal: *Acción y pretensión son entidades jurídicas diferentes, pero no opuestas. La acción, como poder o facultad de provocar e impulsar la actividad jurisdiccional, al ser ejercitada, abre la posibilidad legal de que el juez resuelva sobre una pretensión que, integrando el contenido de una demanda, constituye el objeto del proceso.*

En ese sentido, es evidente que en la acción se ejercita la facultad de poner en movimiento al órgano jurisdiccional; y en la pretensión se precisa que es lo que se pide, solicita o pretende quien ha ejercitado la acción.

A su vez, Ennecerus⁹¹ determina que la pretensión es *el derecho a un acto o a una omisión dirigido contra persona determinada*. En efecto, el derecho subjetivo es la facultad de exigir, que tiene un sujeto activo de la relación jurídica, frente al sujeto pasivo que debe otorgar una pretensión de dar, hacer o no hacer; dicho en otros

⁹⁰ Diccionario de Derecho, *op. cit.*, nota 68, pp. 60-61.

⁹¹ Pallares, Eduardo, *op. cit.*, nota 74, p. 74.

términos, la pretensión es lo que concretamente solicita el sujeto activo del sujeto pasivo, independientemente de que tenga derecho o no a ello.

Por lo anterior, la pretensión no debe confundirse con el derecho subjetivo pues, éste entraña la facultad derivada de una norma jurídica para exigir del sujeto obligado en la relación jurídica una conducta de dar, hacer o no hacer. A mayor abundamiento, en la pretensión ya hay una conducta del sujeto activo en la que delimita su exigencia; es decir, la pretensión es un hecho, mientras que el derecho subjetivo es un fenómeno jurídico y no fáctico.

Elementos de la acción.

Para la mejor comprensión de la acción, conviene examinar la integración de la misma, analizando sus componentes. Al respecto, Giuseppe Chiovenda, menciona: *...las acciones constan de los tres siguientes elementos, la especificación de los cuales es la parte más importante de la demanda: 1) Los sujetos, es decir, el sujeto activo (actor), al cual corresponde el poder de obrar; el pasivo (demandado) frente al cual corresponde el poder de obrar personal; y el órgano jurisdiccional o arbitral; 2) El objeto, es decir, el efecto al cual tiende el poder de obrar lo que se pide (petitum); 3) La causa de la acción, es decir, un estado de hecho y de derecho que es la razón por la cual corresponde una acción, y que por regla general se divide a su vez en dos elementos: relación jurídica y un estado de hecho contrario a derecho (causa petendi).* El objeto a cuya adquisición está coordinada la actuación de la ley, se llama objeto mediato de la acción.

En síntesis, del pensamiento de Chiovenda se derivan tres clases de elementos de la acción: sujetos, objeto y causa de la acción. En la acción los sujetos son:

- El titular de la acción, denominado actor o demandante que, es quien acude o, por lo menos tiene el derecho de acudir ante el órgano jurisdiccional o arbitral, a reclamar la prestación de la función

jurisdiccional, con la pretensión de obtener una conducta forzada determinada en el demandado.

- El órgano jurisdiccional o arbitral, dotado de facultades para decir el derecho, que será el intermediario imparcial que habrá de resolver la situación controvertida que a él le ha sido sometida.
- El sujeto pasivo, que como destinatario va a soportar los efectos del derecho de acción, primero para quedar sometido a un juzgador, después para soportar las cargas y las obligaciones procesales y quedar sometido a una serie de riesgos que pudieran culminar o no con una sentencia desfavorable, que le engendraría nuevos deberes a su cargo, independientemente de que reafirmaría algunas obligaciones preexistentes.

Por su parte el objeto de la acción, está constituido por la prestación o prestaciones que se reclaman por el acto del demandado (es la conducta que se exige). La acción tiene por objeto que el órgano jurisdiccional despliegue todos los actos tendientes a decir el derecho, con inclusión del acto culminante que es el dictado de la sentencia definitiva; por supuesto que, el resultado final puede ser adverso al actor, total o parcialmente.

Respecto a la causa de la acción, Chiovenda menciona dos elementos: un derecho y una situación contraria a ese derecho; en efecto, el actor alude a la tendencia de un derecho, el cual puede no llegar a prosperar, es decir, se habla de un presunto derecho.

En ese sentido, si el derecho es presunto, también la violación del derecho es presunta. La argumenta el actor, pero puede suceder que no haya tal violación del derecho. Dicho en otros términos, puede producirse la hipótesis de que el derecho haya existido, pero no se produjo la violación del derecho; de igual suerte, es factible que haya derecho y que haya violación del derecho pero que ésta no se acredite en juicio, será presunta la violación.

En suma, en el derecho de acción existen dos causas: un presunto derecho sustantivo o material y una presunta conculcación a ese presunto derecho, en el entendido de que, el resultado final de una acción, es intrínseco a la acción misma.

4. La excepción.

La excepción es un medio de defensa que tiene el demandado para detener la tramitación del proceso (excepción dilatoria) o para desvirtuar la procedencia de la acción intentada por la contraparte (excepción perentoria). Para Eugéne Petit⁹² la excepción no es más que un modo de defensa que el demandante puede hacer valer en el curso del proceso; tiene por objeto la absolución del demandado.

En la excepción encontramos una tendencia del demandado hacia la neutralización total o parcial de los efectos de la acción pero, esta tendencia puede tener resultados favorables o contrarios.

Giuseppe Chiovenda⁹³ acerca de la excepción determina: *La práctica emplea este nombre para cualquier actividad de defensa del demandado, es decir, para cualquier instancia con que el demandado pide la desestimación de la demanda del actor, cualquiera que sea la razón sobre la cual la instancia se funde.* En sentido general, excepción significa cualquier medio del que se sirva el demandado para justificar la demanda de desestimación y por tanto, también la simple negación del fundamento de la misma; en sentido más estricto, comprende toda defensa de fondo que no consista en la simple negación, sino la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo que excluya los efectos jurídicos del hecho del actor (prescripción, incapacidad, entre otros).

En efecto, la excepción puede considerarse en sentido amplio como cualquier defensa que esgrima el demandado para proteger su situación y que, en sentido estricto, sería sólo la defensa orientada a neutralizar directamente la acción, en

⁹² Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Saturnino Callejas, S.A., Madrid, España, 1924, pp. 400-409.

⁹³ Arrellano García, Carlos. Teoría General del Proceso. Editorial Porrúa, S.A. México, 1997, p. 297.

forma total o parcial por razones internas de la propia acción. Por su puesto, que aun en el caso de que el demandado no tenga razón puede oponer excepciones y será la sentencia la que habrá de pronunciarse sobre la operación o rechazo de las excepciones.

A mayor abundamiento, la excepción es una prerrogativa o facultad que tiene el demandado de defenderse, de contradecir todo lo que en la demanda se ejerce en contra de él.

El titular del derecho de excepción lo es el demandado (persona física o moral); esta situación se presenta dentro de un proceso, pues el derecho de excepcionarse, no se actualiza sino hasta el momento que se hace valer y ello ocurre sólo dentro de un proceso; en esos términos, cuando se opone una excepción no se dirige directamente al sujeto que tiene la calidad de parte contraria, sino que la excepción se encauza por conducto o intermediación del juez, aunque el peso de los efectos de la excepción, de proceder, recaerá en la parte contraria.

La esencia de la excepción es contradecir lo establecido en la demanda: la competencia del juez; la personalidad de la actora; la legitimidad de quien ejercita la acción; los hechos invocados; el derecho presuntamente aplicable que ha sido propuesto por el actor, el procedimiento elegido; los elementos de la acción; los presupuestos procesales; entre otros.

En ese sentido, la finalidad de la excepción es detener el proceso o que se dicte sentencia absolutoria, favorable al que opone la excepción (puede ser total o parcial).

Clasificación de las excepciones.

La tendencia a la clasificación de las excepciones es remota, pues data del Derecho Romano.⁹⁴ En ese derecho, las excepciones, según su origen eran civiles o perentorias; es decir, podían fundarse en la equidad o en la utilidad general (lo

⁹⁴ Arangio Ruiz, V. Las Acciones en el Derecho Privado Romano. Trad. Faustino Gutiérrez-Alviz. Madrid. Revista de Derecho Romano. 1945, p. 23.

que hoy llamamos el bien común); la excepción de dolo estaba fundada en la equidad, mientras que la excepción de *rei judicatae* (cosa juzgada) estaba apoyada en la utilidad general.

Lo interesante de esta breve incursión en el Derecho Romano, estriba en que la más socorrida clasificación de las excepciones que se refiere a la división de ellas en dilatoria y perentorias, ya existía. En efecto, el procesalista mexicano Eduardo Pallares,⁹⁵ respecto a la clasificación de las excepciones menciona:

- Dilatorias.- Son las que solamente dilatan el ejercicio de la acción o el curso del proceso;
- Perentorias.- Se obtiene mediante ellas una sentencia que absuelve al demandado, no sólo de la instancia sino también de la acción, por que destruyen ésta;
- Mixtas.- Los jurisconsultos clásicos consideraban como tales a las que podían oponerse sea como dilatorias o como perentorias, e incluían en este grupo la de cosa juzgada y la transacción;
- Personales.- Las que sólo pueden ser opuestas por determinadas personas de las que figuran en una misma relación jurídica como demandados;
- Reales.- Las contrarias a las anteriores porque pueden oponerse por todos los obligados (pago, nulidad de la obligación, causa ilícita de la misma, etc.);
- Procesales.- las que se fundan en un vicio del proceso (incompetencia, falta de capacidad del actor o del demandado, etc.);
- Materiales.- Las que conciernen a los derechos controvertidos;
- De previo y especial pronunciamiento.- Las que paralizan el curso del juicio, porque éste no puede seguir adelante mientras no se resuelva la procedencia de aquellas. Si se declaran admisibles, el juicio queda paralizado.

⁹⁵ Derecho Procesal Civil. Editorial Viracocha, tomo II, Buenos Aires, Argentina, 1976, p. 102.

En concepto de Ricardo Reimundi,⁹⁶ son excepciones dilatorias: a) incompetencia; b) falta de capacidad procesal o de personería; c) litispendencia; d) defecto legal; e) arraigo. Son excepciones perentorias: 1) cosa juzgada; 2) transacción; 3) prescripción.

Al efecto, los artículos 35 y 36 del Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal, en su parte conducente señalan:

Artículo 35.- Son excepciones procesales las siguientes:

- I. La incompetencia del juez;*
- II. La litispendencia;*
- III. La conexidad de la causa;*
- IV. La falta de personalidad del actor o del demandado, o la falta de capacidad del actor;*
- V. La falta de cumplimiento del plazo, o de la condición a que esté sujeta la obligación;*
- VI. El orden o la excusión;*
- VII. La improcedencia de la vía;*
- VIII. La cosa juzgada, y*
- IX. Las demás a las que les den ese carácter las leyes.*

Todas las excepciones procesales que tenga el demandado debe hacerlas valer al contestar la demanda, y en ningún caso suspenderán el procedimiento. Si se declara la litispendencia, el efecto será sobreseer el segundo juicio. Salvo disposición en contrario, si se declara procedente la conexidad, su efecto será la acumulación de autos con el fin de que se resuelvan los juicios en una sola sentencia...

Artículo 36.- Salvo la incompetencia del órgano jurisdiccional, las demás excepciones procesales, y las objeciones aducidas respecto de los presupuestos procesales se resolverán en la audiencia previa, de conciliación y de excepciones procesales... De todas las excepciones que deban resolverse en la audiencia se dará vista a la contraria por el término de tres días para que manifieste lo que a su derecho convenga.

Si al oponer las excepciones de falta de personalidad, conexidad, litispendencia o falta de capacidad, se promueven pruebas, deberán ofrecerse en los escritos respectivos, fijando los

⁹⁶ *Idem*, p. 108.

puntos sobre los que versen, y de ser admisibles se ordenará su preparación para que se reciban en la audiencia previa, de conciliación y de excepciones procesales...

a) Excepción de incompetencia.

Por lo que hace a la excepción de incompetencia puede promoverse por declinatoria o por inhibitoria (artículo 163 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal). La declinatoria se propondrá ante el juez a quien se considere incompetente, pidiéndole que se abstenga del conocimiento del negocio y remita los autos al considerado competente.

La inhibitoria se intenta ante el juez que se considere competente, pidiéndole que dirija oficio al que se estime no competente, para que se inhíba y remita los autos.

Lo anterior encuentra su fundamentos en los artículos 143 y 154 del Código de Procedimientos Civiles citado, al señalar:

Artículo 143.- Toda demanda debe formularse ante juez competente.

Artículo 154.- Es nulo lo actuado por el juez que fuere declarado incompetente, salvo:

- I. La demanda, la contestación a la demanda, la reconvencción y su contestación, si las hubo, las que se tendrán como presentadas ante el juez en que reconocida una incompetencia, sea declarado competente;*
- II. Las actuaciones relativas al conflicto competencial, o aquellas por las que se decrete de oficio;*
- III. Cuando la incompetencia sea por razón del territorio o convengan las partes en su validez;*
- IV. Que se trate de incompetencia sobrevvenida; y*
- V. Los demás casos en que la ley lo exceptúe.*

En ese sentido, las cuestiones de competencia en ningún caso suspenderán el procedimiento principal, pero deberán resolverse antes de dictarse sentencia definitiva.

b) Excepción de litispendencia.

La expresión litispendencia es una palabra compuesta de dos vocablos: *litis* que significa pleito, litigio, proceso, juicio; y *pendencia* que significa pendiente, en tramitación. Por tanto, la razón de la excepción es que ya existe litigio pendiente en el que se tramita el mismo negocio. Al hacerse referencia al mismo negocio, ha de entenderse que las partes contendientes son las mismas y que el objeto del juicio anterior también se identifica con el del segundo juicio.

La excepción de litispendencia, encuentra su fundamento legal en el artículo 38 del Código de Procedimientos Civiles, el cual refiere: *La excepción de litispendencia procede cuando un juez ya de un juicio en el que hay identidad entre partes, acciones deducidas y objetos reclamados, cuando las partes litigen con el mismo carácter. El que la oponga debe señalar precisamente el juzgado donde se tramita el primer juicio, y acompañar copia autorizada de las constancias que tenga en su poder, o solicitar la inspección de los autos. En este último supuesto, la inspección deberá practicarse por el secretario, dentro del plazo de tres días, a quien de no hacerla en ese término se le impondrá una multa del equivalente al importe de cinco días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. El que oponga la litispendencia por existir un primer juicio ante juzgado que no pertenezca a la misma jurisdicción de apelación, sólo podrá acreditarla con las copias autorizadas o certificadas de la demanda y contestación formuladas en el juicio anterior, que deberá exhibir hasta antes de la audiencia previa, de conciliación y de excepciones procesales. En este caso declarada la litispendencia se sobreseerá el segundo procedimiento.*

En esos términos, el efecto que se pretende lograr con esta excepción es definitivo, pues se trata de que se concluya un indebido nuevo juicio y que se esté a los resultados del primero.

c) Excepción de conexidad.

El efecto de esta excepción es la acumulación de los autos del segundo expediente a los del primer juicio; los juicios acumulados se tramitarán como si fuera un solo juicio y se decidirá la controversia respectiva en una sola sentencia;

es decir, se trata de juicios distintos pero las acciones proceden de la misma causa.

Lo anterior, se encuentra fundamentado en los artículos 39 y 40 del multicitado Código de Procedimientos Civiles:

Artículo 39.- Existe conexidad de causa cuando haya:

- I. Identidad de personas y acciones, aunque las cosas sean distintas;*
- II. Identidad de personas y cosas, aunque las acciones sean diversas;*
- III. Acciones que provengan de una misma causa, aunque sean diversas las personas y las cosas, y*
- IV. Identidad de acciones y de cosas, aunque las personas sean distintas.*

...La excepción de conexidad tiene por objeto la remisión de los autos del juicio en que ésta se opone, al juzgado que previno en los términos del artículo 259, fracción I, de este código, conociendo primero de la causa conexas, para que se acumulen ambos juicios y se tramite como uno, decidiéndose en una sola sentencia.

Artículo 40.- No procede la excepción de conexidad:

- I. Cuando los pleitos están en diversas instancias;*
- II. Cuando los juzgados que conozcan respectivamente de los juicios pertenezcan a tribunales de alzada diferentes; y*
- III. Cuando se trate de un proceso que se ventile en el extranjero.*

d) Excepción de falta de personalidad o capacidad en el actor.

Independientemente de que se interponga la excepción de falta de personalidad, el artículo 47 del Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal, autoriza expresamente al juzgador para examinar de oficio la personalidad de las partes:

Artículo 47.- El juez examinará de oficio la personalidad de las partes y el interesado podrá corregir cualquier deficiencia al respecto hasta la audiencia que hace mención el artículo 272-A de esta ley. Contra el auto en el que el juez desconozca la personalidad negándose a dar curso a la demanda procederá el recurso de queja.

En ese sentido, se entiende que el juzgador ya ha revisado la personalidad de la parte actora antes de dictar el auto admisorio de la demanda. Por tanto, si se opone la falta de personalidad como una excepción, procederá a una nueva revisión de la personalidad de la parte actora, con base en los argumentos esgrimidos por la parte demandada.

A mayor abundamiento, según se mencionó, la parte actora ha de ser una persona jurídica con capacidad procesal. Si carece de ella, no deberá admitirse la demanda por tratarse de un presupuesto procesal, empero, de ser admitida, el demandado tiene la oportunidad de impugnarla al contestar la demanda y oponer la excepción de falta de capacidad.

e) Excepción de *sine actione agis*.

La excepción de *sine actione agis*, significa que el demandante carece de acción para reclamar lo que se pretende en alguna parte de la demanda (falta de acción).

Al interponer la excepción de falta de acción, habrá de tomarse en consideración la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, la cual refiere:

Defensa. Sine actione agis. No constituye propiamente hablando una excepción, pues la excepción es una defensa que hace valer el demandado para retardar el curso de la acción o para destruirla, y la alegación de que el actor carece de acción, no entra dentro de esta división. Sine actione agis no es otra cosa que la simple negación del derecho ejercitado, cuyo efecto jurídico en juicio, solamente puede consistir en el que generalmente produce la negación de la demanda, o sea, el de arrojar la carga de la prueba al actor, y el de obligar al juez a examinar todos los elementos constitutivos de la acción.

Es indudable que la negación de los hechos produce como resultado la inversión de la carga de la prueba, pues el actor deberá probar los hechos que le sirven de apoyo a su acción.

Merced a lo cual, si bien la jurisprudencia no la considera propiamente una excepción, también es cierto, que los tribunales mexicanos han pronunciado varias sentencias que resuelven que la excepción de *sine actione agis* no es otra cosa que la negación de la demanda.

5. Jurisdicción y competencia.

En su significado gramatical propio, el vocablo *jurisdicción* es considerado como el poder estatal para juzgar.

La jurisdicción, constituye un atributo que implica potestad, imperio y poder; es decir, quien posee la jurisdicción tiene una prerrogativa de imponer su voluntad sobre otros;

A mayor abundamiento, el referido atributo se confiere al Estado o sea a la persona jurídica que es resultado de la organización jurídica de un conglomerado humano, bajo un determinado gobierno en un cierto territorio. El Estado, quien tiene múltiples atribuciones tendientes a la satisfacción de las necesidades colectivas, actúa a través de órganos que son centros de atribuciones, o facultades y deberes. En el caso de la jurisdicción los órganos a través de los que actúa el Estado son los jueces o los árbitros.

La actuación de los jueces o árbitros, en representación del Estado, consistirá en decidir una cuestión en la que los interesados, que acuden ante el juzgador, pretenden que se les haga justicia, que se le dé a cada quien lo que corresponde conforme al criterio del juez. Pretenden que se les diga el derecho, que se les resuelva la situación de contradicción y de antagonismo, en que se encuentran.

Origen romano de la jurisdicción.

Eugéne Petit⁹⁷, señala que en el Derecho Romano existían funcionarios encargados de la organización judicial a los que se les daba la denominación

⁹⁷ Tratado Elemental de Derecho Romano, *op. cit.*, nota 87, p. 415.

genérica de magistrados, los cuales estaban investidos de una potestas o imperium. Tal potestad o imperio, a su vez, se subclasificaba en:

- a) *Imperium merum*.- Consistía en la potestad del magistrado para administrar y desempeñar atribuciones de policía, dentro de este género de atribuciones tenía la potestad de infligir castigos corporales;
- b) *Jurisdictio*.- Facultad que el magistrado poseía para decir el derecho.

Así las cosas, en el Derecho Romano, decir el derecho, tenía una significación amplia y una significación restringida. En forma amplia implicaba la potestad del magistrado de proponer una regla de derecho para resolver controversias. En efecto, los magistrados encargados de las funciones judiciales publicaban edictos que contenían reglas aplicables a todos los ciudadanos. En esta potestad amplia, encontramos la facultad de los jueces para establecer reglas generales que sirvieran para resolver futuras controversias (en nuestro derecho, esto equivale a la jurisprudencia obligatoria).

Ya desde el Derecho Romano la *jurisdictio*⁹⁸ podía encomendarse al *arbiter* o a varios árbitros, que eran los particulares designados para cada asunto y cuya misión termina en cuanto han pronunciado la sentencia.

También se encargaba normalmente al *judex* o jueces que integraban los tribunales permanentes.

Así las cosas, es menester señalar los elementos característicos de la *jurisdictio* romana:

- a) La jurisdicción es una potestad de los magistrados encargados de decir el derecho.
- b) Los magistrados que tienen a su cargo decir el derecho pueden ser simples particulares (árbitros); o pueden ser los jueces como miembros permanentes de la organización judicial.

⁹⁸ *Idem*.

- c) Al ejercer la jurisdicción, los magistrados pueden sujetarse a las normas jurídicas preexistentes y de esa manera resolver la controversia que ante ellos se ha planteado. Esta es la jurisdicción en sentido escrito. En un sentido más amplio, los jueces podían establecer normas generales para resolver controversias futuras. En este aspecto, la jurisdicción abarca una posibilidad más amplia y es la de establecer lo que actualmente denominamos jurisprudencia obligatoria para casos futuros.

Conceptos doctrinales de jurisdicción.

El procesalista italiano Giuseppe Chiovenda⁹⁹, considera que la jurisdicción es la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, o al hacerla prácticamente efectiva.

De igual forma, Ugo Rocco¹⁰⁰, establece que la jurisdicción es la actividad con que el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, interviniendo a petición de los particulares, sujetos de intereses jurídicamente protegidos, se sustituye a los mismos en la actuación de la norma que tales intereses ampara, declarando, en vez de dichos sujetos, que tutela concede la norma a un interés determinado, imponiendo al obligado, en lugar del titular del derecho, la observancia de la norma y realizando, mediante el uso de su fuerza coactiva, en vez del titular del derecho, directamente aquellos intereses cuya protección está legalmente declarada.

En el derecho mexicano, los destacados procesalistas José Castillo Larrañaga y Rafael de Pina¹⁰¹, expresan que la jurisdicción puede definirse como la actividad del Estado encaminada a la actuación del derecho objetivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto. De la aplicación de la norma general al caso concreto puede deducirse, a veces, la necesidad de ejecutar el contenido de la

⁹⁹ Instituciones de Derecho Procesal Civil, *op. cit.*, nota 70, p. 83.

¹⁰⁰ Teoría General del Proceso Civil, traducción del Lic. Felipe de J. Tena, Editorial Porrúa, S. A. México, 1959.

¹⁰¹ Instituciones de Derecho Procesal Civil, *op. cit.*, nota 70, p. 83.

declaración formulada por el juez, y entonces, la actividad jurisdiccional es no sólo declaratoria sino ejecutiva también.

A mayor abundamiento, en su *Diccionario de Derecho*, el maestro Rafael de Pina¹⁰², define a la jurisdicción como la potestad para administrar justicia atribuida a los jueces y árbitros, quienes la ejercen aplicando las normas jurídicas generales y abstractas a los casos concretos que deben decidir.

Por su parte, Cipriano Gómez Lara¹⁰³, sobre la jurisdicción manifiesta: *Entendemos a la jurisdicción como una función soberana del estado, realizada a través de una serie de actos que están proyectados o encaminados a la solución de un litigio o controversia, mediante la aplicación de una ley general a ese caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo.*

En ese sentido, podemos establecer que en la jurisdicción se señala como titulares de la potestad correspondiente, a los jueces y árbitros. Esta limitación excluye a los que no tienen el carácter de jueces desde el punto de vista formal.

Los titulares de la jurisdicción, al decir el derecho no se limitan a aplicar normas jurídicas generales y abstractas pues, también cabe la aplicación de normas jurídicas individualizadas como pueden ser las contenidas en un contrato o en un convenio, o en una declaración unilateral de voluntad *mortis causa* o inter vivos (como un testamento o una oferta al público).

A mayor abundamiento, se trata de una función soberana pues, al ejercer el Estado la jurisdicción lo hace con potestad, con imperio. Es decir, tiene facultad para actuar supraordenadamente frente a los gobernados o frente a los órganos del Estado que en ese momento están en un plano inferior al órgano que ejerce la función jurisdiccional. El órgano del Estado que funge como juzgador puede imponer su voluntad con, contra o sin la voluntad, de los sujetos que han acudido ante él para que se les diga el derecho frente a la situación concreta controvertida.

¹⁰² Diccionario de Derecho, *op. cit.*, nota 68, p. 38.

¹⁰³ Teoría General del Proceso, *op. cit.*, nota 76.

Es importante determinar que, en el desempeño de la jurisdicción la actuación del órgano jurisdiccional no se limita a intervenir en el momento de la sentencia, sino que, a lo largo del proceso, se realiza la función jurisdiccional.

Dicho en otros términos, en la jurisdicción no sólo se aplica la ley general al caso concreto en controversia. Ya apuntamos con anterioridad en las observaciones al punto de vista del maestro Rafael de Pina, que la controversia puede solucionarse mediante la aplicación de normas individualizadas a las partes como son las que pueden estar contenidas en otra sentencia, en un contrato, en un testamento, en un convenio, en una declaración unilateral de voluntad, entre otros.

En ese orden de ideas, la jurisdicción es el conjunto de atribuciones que tiene el Estado, para ejercerlas, por conducto de alguno de sus órganos o por medio de árbitros, con aplicación de normas jurídicas generales e individualizadas a los diversos actos y hechos que se susciten con motivo del planteamiento de posiciones concretas en controversia.

Diferentes clases de jurisdicción.

a) Jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa¹⁰⁴.- En la jurisdicción voluntaria no existe controversia. Los interesados acuden ante el órgano del Estado encargado del desempeño de la función jurisdiccional para solicitarle su intervención por derivarse del derecho objetivo la necesidad de la intervención del órgano jurisdiccional pero, sin que haya promovida entre partes una cuestión contradictoria o controvertida.

Sobre el particular, determina el artículo 893 del Código de Procedimientos Civiles: *La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.*

¹⁰⁴ Dorantes Tamayo, Luis, *op. cit.*, nota 65, pp. 223-225.

Por tanto, la jurisdicción voluntaria se caracteriza porque quienes, solicitan la intervención del juez, no tienen planteadas posiciones antagónicas que haya de resolver el juzgador.

Respecto a la jurisdicción contenciosa, es diametralmente opuesta a la anterior, debe enfatizarse que, es menester la existencia de la controversia entre partes que originará el típico desempeño de la función jurisdiccional desde el punto de vista material, aunque desde el punto de vista formal fuera otro órgano del Estado, y no el poder judicial, quien desempeñará la función jurisdiccional. La jurisdicción contenciosa, por lo tanto, es la típica jurisdicción.

b) Jurisdicción federal, local y concurrente¹⁰⁵.- La coexistencia de diversas jurisdicciones desde el punto de vista de autoridades judiciales estatales y federales, da lugar al criterio clasificativo que producen estos tres tipos de jurisdicción:

- a) Jurisdicción federal.- Es la que corresponde al Poder Judicial de la Federación;
- b) Jurisdicción local.- Es la que corresponde a cada uno de los Poderes Judiciales de los Estados de la República y del Distrito Federal; y
- c) Jurisdicción concurrente.- Es en la que se permite intervenir en el mismo género de asuntos, al Poder Judicial de la Federación o al Poder Judicial de la entidad federativa de que se trate (por tener competencia territorial). En la jurisdicción concurrente, el actor decide si el asunto lo somete al órgano judicial federal o al estatal, al concederse a ambos la facultad de ejercer jurisdicción.

La jurisdicción concurrente requiere de la reunión de los siguientes requisitos:

1. Se trate de controversias del orden civil o criminal. En este aspecto, en la materia civil *lato sensu*, se considera comprendida la materia mercantil;

¹⁰⁵ *Idem*.

2. Las controversias se hayan suscitado sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o tratados internacionales en que sea parte el Estado mexicano;
3. Las controversias sólo afecten intereses particulares; y
4. El actor haya decidido plantear la controversia y la haya planteado ante el órgano jurisdiccional local.

En esos términos, la característica de concurrencia se produce porque el actor es quien decide llevar el asunto al órgano jurisdiccional federal o al local, pues ambos pueden ejercer jurisdicción.

c) Jurisdicción civil, mercantil, laboral, penal, administrativa, fiscal y de amparo.- Existe una inenarrable multitud de normas jurídicas que pueden clasificarse desde muy diversos criterios. Uno de ellos es la ordenación de las normas jurídicas por la materia que regulan y de esa manera se han dividido las normas de derecho en diversas ramas jurídicas como el derecho civil, mercantil, constitucional, penal, administrativo, fiscal, del trabajo, internacional público y privado, etcétera.

En el derecho interno del Estado, suele distribuirse la jurisdicción entre diversos órganos del mismo, según la materia sobre la cual verse la controversia y se ha estructurado una distribución de atribuciones para conocer de controversias civiles y mercantiles, penales, laborales, administrativas, fiscales y de amparo.

Hoy en día en el derecho procesal mexicano la materia civil y mercantil se encomienda a los juzgados y tribunales con jurisdicción en la materia civil *lato sensu*.

La materia penal se encarga a los jueces y tribunales especializados en esta materia o a los jueces y tribunales llamados mixtos de primera instancia. En el Distrito Federal esta jurisdicción mixta la tiene los juzgados de paz en asuntos civiles y mercantiles de cuantía reducida y en asuntos penales de delitos de menor envergadura.

Las controversias laborales, según el sistema del artículo 123 constitucional y de la Ley Federal del Trabajo, están sometidas a las Juntas de Conciliación y a las de Conciliación y Arbitraje.

En lo federal, los problemas fiscales corresponden a la jurisdicción del Tribunal Fiscal de la Federación. En cuanto a la jurisdicción estatal fiscal, las entidades federativas ya han organizado su respectiva jurisdicción fiscal local.

La materia contenciosa administrativa, en varias entidades federativas y en el Distrito Federal, ya se ha encomendado a tribunales de lo contencioso administrativo que se han constituido para conocer de las controversias que se susciten por la aplicación de las disposiciones administrativas.

Por su parte, los problemas sobre la constitucionalidad y legalidad de los actos de autoridad, presuntamente conculcatorios de los derechos subjetivos públicos de los gobernados, corresponden al amparo y se ha dado jurisdicción nata al Poder Judicial de la Federación con la realización esporádica de una colaboración de los Poderes Judiciales estatales en los casos permitidos por la Ley de Amparo.

En ese sentido, este criterio clasificativo enfoca las controversias según la rama del derecho en la que se producen para que la resolución de ellas quede a cargo de un tribunal o juzgador con jurisdicción especializada.

d) Jurisdicción propia y jurisdicción delegada¹⁰⁶. - En ocasiones, un juzgador carece de atribuciones para intervenir en una controversia como encargado directamente de ellas pero, en cambio, coadyuva con otro juzgador que sí tiene jurisdicción propia en la realización de ciertos actos procesales necesarios para la consecución de los objetivos del proceso.

¹⁰⁶ Becerra Bautista, José, *op. cit.*, nota 78, p. 727.

En la jurisdicción propia, se resuelven las controversias y se tramitan, como un conjunto de atribuciones que concede la ley, sin que se requiera de que otro órgano jurisdiccional confiera la misión de desempeñar la función materialmente jurisdiccional.

Por su parte, en la jurisdicción delegada, la actividad coadyuvadora la ejerce el órgano jurisdiccional delegado por encargo del órgano jurisdiccional que tiene la jurisdicción propia.

A mayor abundamiento, la jurisdicción delegada, coadyuvante de la propia, en el desempeño de actividades dentro del proceso, está prevista por lo dispuesto en los artículos 104, 105 y 106 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En la jurisdicción delegada, los actos procesales de preparación de la resolución de controversia y los actos procesales de ejecución de la resolución se pueden encomendar, con base en la norma jurídica, a otro juzgador, que tendrá jurisdicción delegada y no propia para realizar las diligencias que se le encomienda, pero, nunca se le encomendará el dictado de la sentencia.

e) Jurisdicción judicial y jurisdicción arbitral.- Desde el ángulo de la posibilidad de que la función jurisdiccional la desempeñe el Estado a través de los órganos del poder público especializados en la administración de justicia, o bien, la realice a través de los órganos arbitrales que pueden ser particulares a los que el derecho les permite decir el derecho, resolver controversias, cuando se ha admitido por los litigantes la posibilidad de resolución arbitral.

La posibilidad de acudir en todo tiempo ante los jueces del Estado, se halla elevada a la categoría de garantía individual en el artículo 17 Constitucional: *...Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartir en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales...*

Al lado de esa potestad que tiene los gobernados de clamar porque se les ejerza en su beneficio la actividad jurisdiccional por órganos judiciales, denominados tribunales, se realiza el derecho de acudir a la jurisdicción arbitral.

Al respecto, determina el artículo 609 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que: *Las partes tienen el derecho de sujetar sus diferencias al juicio arbitral.*

Sin embargo, en la jurisdicción arbitral, existen asuntos que no se pueden comprometer en árbitros (artículo 615): El derecho de recibir alimentos; los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias; las acciones de nulidad de matrimonio; los concernientes al estado civil de las personas, con la excepción contenida en el artículo 339 del Código Civil; y los demás en que la prohíba expresamente la ley.

Además de las limitaciones de la jurisdicción arbitral que hemos anotado, los árbitros carecen de jurisdicción en el terreno de la ejecución coactiva de lo resuelto, caso en el que, la ejecución debe encomendarse a un juez que ejerce la jurisdicción judicial.

Al efecto, los artículos 633 y 634 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señalan:

Artículo 633.- Es competente para todos los actos relativos al juicio arbitral en lo que se refiere a jurisdicción que no tenga el árbitro, y para la ejecución de la sentencia y admisión de recursos, el juez designado en el compromiso; a falta de éste, el que esté en turno.

Artículo 634.- Los jueces ordinarios están obligados a impartir el auxilio de su jurisdicción a los árbitros.

6. Etapa procesal.

La palabra proceso deriva de *procedere* que significa avanzar, camino a recorrer, trayectoria a seguir a hacia un fin propuesto o determinado; el proceso, es el conjunto de actos jurídicos relacionados entre sí, que se realizan ente o por un

órgano jurisdiccional, con el fin de resolver un litigio (conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro).

Entre los principios que regulan el proceso están:

- Igualdad.- Se puede tomar en dos sentidos:
 - a) El de igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y en el de la defensa, de acuerdo con el axioma que dice: no debe ser lícito para el actor, lo que no se permite al reo (artículo 398 fracción III del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).
 - b) El de garantía de audiencia, cuando se dice que pretensión o petición formulada por un a de las partes, se debe comunicar a la otra, para que ésta la acepte o se oponga a ella.

El juez no puede resolver de plano, sino necesita oír a la otra parte. Algunas aplicaciones de este principio las encontramos en las siguientes actuaciones procesales: La notificación de la demanda y el emplazamiento al demandado; ofrecimiento de pruebas; alegar y recurrir las resoluciones del juez.

- Disposición.- Consiste en que las partes impulsan el proceso; el juez no puede actuar sino a petición de éstas. Si las partes no actúan, el proceso no avanza, e inclusive se puede extinguir por el transcurso de un plazo (caducidad).

Este principio se apoya en la idea de que los órganos jurisdiccionales sólo deben actuar cuando las partes lo soliciten.

Algunas aplicaciones del principio las encontramos: en la demanda para que el proceso se pueda iniciar (no hay juez si no hay actor); el abandono expreso de la demanda, que puede ser unilateral (desistimiento) o bilateral por acuerdo con el contrario (transacción); el juez debe atenerse a los hechos probados por las partes y que aparecen en el expediente; el juez

no puede resolver sobre más de lo pedido por las partes, ni puede dejar de resolver algunas cuestiones planteadas por éstas.

- Economía.- Este principio se puede referir al tiempo o al dinero:
 - a) Economía de tiempo: Para obtenerla se deben simplificar y disminuir los actos procesales (justicia retardada, justicia denegada).
 - b) Economía de dinero: El proceso no puede ser más oneroso que el objeto reclamado. Si el actor va hacer erogaciones de mayor valor económico que el de las prestaciones que obtendría, suponiendo que la sentencia le fuera favorable, perdería todo interés en el juicio.

Algunas aplicaciones del principio son: simplificación de las formas del debate, aplicando el sistema oral, y haciendo una exposición breve y sucinta de los puntos cuestionados en las actas que se levanten; limitación de algunas pruebas (restricción del número de peritos, facultad discrecional del juez de reducir el número de testigos); no condenación al pago de gastos y costas, o la reducción de éstos; creación de tribunales especiales.

- Probidad.- Es el deber de las partes de actuar en el juicio con buena fe, con honradez. Si bien es cierto que no hay la obligación procesal de las partes de decir la verdad cuando no están sometidas a la prueba de confesión, se considera sin embargo que los principios éticos están implícitos en el proceso mismo. Algunas aplicaciones de este principio las encontramos en la demanda y contestación de la demanda; excepciones y defensas; las pruebas; y el pago de gastos y costas.
- Preclusión.- Es la pérdida o extinción de una facultad procesal, cuando ésta no es ejercitada oportunamente. Las etapas en las que se desarrolla el proceso no pueden ser reiteradas una vez que han concluido o se han extinguido (la cosa juzgada es la máxima preclusión).

Este principio se aplica cuando transcurren los términos o plazos procesales dentro de los que se debe realizar alguna actuación judicial, sin que se haya hecho

- Adquisición procesal.- Las pruebas rendidas por una de las partes, pueden ser aprovechadas por la otra, aunque no sea ésta la que las haya ofrecido ni rendido. Este principio se basa en que la convicción del juez sobre la existencia o eficacia de las pruebas, no puede ser dividida.
- Congruencia de la sentencia.- La sentencia debe ser congruente consigo misma y con la litis. De ahí que se hable de una congruencia interna y una externa:
 - a) La interna consiste en la armonía de las distintas partes de la sentencia, pues no debe contener afirmaciones o resoluciones contradictorias entre sí.
 - b) La externa consiste en la adecuación de la sentencia con los puntos cuestionados, controvertidos, los que estuvieron a debate. Esta no debe resolver más de lo que las partes le piden al juez, ni dejar de resolver puntos que las mismas plantearon a éste.

Lo anterior, encuentra su fundamento en el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual en su parte conducente señala: *...Las sentencias definitivas deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las contestaciones y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando estos hubieren sido varios, se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.*

Fases procesales.

Siguiendo el modelo del proceso civil, las fases procesales son¹⁰⁷:

- a) Postulatoria.- Se encuentra integrada por las actuaciones que fijan la litis (demanda y contestación). La litis puede ser abierta o cerrada. La abierta es la que se puede modificar después de haber sido fijada, la cual presenta inconvenientes, pues retardaría el procedimiento al estarlo retrocediendo. Por su parte, la litis cerrada es la que una vez fijada, no se puede modificar. En esos términos, la litis se fija con la demanda y la contestación a ésta, que después de admitidas, ya no se pueden alterar o modificar.

En ese sentido, se entiende por demanda al acto procesal por el que se ejercita una acción y se inicia un proceso. Los requisitos que debe llevar una demanda, son:

- Ante quien se demanda, o sea, el órgano jurisdiccional ante quien se presenta la demanda.
- Quién demanda, es decir, el nombre y apellidos del actor o demandante.
- A quien se demanda, nombre y apellidos del demandado (persona física) o razón social (persona moral).
- Qué se demanda, o sea, el objeto u objetos que se reclaman, las pretensiones que se demandan, las cuales pueden ser principales o accesorias.
- En que se funda la demanda, es decir los fundamentos de hechos y de derecho de la demanda.
- Qué se pide al juzgador, que resuelva sobre los puntos petitorios.

¹⁰⁷ Dorantes Tamayo, Luis, *op. cit.*, nota 65, pp. 281-287.

- El lugar y la fecha de la demanda, y la firma del actor o demandante.
- La clase de acción que se ejercita y el valor de lo reclamado.

Los documentos que se deben acompañar a la demanda, son todos aquellos que sirvan para probar alguno o algunos de los hechos en que se basa la misma, como son los que tienden a demostrar la representación del que promueve y la tendencia del derecho que se reclama.

- b) Conciliatoria.- Se trata de avenir a las partes en conflicto. Es el acuerdo a que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos; es decir, es la actividad que sirve para ayudar a los contendientes a encontrar el derecho que deba regular sus relaciones jurídicas. En síntesis, la conciliación es el acto por el cual las partes encuentran una solución a sus diferencias.
- c) Probatoria.- Se puede dividir en cuatro periodos: el de ofrecimiento de pruebas, el de admisión o rechazo de éstas, el de preparación de las mismas, y el de su recepción o desahogo. La prueba es el medio para demostrar la verdad o falsedad de una proposición, o la existencia o inexistencia de un hecho o, excepcionalmente de un derecho; es decir, son los elementos que pueden producir convicción en el ánimo del juzgador, acerca de los hechos controvertidos o dudosos.

Existen tres sistemas de medios probatorios: prueba tasada o legal, prueba libre, y prueba mixta. En el primero, sólo se puede ofrecer como pruebas las establecidas expresamente por la ley; en el segundo, los medios de prueba no están regulados, por lo tanto, se pueden ofrecer cualesquiera, y en el tercero la ley establece ciertos medios probatorios, pero deja en libertad a las partes para que aporten otros distintos; es una combinación de los anteriores.

A mayor abundamiento, en el sistema de prueba libre y mixta, las partes tienen la facultad de ofrecer cualesquiera medios de pruebas, empero, los códigos procesales señalan ciertos límites; prueba de ello, es el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual establece que las pruebas no deben estar prohibidas por la ley, ni ser contrarias a la moral; deben referirse a los puntos cuestionados y a hechos posibles y verosímiles (artículo 285 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Las pruebas se ofrecen en forma precisa, relacionándolas con cada uno de los puntos controvertidos o controvertibles en los que las partes basan sus pretensiones. Hay que recordar que algunos de los hechos de la demanda ya han sido probados por el actor con los documentos validos y auténticos que acompañó a su demanda. Para probar todos y cada uno de estos hechos, se acostumbra ofrecer como pruebas la confesión de la contraparte y las presunciones legales y humanas que se deduzcan de las actuaciones del proceso; el demandado que opone defensas, por lo regular hace lo mismo para probar los hechos en que basa éstas.

Los medios de prueba que en general establecen los códigos procesales, son: la confesional, la testimonial, la pericial, la documental, la instrumental, la inspección o reconocimiento judicial, y la presuncional.

- a) La confesional.- Se ofrece pidiendo al juez que cite al confesante para que el día y la hora que se señale para la audiencia de pruebas, comparezca a absolver las posiciones (contestar preguntas) que se le formularán en la misma, apercibiéndolo de tenerlo por confeso en aquellas que fueren calificadas de legales, sin que haya justa causa, o compareciendo, se niega a declarar, o declara con evasivas.

- b) La testimonial.- Es la que se realiza por medio de testigos. Testigo, es la persona ajena a las partes que declara en juicio sobre hechos relacionados con la controversia, conocidos por ella directamente, a través de sus sentidos. Esta prueba se ofrece, señalando el nombre y el domicilio de los testigos, y diciendo el oferente si los puede presentar el mismo día y hora de la audiencia, o pidiendo que se les cite por el juez.
- c) La pericial.- Esta prueba procede cuando sean necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia, algún arte u oficio.
- d) La documental.- El documento es una variedad del instrumento (*instrumentum, instruere: enseñar*). Los documentos se clasifican en públicos y privados:
- Documento público: es aquél que ha sido expedido y autorizado por un funcionario con fe pública, en ejercicio de sus funciones, con motivo de ellas y con los requisitos de ley.
 - Documento privado: es el que expide una persona que no es funcionario público o que siéndolo no lo hace en ejercicio de sus funciones.
- e) La instrumental.- Son los instrumentos que sirven para conservar la memoria de hechos trascendentales para el proceso (fotografías, cintas cinematográficas, registros dactiloscópicos y fonográficos, y demás elementos que produzcan convicción en el juzgador). Si se ofrece como prueba los registros fonográficos o las cintas cinematográficas, se debe proporcionar al juzgador o tribunal los aparatos necesarios para apreciar el valor de los registros y reproducir los sonidos y figuras.

La prueba de inspección o reconocimiento judicial.- Es el examen sensorial directo realizado por el juez, en personas u objetos relacionados con la controversia. Cuando se ofrece esta prueba se debe determinar los puntos sobre los que va a versar la misma, y se debe

pedir al juez que se señale día, hora y lugar, para su práctica (artículos 297 y 354 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

La presuncional.- La presunción es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido, para averiguar la verdad de otro desconocido (artículo 379 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal). Las presunciones se clasifican en legales y humanas:

- Legales.- Cuando la consecuencia es establecida inmediata y directamente por la ley. El que tiene a su favor una presunción legal, sólo debe probar el hecho del que la ley deduce la consecuencia. Estas presunciones se subclasifican en *juris et de jure* y *juris tantum*. Las primeras son las que no admiten prueba en contrario. Las segundas, sí, es decir, se invierte la carga de la prueba, pues el que debe probar que la presunción es falsa, es el que la niega.
- Humanas.- Cuando el propio juez deduce la consecuencia de un hecho probado.

Así las cosas, una vez ofrecidas las pruebas, el juez debe resolver que prueba admite y cuales rechaza; es decir, deberá admitir las que reúnan los siguientes requisitos, y rechazar las que no los reúnan:

- a) Que hayan sido ofrecidas oportunamente, es decir, dentro del plazo legal establecido para su ofrecimiento.
- b) Que el oferente haya relacionado cada prueba que ofreció, con el hecho o punto que trata de probar.
- c) Que la prueba ofrecida no vaya contra el derecho o la moral; es decir, que no viole un precepto jurídico o alguna regla ética.
- d) Que la prueba ofrecida tenga como objeto hechos controvertidos, posibles o verosímiles.

- d) **Conclusiva.**- Esta fase corresponde a los alegatos. Los alegatos son los argumentos que da cada una de las partes al juez, sosteniendo que la sentencia definitiva que éste dicte, le debe ser favorable, en virtud de que ha probado los hechos en que basó sus pretensiones, y de que es aplicable al caso concreto el derecho que hizo valer. En esta fase conclusiva, las partes fijan sus puntos de vista jurídicos (es el escrito donde las partes señalan sus conclusiones).

A mayor abundamiento, en los alegatos las partes deben concretarse a los puntos controvertidos, con el fin de evitar que se alarguen demasiado, además que, cuando son orales, la ley concede a las partes un término para hacer uso de la palabra (artículos 393 y 394 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal). Los alegatos se pueden formular en la audiencia de pruebas.

- e) **Decisoria.**- En esta fase, como su nombre lo indica, el juzgador decide la cuestión de fondo del asunto que se le ha planteado; dicta la resolución denominada sentencia, laudo o ejecutoria, según la materia de que se trate; es la culminación de su actividad jurisdiccional, que es su función por excelencia. Los requisitos que debe llevar la sentencia, se clasifican en formales y en substanciales.

Los requisitos formales son los que se refieren a la identificación de la sentencia, a los fundamentos de hechos y de derecho, y a los puntos resolutivos:

- La parte de identificación de la sentencia.- Se refiere al lugar y a la fecha en que se dicta ésta; el juez o tribunal que la dicta; los nombres y apellidos de las partes; el carácter con el que éstas litigaron, y las pretensiones reclamadas.
- La parte relativa a los fundamentos de hechos (Resultando).- En esta parte de la sentencia se contiene la relación de los puntos cuestionados y de los hechos que estuvieron a debate en el

proceso. Se contiene, además, la relación de las pruebas que fueron admitidas y rendidas para acreditar los hechos, así como la de los incidentes que surgieron durante la tramitación del juicio, y quedaron pendientes de ser resueltos.

- La parte relativa a los fundamentos de derecho (Considerando).- Se examina la aplicabilidad al caso concreto, de los preceptos legales, jurisprudenciales o de cualquiera otra índole, y los principios jurídicos generales en la que las partes fundaron sus pretensiones. Así mismo, se hace la valoración de las pruebas que fueron admitidas y recibidas por el juzgador; y se resuelven todas las cuestiones e incidentes que quedaron pendientes de resolver durante la tramitación del juicio.
- La parte de los puntos resolutivos.- Finalmente, el juzgador, en esta parte, resuelve todos los puntos litigiosos que las partes le plantearon.

Por su parte, los requisitos substanciales son¹⁰⁸:

- Congruencia.- Según se mencionó, puede ser interna o externa. La congruencia interna consiste en que la sentencia no debe contener resoluciones o afirmaciones contradictorias, es decir, que todas sus partes deben ser armónicas. Por cuanto hace, a la congruencia externa, ésta consiste en que la resolución del juzgador debe adecuarse a las pretensiones y peticiones hechas valer en el proceso.
- Motivación.- El juez debe fundar su resolución en los hechos que considere probados al valorar las pruebas rendidas por las partes, y en el derecho que considere aplicable al caso concreto, establecidos por los preceptos o principios jurídicos en los que las

¹⁰⁸ *Idem*, pp. 288-289.

partes basaron sus pretensiones. Debe dar sus razones y argumentos por los que considera aplicables dichos preceptos o principios.

- Exhaustividad.- Este requisito consiste en que la sentencia debe resolver todos y cada uno de los puntos cuestionados que fueron objeto del debate entre las partes, es decir, el juzgador no debe dejar de resolver ninguno de ellos, pero tampoco debe resolver cuestiones que las partes no le plantearon en el proceso.
- f) Impugnativa.- Cuando se habla de fase impugnativa del proceso, se hace referencia sólo a los recursos (principalmente al de apelación) que la parte inconforme puede interponer contra la resolución de fondo del asunto (sentencia definitiva) que dicta el juzgador para dirimir la controversia que las partes le plantearon. Los otros recursos como son la revocación y la reposición, no forman parte de la fase impugnativa, pues son resueltos por el propio órgano que dicta la resolución; de igual suerte, el recurso de queja, que tampoco forma parte de la fase impugnativa del proceso, es el recurso por medio del cual alguna de las partes en el proceso pide la sustitución de una resolución denegatoria o contra la que la ley no admite recurso ordinario (la que niega la admisión de la demanda; la que desconoce la personalidad de un litigante, antes del emplazamiento; la sentencia interlocutoria dictada para la ejecución de una sentencia definitiva; resoluciones dictadas para la ejecución de una sentencia interlocutoria; la que deniega una apelación).

En esos términos, la segunda instancia que se abre cuando se impugna una sentencia definitiva, no es un nuevo proceso, pues no hay un nuevo litigio que resolver, sino es el mismo que estuvo a discusión en primera instancia el que no ha sido resuelto de manera firme, con autoridad de cosa juzgada. Dentro de esta fase se incluyen, en general, los recursos que resuelve el Tribunal Superior de Justicia, principalmente las apelaciones contra las sentencias definitivas.

Así las cosas, la apelación es el recurso por medio del cual se pide al superior de un juzgador inferior, que revoque o modifique una resolución que éste dictó. Al efecto, el artículo 688 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala: *El recurso de apelación tiene por objeto que el superior confirme, revoque o modifique la resolución del inferior.*

La apelación se clasifica en:

- Total o parcial.- La total se interpone contra toda la resolución que se impugna, y la parcial, sólo contra una parte de ésta.
- Principal o adhesiva.- La principal es la que no requiere de la interposición de una apelación anterior. La adhesiva, sí, es decir, la parte vencedora se puede adherir a la apelación interpuesta por la perdedora, y en este caso, la adhesión sigue la suerte de la principal (artículo 690 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).
- Ordinaria o extraordinaria.- La ordinaria es el recurso propiamente que se interpone en contra de autos apelables y de ciertas sentencias interlocutorias o definitivas para modificarlos o revocarlos. Por su parte a la extraordinaria, se le llama también “juicio de nulidad”, porque tiende a nulificar el procedimiento que se siguió en el juicio contra el que se interpone, a fin de que, en su caso, sea repuesto dicho procedimiento.

CAPITULO IV

Sentencia y Cosa Juzgada

Sumario: 1. Sentencia, concepto; 2. Naturaleza jurídica de la sentencia; 3. Clasificación de las sentencias; 4. Sentencia ejecutoriada; 5. Definición de cosa juzgada; 6. La cosa juzgada como institución jurídica; 7. Diversas clases de cosa juzgada; 8. Naturaleza jurídica de la cosa juzgada; 9. Autoridad de la cosa juzgada y requisitos para su procedencia.

1. Concepto.

En términos generales la definición de sentencia es la decisión legítima del juez sobre la causa controvertida en su tribunal, no obstante entraremos a su estudio escrupuloso para lo cual es importante destacar las definiciones que al respecto hacen notables jurisconsultos como es el caso de Estriche quien comenta: *la palabra sentencia procede del vocablo latino sentiendo, pues el juez en la misma declara lo que siente, según el resultando del proceso.* No obstante es preciso resaltar que su definición sólo comprende a las sentencias definitivas y no a las sentencias interlocutorias, por ello Manreza y Navarro, manifiestan que sentencia, es el acto solemne que pone fin a la contienda judicial, decidiendo sobre las pretensiones que han sido objeto del pleito, por ello el Estado, a través del órgano jurisdiccional es el destinado a aplicar la norma al caso concreto¹⁰⁹.

Por su parte, Carnelutti señala que la sentencia es la que cierra el proceso en una de sus fases y se distingue de las interlocutorias, en el sentido que estas últimas se pronuncian durante el curso del proceso sin terminarlo.

A mayor abundamiento, el artículo 79 fracción V, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala: *Las resoluciones son: decisiones que resuelven un incidente promovido antes, o después de dictada la sentencia, que son las sentencias interlocutorias.*

¹⁰⁹ Instituciones de Derecho Procesal Civil, *op. cit.*, nota 67, p. 60.

En esos términos, debemos entender por sentencia al acto del órgano jurisdiccional por medio del cual el juez emite su opinión sobre la conformidad o inconformidad de la pretensión de la parte actora y en consecuencia se acepta o se niega dicha pretensión, ya sea que verse sobre las cuestiones principales materia del juicio (sentencia definitiva), o las incidentales que hayan surgido durante el proceso.

2. Naturaleza jurídica de la sentencia.

Existe conformidad de los jurisconsultos en el sentido de que la sentencia es un acto jurisdiccional por medio del cual el juez decide la cuestión principal ventilada en el juicio o algunas de carácter material o procesal que haya surgido durante la tramitación del mismo, sin embargo, existe discrepancia por cuanto hace a la naturaleza intrínseca de este acto.

Al respecto, es necesario contemplar a la sentencia desde tres puntos de vista¹¹⁰:

1. Como hecho jurídico, en las diversas actividades materiales e intelectuales del juez que culminan en el pronunciamiento de la sentencia, saltando a la vista que la separación que se realiza del hecho al acto jurídico, constituye una sutileza sin trascendencia.
2. Como acto jurídico, que es al mismo tiempo un hecho jurídico, en forma tal, que no es posible dividirlo sin desnaturalizarlo. En cambio, es útil estudiar lo que es la sentencia en su naturaleza documental.
3. Como documento, constituye una actuación judicial que debe estar firmada por el juez y el secretario de acuerdos, en la cual se respeten los requisitos formales que ordenan las leyes; es decir, en la redacción de la sentencia se observaran las siguientes reglas.
 - a) El juez expresará lugar y fecha en que dicta el fallo, los nombres, apellidos y domicilio de los litigantes y apoderados, los nombres y apellidos de sus patronos y el objeto y naturaleza del juicio.

¹¹⁰ Teoría General del Proceso, *op. cit.*, nota 76.

- b) Consignará lo que resulte respecto de cada uno de los hechos conducentes en la demanda y en la contestación en párrafos separados, que comenzaran con la palabra resultando; y en iguales términos asentará los puntos relativos a la reconvencción, a la compensación y a las demás excepciones perentorias, y hará mérito de las pruebas rendidas por cada una de las partes.
- c) Este punto lo abarca el considerando en el cual se manifiesta cada punto de derecho, dando las razones y fundamentos legales que estime procedentes, citando las leyes o doctrinas que considere aplicables, estimando el valor de las pruebas, fijando los principios en que descansa, para admitir o desechar aquellas cuya calificación deja la ley a su juicio, expresara las razones en que se funde para hacer o dejar de hacer la condenación de costas.
- d) Pronunciara por ultimo, el fallo.

En esos términos, las sentencias deben ser congruentes con las cuestiones planteadas en la litis, es decir en el escrito de demanda, contestación, replica y duplica. En la especie, el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala: *Todas las resoluciones sean decretos de trámite, autos provisionales, definitivos o preparatorios o sentencias interlocutorias, deben ser claras, precisas y congruentes con las promociones de las partes, resolviendo sobre todo lo que éstas hayan pedido. Cuando el tribunal sea omiso en resolver todas las peticiones planteadas por el promovente, de oficio o a simple instancia verbal del interesado, deberá dar nueva cuenta y resolver las cuestiones omitidas dentro del día siguiente. Las sentencias definitivas también deben de ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las contestaciones y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando éstos hubieren sido varios, se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.*

Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios se fijara su importe en cantidad líquida o se establecerán, por lo menos las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación. Solo en caso de no ser posible hacer ni lo uno ni lo otro, se hará la condena, a reserva de fijar su importe y hacerla efectiva en la ejecución de sentencia; lo anterior, encuentra su fundamento legal en el artículo 85 del multicitado Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual señala: *Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe en cantidad líquida, o se establecerán por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación. Sólo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se hará la condena, a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia.*

De igual suerte, el artículo 91 del citado ordenamiento, señala: *Toda sentencia tiene a su favor la presunción de haberse pronunciado según la forma prescrita por el derecho, con conocimiento de causa y por Juez legítimo con jurisdicción para darla.*

En esos términos, es menester señalar que en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho (artículo 86 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

3. Clasificación de las sentencias¹¹¹.

1. **Sentencias contradictorias o dadas en juicio contradictorio.**- Son aquellas que se pronuncian en un proceso en que ha habido contradicción y defensa del demandado.

2. **Sentencias en rebeldía.**- Las contrarias a las anteriores, es decir cuando el juicio se ha seguido en rebeldía del demandado o del actor.

3. **Sentencias definitivas.**- Las que deciden la cuestión principal que se ventila en el juicio, es decir las pretensiones formuladas en la demanda y en la defensa del demandado.

¹¹¹ *Idem.*

4. **Sentencias incidentales o interlocutorias.-** Son las que deciden alguna cuestión incidental surgida durante el proceso.
5. **Sentencias procesales.-** Las que resuelven solo cuestiones del procedimiento.
6. **Sentencias totales.-** Las que resuelven todo el litigio sin dejar ninguna cuestión pendiente.
7. **Sentencias parciales.-** Las que resuelven el litigio dejando alguna cuestión pendiente.
8. **Sentencias puras o simples.-** Las que resuelven cuestiones litigiosas sin someter la decisión a ninguna condición o reserva.
9. **Sentencias condicionales.-** Las que resuelven cuestiones litigiosas sometiendo la decisión a una condición o reserva.
10. **Sentencia con reserva.-** Las que absuelven o condenan al demandado, reservando los derechos del actor o del propio demandado respectivamente para que los ejerciten en juicio diverso. Las que conforme a nuestro código se dictan en los juicios ejecutivos, cuando se declara improcedente la acción ejecutiva o en los juicios orales cuando ha sido objetado de falso un documento (artículo 386 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).
10. **Sentencia constitutivas.-** Las que constituyen un nuevo estado de derecho, extinguiendo o modificando otro.
11. **Sentencias de condena.-** La mayor parte de las sentencias tienen esta naturaleza, y son las que declaran procedente la acción y condenan al demandado a efectuar una prestación
12. **Sentencias preservativas.-** Las que declaran procedente una acción cautelar.
13. **Sentencias arbitrales.-** Las que pronuncian los jueces árbitros, se llaman también laudos.
14. **Sentencias complementarias.-** Las pronunciadas por el tribunal superior, en las que resuelve lo que el inferior omitió decidir.
15. **Sentencias provisionales.-** Las que no alcanzando la autoridad de la cosa juzgada material, producen efectos jurídicos provisionales que podrán ser

modificados posteriormente. Tales son las que pronuncian en alimentos, interdicción, juicios de posesión provisional perdida de la patria potestad, declaración de herederos, aprobación de inventarios en las sucesiones y adjudicación y participación de bienes y jurisdicción voluntaria (artículos 94, 813 y 829 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

16. **Sentencia dispositiva.-** Aquella en que el juez crea la norma aplicable, al caso concreto por no existir disposición legal que a él concierna.

17. **Sentencias de pura declaración.-** Las que no contienen condena y solo declaran un estado de derecho o una relación jurídica. También solo declaran una situación de hecho.

18. **Sentencias anulables.-** Las que teniendo un vicio legal pueden ser declaradas nulas mediante un recurso o una acción.

4. Sentencia ejecutoriada.

Se entiende por sentencia ejecutoriada la que no puede ser impugnada por ningún recurso ordinario, pero si puede serlo por alguno extraordinario. Por ejecutoria, se entiende la copia certificada de la sentencia misma.

La sentencia ejecutoriada tiene la autoridad de la cosa juzgada material. Las sentencias ejecutorias lo son, bien por ministerio de ley o por resolución judicial. En la especie, los artículos 426, 427 y 428 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señalan:

Artículo 426.- Hay cosa juzgada cuando la sentencia causa ejecutoria. Causan ejecutoria por ministerio de ley:

I.- Las sentencias pronunciadas en juicios que versen sobre la propiedad y demás derechos reales que tengan un valor hasta de sesenta mil pesos. Los demás negocios de jurisdicción contenciosa, común o concurrente, cuyo monto no exceda de veinte mil pesos. Dichas cantidades se actualizarán en forma anualizada que deberá regir a partir del 1° de enero de cada año, de acuerdo con el índice nacional de precios al consumidor que determine el Banco de México. Se exceptúan los interdictos, los asuntos de competencia de los jueces de lo familiar, los reservados a los jueces del arrendamiento inmobiliario y de lo concursal;

II.- Las sentencias de segunda instancia;

III.- Las que resuelvan una queja;

IV.- Las que dirimen o resuelven una competencia, y

V.- Las demás que se declaran irrevocables por prevención expresa de la ley, así como aquellas de las que se dispone que no haya más recurso que el de responsabilidad.

VI.- Las sentencias que no puedan ser recurridas por ningún medio ordinario o extraordinario de defensa.

Artículo 427.- Causan ejecutoria por declaración judicial:

I.- Las sentencias consentidas expresamente por las partes o por sus mandatarios con poder o cláusula especial;

II.- Las sentencias de que hecha notificación en forma, no se interpone recurso en el término señalado por la ley, y

III.- Las sentencias de que se interpuso recurso pero no se continuó en forma y términos legales o se desistió de él la parte o su mandatario con poder o cláusula especial.

Artículo 428.- En los casos a que se refiere la fracción I del artículo anterior, el juez de oficio hará la declaración correspondiente. En el caso de la fracción II, la declaración se hará de oficio o a petición de parte, previa la certificación correspondiente de la secretaría. Si hubiere deserción o desistimiento del recurso, la declaración la hará el tribunal o el juez, en su caso.

5. Cosa juzgada, concepto¹¹².

Cosa juzgada, (Del latín *res judicata*), se entiende como la inmutabilidad de lo resuelto en las sentencias o resoluciones firmes, salvo cuando éstas puedan ser modificadas por circunstancias supervenientes.

La cosa juzgada fue establecida por razones de seguridad jurídica; es difícil de precisar, pues sobre su naturaleza jurídica, límites y efectos, se han elaborado numerosas doctrinas y se han producido diversos debates.

Atendiendo, al criterio del procesalista italiano Enrico Tullio Liebman, la citada institución no debe estimarse como una cualidad de la sentencia, en razón de que dicha resolución judicial adquiere la autoridad de cosa juzgada, cuando lo decidido en ella es inmutable, con independencia de la eficacia del fallo.

¹¹² Dorantes Tamayo, Luis, *op. cit.*, nota 65, pp. 344-346.

En ese sentido, se hace necesario distinguir, entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material, pues la primera, en realidad constituye una preclusión al apoyarse en la impugnabilidad de la resolución respectiva, y por ello, la cosa juzgada en sentido estricto, es aquella que se califica como material, que implica indiscutibilidad de lo resuelto en cualquier proceso futuro, pero sin desconocer que la primera, es condición para que se produzca la última, pero no a la inversa.

En efecto, la cosa juzgada se configura sólo cuando una sentencia debe considerarse firme; es decir, cuando no puede ser impugnada por los medios ordinarios o extraordinarios de defensa. Empero, existen fallos que no obstante su firmeza, no adquieren autoridad de cosa juzgada, en razón a que pueden ser modificados cuando cambien las situaciones que motivaron la decisión, en tal virtud, el párrafo 2º del artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dispone que las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, como aquellos pronunciadas en los interdictos y sobre las medidas precautoria y cautelares, pueden alterarse, cuando se modifiquen las circunstancias que afectan al ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente.

Cabe aclarar, que aun cuando el concepto de la autoridad de la cosa juzgada se aplica a todas las ramas procesales, su regulación adquiere algunos aspectos peculiares en los ordenamientos procesales civiles y los de carácter penal, también se emplea en sentido impropio en la materia administrativa.

Así las cosas, el procesalista español Niceto Alcalá Zamora y Castillo, ha destacado agudamente la imprecisión de vocablo "ejecutoria" para calificar a la que correctamente debe denominarse "sentencia firme", si se toma en consideración que no toda sentencia debe ejecutarse, como ocurre con las absolutorias, las cuales son exclusivamente declarativas, y por la otra, que todo fallo de condena, debe cumplirse de inmediato, aun cuando no se afirme, pues corresponde a los tribunales de segunda o tercera instancia, decretar la suspensión respectiva.

Atendiendo a lo anterior, no es preciso analizar, como lo hace un sector de la doctrina, las disposiciones establecidas en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (artículos 356 y 357) y el Código Federal de Procedimientos Civiles (426 y 429), mismos que de manera casuística señalan supuestos en los cuales una sentencia causa ejecutoria, pues como se mencionó, no toda sentencia firme adquiere autoridad de cosa juzgada.

Otra situación en que incurren los citados códigos, es considerar firmes (ejecutoriadas), aquellas sentencias que no admiten apelación y las pronunciadas en segundo grado; pues contra las mismas procede el juicio de amparo; y por ello sólo adquieren firmeza la que se pronuncia en este último, a no ser que no se hubiese interpuesto, consintiéndose tácitamente dichos fallos, los cuales, en realidad, son sentencias definitivas en términos del artículo 46 de la Ley de Amparo.

Por cuanto hace a los límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada, los primeros son considerados como supuestos, en los cuales no puede discutirse en un segundo proceso lo resuelto en uno anterior, pues el artículo 422 del Código de Procedimientos Civiles, establece que para una sentencia firme dictada en un juicio, surte efectos de cosa juzgada en diverso proceso, es necesario que entre el caso resuelto y aquel en que la sentencia sea invocada, concorra la identidad en las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, elementos que se conocen tradicionalmente como triple identidad; es decir las partes, el objeto del litigio y las pretensiones, así como las causas de estas últimas.

Por su parte, los límites subjetivos, se refieren a las personas que están sujetas a la autoridad de la cosa juzgada y que en principio, sólo afecta a los que han intervenido en el proceso a los que están vinculados jurídicamente con ellos, como los causahabientes, los que se encuentren unidos por solidaridad o indivisibilidad de las prestaciones, entre otros.

Existen otros supuestos, en los cuales la autoridad de la cosa juzgada, tiene efectos generales y afecta también a los terceros que no intervinieron en el proceso respectivo, como ocurre con las cuestiones que atañen al Estado civil de las personas, así como las relativas a la validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, entre otras.

Es importante destacar que por regla general, en los ordenamientos procesales civiles mexicanos, no existen medios excepcionales para impugnar la autoridad de la cosa juzgada que se consagran en otros sistemas jurídicos, a través del llamado recurso de revisión; aun cuando por excepción, algunos códigos de procedimientos civiles de carácter local, consagran estos instrumentos con el nombre de juicio ordinario de nulidad.

En materia procesal penal, se adoptan principios similares, aunque con algunos aspectos específicos, pues en primer lugar la autoridad de la cosa juzgada está regulada por el artículo 23 constitucional en cuanto dispone que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que se le absuelva o se le condene, principio conocido como *non bis in idem*, y que requiere dos elementos para que se produzca: que exista una resolución judicial firme, y que se trate de los mismos hechos que han sido materia de un proceso anterior, con independencia de su clasificación jurídica.

A su vez, el artículo 443 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece que son irrevocables y por tanto, causan ejecutoria las sentencias pronunciadas en primera instancia cuando se han consentido expresamente, o cuando ha expirado el plazo para interponer algún recurso y no se hubiese promovido; así como en sentencias de segunda instancia y aquellas contra las cuales no conceda la ley ningún recurso. Además, debe agregarse, que no tienen el mismo efecto de indiscutibilidad, las resoluciones de sobreseimiento, pues equivalen a las sentencias absolutorias, tomando en cuenta que el propio artículo 23 constitucional, prohíbe la absolución de la instancia, también calificada

como sobreseimiento provisional. Sin embargo, esta situación de indiscutibilidad o firmeza de las resoluciones o sentencias penales es diversa, si las mismas son absolutorias respecto de aquellas que condenan al inculcado a una pena corporal.

Por otra parte, la cosa juzgada en materia penal, puede revisarse con excepcionalmente mediante la institución "indulto necesario", consistente en el recurso de revisión, cuando se producen o se descubren nuevos hechos que justifican un nuevo examen del proceso anterior.¹¹³

Una excepción de la cosa juzgada en materia penal, está prevista por los artículos 110 constitucional y 8° de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (1982), pues dichos preceptos disponen que cuando un servidor público de la federación o del Distrito federal, es considerado culpable, de haber cometido infracciones oficiales por Senado, previa acusación de la Cámara de Diputados, quedará privado de su puesto o inhabilitado para obtener otro por el plazo que le fije la ley (no menor de uno, ni mayor de veinte años) y además, a disposición de las autoridades comunes para que lo juzguen y castiguen con arreglo a la ley ordinaria, si ésta última señala otra pena para los mismos hechos. Efectivamente, se puede producir un doble enjuiciamiento, pues lo que se debe tomar en consideración son los hechos, con independencia de su calificación jurídica.

Finalmente, en materia administrativa, podemos señalar lo que la doctrina ha calificado como cosa juzgada administrativa, en relación con las resoluciones de la administración activa que deben considerarse firmes, cuando no pueden ser modificadas por las mismas autoridades que las pronunciaron.

En realidad, no se trata de cosa juzgada en sentido estricto, pues no existe resolución judicial, en ese sentido, sólo puede hablarse de preclusión administrativa, en razón de que según la jurisprudencia, las autoridades administrativas, no pueden revocar sus propias resoluciones cuando deciden una controversia sobre aplicación de las leyes que rigen en su ramo, creando derechos

¹¹³ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Ed. Sista, S.A. de C.V., México, 2002.

a favor de terceros, o cuando las resoluciones establecen derechos a favor de las partes interesadas.¹¹⁴

6. La cosa juzgada como institución jurídica¹¹⁵.

Varias razones se han dado para explicar la necesidad social de que las sentencias ejecutoriadas sean firmes e irrevocables. Laurent sintetizó sus ideas sobre el particular en el siguiente apotema: *Sin la cosa juzgada, el mundo sería un caos de litigios*. Fácil es convencerse de la verdad de esta tesis, con solo imaginar lo que sucedería si hubiese la posibilidad de promover un número indefinido de juicios sobre las mismas cuestiones ya resueltas por una sentencia ejecutoria.

Por tanto, si se desea la estabilidad y la firmeza de las relaciones jurídicas, la paz social, la economía de tiempo y dinero que se gastan en la prosecución de los juicios, es indispensable que estos tengan un término infranqueable y que los tribunales no puedan revocar las sentencias que dicten en última instancia.

Es cierto que en muchos casos lo decidido por una sentencia que tiene la autoridad de la cosa juzgada es injusto, incluso atentatorio y contrario al derecho natural, por lo cual la institución que examinamos ha sido censurada en el sentido de que mediante ella se consagran errores y violaciones jurídicas que no deberían existir, pero en este caso como en otros muchos, la ciencia jurídica se encuentra ante un dilema que consiste en que ha de elegir entre la seguridad y la firmeza de las relaciones y estados de derecho, y la justicia de lo resuelto por los Jueces y Magistrados.¹¹⁶

En esos términos, para mantener el orden social y para que la vida económica de las sociedades no padezca grandes trastornos, así como para hacer posible el progreso en todo orden de actividades, es indispensable que los juicios no puedan renovarse al capricho de las partes o de sus abogados. El estado se ha visto en la

¹¹⁴ Tesis 513, pp. 849-850, Segunda Sala, apéndice al SJF, 1975.

¹¹⁵ Becerra Bautista, José, *op. cit.*, nota 78, pp. 216-222.

¹¹⁶ *Idem*, p. 230.

necesidad de sacrificar en este caso, los ideales de una justicia irreprochable, en pro de la seguridad y de la firmeza de los derechos subjetivos.

A mayor abundamiento, para que resida la autoridad de la cosa juzgada, el principio general es el siguiente: reside en la parte resolutive que contiene la decisión de los puntos controvertidos y el mandato del juez que de la decisión procede. No se encuentra en los resultados, pero si la hay en los considerandos, en el sentido de que la parte resolutive que tiene en ellos sus fundamentos, debe ser entendida e interpretada de acuerdo con los considerandos, de tal manera que estos en cierto modo participan de la autoridad de la cosa juzgada inherente a la parte decisoria del fallo al que dan vida.

Es obvio que hay que tener en cuenta lo que establezcan y decidan los considerandos para poder ejecutar el fallo y darle debido cumplimiento, de tal manera que si no se toman en cuenta las consideraciones, no es posible ejecutar la sentencia.

7. Diversas clases de cosa juzgada.

Los jurisconsultos modernos sostienen que existen dos clases de cosa juzgada: cosa juzgada formal y cosa juzgada material. La primera consiste en la fuerza y en la autoridad que tiene una sentencia ejecutoria en el juicio en que se pronuncie, pero no en juicio diverso. Por su parte, la cosa juzgada material es la contraria a la anterior y su eficacia trasciende a toda clase de juicios. Además la primera puede ser destruida mediante los recursos extraordinarios que otorga la Ley contra las sentencias ejecutorias, y según algunos autores opinan, también puede serlo mediante un juicio autónomo que nulifique la sentencia base de la cosa juzgada.

Los recursos extraordinarios que existen, son el de apelación extraordinaria y el llamado juicio de amparo que, si bien, no es propiamente un recurso, prácticamente hace las veces del mismo.

En esos términos, lo propio de los recursos extraordinarios en el derecho mexicano, es que proceden contra las sentencias que han causado ejecutoria y que no pueden invalidarse mediante los recursos ordinarios.

8. Naturaleza jurídica de la cosa juzgada¹¹⁷.

Savigny sostuvo que la cosa juzgada es una ficción de verdad, ficción que radica en la parte dispositiva de la sentencia ejecutoria que muchas veces esta en contradicción con la realidad de los hechos. Esta doctrina es errónea, pues no toma en cuenta que las sentencias ejecutorias definen en infinidad de casos, ajustándose a la verdad y a la justicia.

A mayor abundamiento, no existe en ellas ficción de ningún género. Además cuando se considera la cosa juzgada como una presunción o una ficción, se olvida que en las sentencias hay algo que tiene mas importancia que la determinación de los hechos litigiosos y que la actividad del Juez no es meramente lógica no de carácter intelectual para descubrir la verdad.

Por si fuera poco, en todo fallo hay un mandato, un imperativo que cumplir, por lo cual es erróneo limitar la función de las sentencias en el sentido de que mediante ellas, únicamente se trata de establecer la verdad sobre los hechos litigiosos.

Por su parte, Carnelutti sostiene que la esencia de la cosa juzgada consiste en ser un mandato individual y concreto, complementario del general y abstracto que contiene la ley, y que el juez aplica el fallo. No es posible negar la verdad de ese punto de vista, pero se le puede objetar que es incompleto porque también las sentencia y resoluciones judiciales que no gozan de la autoridad de la cosa juzgada, pueden contener mandatos complementarios del general que formula la ley, sin embargo no gozan de la autoridad de la cosa juzgada.

¹¹⁷ Instituciones de Derecho Procesal Civil, *op. cit.*, nota 67, pp. 66-67.

Según Alfredo Rocco, las sentencias ejecutoriadas se caracterizan porque lo decidido por ellas es inatacable y no puede ser revocado posteriormente por ningún recurso ni otro medio de impugnación. Esta doctrina que es casi igual a la que sostiene el jurisconsulto Liebman, que tiene mucha aceptación en el momento actual. Liebman afirma que las notas esenciales de la cosa juzgada son la inmutabilidad y la imperatividad de lo resuelto por ella.

Son pocos los jurisconsultos que subrayan el hecho de que mediante las sentencias ejecutorias que gozan de los atributos de la cosa juzgada, el Estado cumple definitivamente la obligación de impartir justicia esto es, mediante ellas la jurisdicción realiza plenamente el fin para que ha sido establecida. No es del todo verdadera esta tesis, porque la justicia no se cumple con solo las declaraciones contenidas en los fallos y los mandatos que formulan, pues es indispensable además, que a ello se agregue el cumplimiento de los mandatos. Una justicia meramente declarativa no tendría eficacia alguna.

A mayor abundamiento, la cosa juzgada tiene la presunción *juris et de jure* (lo resuelto por la sentencia ejecutoria es la verdad). A esta tesis corresponde el proloquio: *la res judicata pro veritate habetur* (la cosa juzgada por verdad legal se tiene). Los procesalistas modernos niegan que la autoridad y la fuerza que dimanan de una sentencia ejecutoria, sean un simple medio de prueba y concretamente, una presunción aunque a esta se le considere como absoluta.

Es decir, basta analizar los efectos que derivan de la sentencia ejecutoria, tales como la acción y excepción de la cosa juzgada, la titularidad de los derechos que ella declara y, sobre todo, la importante función social que desempeña, para convencerse de que es una institución, y que se desconoce por completo su esencia y en cierto modo se la degrada, al concebirla como una simple presunción.

En la especie, el artículo 422 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su parte conducente, señala: *Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquél*

en que ésta sea invocada, concurre identidad en las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueren...

En esos términos, fácilmente se concibe la cosa juzgada como una institución jurídica en el sentido propio de la palabra, por los múltiples efectos que produce y por la trascendencia social que tiene.

9. Autoridad de la cosa juzgada y requisitos para su procedencia¹¹⁸.

La cosa juzgada sólo tiene eficacia respecto del bien o derechos litigiosos sobre los cuales recae. Todo lo que se une o incorpora a la cosa pertenece al dueño por virtud del derecho de accesión, de lo que se infiere que en este caso lo resuelto por la sentencia ejecutoriada sigue siendo eficaz, pues no se altera la esencia del bien litigioso. Por vía de ejemplo podríamos mencionar: un rebaño en el que aumenta o disminuye el número de cabezas que lo forman; si en el juicio se declara la propiedad del rebaño a favor del actor y durante el proceso, el rebaño que solamente tenía al principio cien cabezas llega a tener quinientas, este acrecentamiento favorece al actor.

A propósito de esa identidad, han discutido los jurisconsultos sobre el sentido de este proloquio, en el sentido de que lo resuelto sobre el todo es cosa juzgada respecto de la parte; es decir, la sentencia pronunciada sobre el todo puede hacerse valer cuando se litiga sobre la parte.

A mayor abundamiento, la trascendencia de la cosa juzgada consiste en que la autoridad de la cosa juzgada no solo se encuentra en lo resuelto expresamente por ella, sino también es lo que implícitamente decide aunque no lo declare. Por ejemplo, la sentencia que declara nulo un testamento, hace procedente la acción de los herederos legítimos para reivindicar la herencia del heredero aparente.

En otros términos, la cosa juzgada contenida en lo que expresamente resuelve la sentencia es también cosa juzgada respecto de lo que decide implícitamente. Así mismo, trasciende la autoridad de la cosa juzgada, a las relaciones jurídicas que

¹¹⁸ Teoría General del Proceso, *op. cit.*, nota 76.

sean conexas o que de algún modo estén vinculadas con las afectadas por la ejecutoria.

Así las cosas, siendo la sentencia ejecutoria la manifestación por antonomasia del poder jurisdiccional del tribunal que la pronuncia, sólo se ejerce sobre determinado territorio, se infiere de ello que en principio, la sentencia solo deberá producir efectos en el territorio adscrito al tribunal que la dicta.

A mayor abundamiento, las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio y por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él; es decir, las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste, cuando así lo dispongan sus propias leyes.

De igual suerte, las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro Estado, cuando la persona condenada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio, a la justicia que las pronunció y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir al juicio.

En ese sentido, el tribunal competente para ejecutar una sentencia, laudo o resolución jurisdiccional, se caracteriza porque lo decidido por él, es inatacable y no puede ser revocado posteriormente por ningún recurso ni otro medio de impugnación.

CAPITULO V

Medios Alternativos para la Resolución de Controversias (Comisión Nacional de Arbitraje Médico).

Sumario: 1. Antecedentes; 2. Conciliación; 3. Mediación y Amigable Composición;
4. Arbitraje; 5. La Comisión Nacional de Arbitraje Médico; 6. Modelo de Arbitraje Médico.

1. Antecedentes.

Es indiscutible la trascendencia que la ciencia procesal moderna adquirió con el concepto carnelluttiano del *litigio*, como *il conflictto di interessi qualificato dalla pretesa di no degli interessatti e dalla resistenza dell' altro* (litigio es el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro).

El arreglo, solución o composición del conflicto de intereses jurídicos, es una función social que históricamente ha tenido varias desembocaduras:

- a) La primitiva, aunque por infortunio, todavía presente, como en los problemas bélicos crueles, nefastos, como la autodefensa o autotutela, defensa extrajudicial o privada de un derecho, que para fortuna, ha sido prohibida por la Carta Magna mexicana en su artículo 17, el cual a la letra señala: "*Ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho...*". Este artículo evita que por la falta de un juez distinto de las partes, la carencia de un verdadero procedimiento y la imposición del interés propio de una de las partes, generalmente la hegemónica, sacrifica el de la ajena.

Esta manera de tratar las cosas casi siempre abusiva e injusta, ataca la teología del derecho, pues impide la realización plena del orden social, del bienestar colectivo, de la paz, de la seguridad jurídica, de la libertad, de la igualdad, de la dignidad humana, de la equidad y de la justicia.

- b) La fórmula más utilizada, creada por el hombre racional, inteligente, consciente de la necesidad de la aplicación correcta de la norma jurídica para lograr la convivencia, ha culminado con el proceso jurisdiccional, bien llamada por Carnelutti, la justa composición del litigio.
- c) El sector de soluciones semejantes al juzgamiento procede del órgano oficial judicial, que han sido calificadas por Carnelutti como equivalentes jurisdiccionales o equivalentes procesales, en una amplia lista que abarca el proceso extranjero, en reconocimiento de la sentencia arbitral extranjera, el proceso eclesiástico, la autocomposición de la litis, la renuncia, el reconocimiento, la transacción, la composición procesal, la conciliación y el compromiso para comprometer en árbitros, así como los excluyentes o substitutivos del proceso.

Cortés Figueroa, señala que el proceso no es la única manera de solucionar situaciones y estados conflictivos, pues con la historia de la humanidad y la realidad cotidiana, hay que admitir que los hombres (sujetos y autores de los conflictos) han buscado diversos caminos solucionadores entre los que se deben tener presentes, desde la más ruin venganza de propia mano hasta el más respetable arbitraje privado. Otras formas suelen consistir en el sometimiento a las querencias extrañas, renuncia de pretensiones mantenidas, intervención de conciliadores, transacción, y aun el duelo y la guerra misma. Tan disímbolas formas, exigen un mínimo tratamiento sistemático.

En ese sentido, el denominador común de las tres especies mencionadas, es que son fórmulas para solventar las contiendas de intereses jurídicos. Si lo anterior, se plantea en una disciplina que comprenda a todas ellas, podemos señalar¹¹⁹:

1. Autodefensa (dentro de la autocomposición en sentido lato);
2. Proceso jurisdiccional (cabe señalar, que en México existe juzgamiento material de conflictos llevados al cabo por órganos no pertenecientes al Poder Judicial);

¹¹⁹ Díaz, Luis Miguel, *Arbitraje privatización de la justicia*. Editorial Themis. México, 1991, p. 13.

3. El campo de los medios alternativos de solución de litigios distintos del proceso civil (autocompositivos y heterocompositivos).

2. Conciliación.

Esta comprendida dentro del grupo de equivalentes jurisdiccionales, enunciados por Carnelutti y puede darse el concepto, de ser un acuerdo celebrado entre quienes se encuentran ante un conflicto de intereses, con objeto de evitar un juicio o poner rápido fin a uno ya incoado (sin correr todos los trámites que en otro caso, serían precisos para concluirlos).

Para Eduardo Pallares, la conciliación es la avenencia que sin necesidad de juicio de ninguna clase, tiene lugar entre partes que disienten a cerca de sus derechos en un caso concreto y de las cuales una o las dos, tratan de entablar un pleito, aunque también habría conciliación aun ya promovido el juicio.

Para Couture, la conciliación consiste en el acuerdo o avenencia de partes que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hace innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual.

Niceto Alcalá Zamora y Castillo, establece a la conciliación en dos sentidos: *“...que, a nuestro entender, o desemboca en fracaso, y no puede reputarse equivalente jurisdiccional, o conduce a una avenencia, y entonces salvo que el juez la dirija, la desnaturalice, actuando no de conciliador, sino de coaccionador, se reducirá a cualquiera de las formas de autocomposición (desistimiento, allanamiento, transacción)”*.

Si se tiene un concepto general de la conciliación, cabe, dentro de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina procesal mexicana, marcar un distingo entre dos variantes de ella¹²⁰:

¹²⁰ II Congreso Nacional de Mediación. Tribunal Superior de Justicia del D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México, 2003.

1. Conciliación que claramente cae en el sector de soluciones heterocompositivas, en que la propuesta de arreglo proviene de un tercero, imparcial, ajeno a las partes (conciliador). En este caso, existe audiencia, en las cuales, el conciliador, examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego procederá a procurar la conciliación que previamente hubiese preparado al estudiar el expediente, y propondrá a las partes alternativas de solución al litigio; de igual manera, las propias partes, pueden hacer propuestas de arreglo.

Si los interesados llegan a un convenio, si procede legalmente, se aprueba, elaborándose convenio de transacción, mismo que tendrá fuerza de cosa juzgada.

Es importante recordar, que, audiencia previa y de conciliación, es el nombre que da el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dentro de las reformas promulgadas en 1985, aparecidas a la luz pública en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1986, a una audiencia (acto de una autoridad de oír a las personas que solicitan o pretenden algo), que una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición; el juez, en el juicio ordinario civil, señalará, de inmediato, fecha y hora, para su celebración, dentro de los diez días siguientes, dando vista a la parte que corresponda con las excepciones que se hubieran opuesto en su contra, por el plazo de tres días.

Si una de las partes no concurre sin causa justificada, el juez la sancionará con multa, hasta por los montos establecidos por la fracción II del artículo 82 del mismo código. En caso de que dejaren de comparecer ambos litigantes sin justificación, el juzgador las sancionará de igual manera. En ambos casos, el juez procederá a examinar las cuestiones relativas a la depuración del juicio.

Cuando existieran las dos partes, el juez estudiará lo concerniente a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación, la cual estará a cargo de un conciliador profesional. Dicho conciliador, estudiará, preparará y pondrá a los interesados, alternativas de solución al litigio. Si las partes llegaren a un convenio procesal, el juez lo revisará y si procede legalmente, o aprobará de plano y el referido pacto, se elevará a sentencia, la que tendrá fuerza de cosa juzgada.

En caso de desacuerdo entre los litigantes, la audiencia proseguirá; el juez dispondrá de amplias facultades de dirección procesal, examinará en su caso, las excepciones de conexidad, litispendencia y cosa juzgada, con el fin de depurar el procedimiento (artículo 272-A, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Promovida la declinatoria, ésta se substanciará conforme a los artículos 163, 164, 165, 167, 168, 169 y 262 del citado ordenamiento (artículo 272-B Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

En el supuesto de que se objete la legitimación procesal, que fuere subsanable; el juez resolverá de inmediato lo conducente; en caso contrario, declarará terminado el procedimiento (artículo 272-C Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Si se alegaran efectos en la demanda o en la contestación, el juez dictará las medidas conducentes para subsanarlos.

Al tratarse las cuestiones de conexidad, litispendencia o de cosa juzgada, el juez resolverá con vista de las pruebas rendidas (artículo 272-E Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

La resolución que dicte el juez en la audiencia previa y de conciliación, será apelable en el efecto devolutivo (artículo 272-F Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Los jueces y magistrados podrán ordenar, aun fuera de la audiencia mencionada, que se subsane toda omisión que notaran en la substanciación, para el solo efecto de regularizar el procedimiento (artículo 272-G Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Sabidas las repetidas y exitosas experiencias extranjeras, como las de Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica, Fix Zamudio afirma, que en la audiencia previa y de conciliación, se recogen las aportaciones contemporáneas tanto de la doctrina, como de los numerosos ordenamientos que desde hace tiempo han consagrado los instrumentos de saneamiento procesal.

Es indudable el acierto de establecer una fórmula de conciliación más efectiva que un simple avenimiento, que se deja a la iniciativa de las partes, pues es equivalente jurisdiccional, puede aligerar la pesada y voluminosa carga judicial, toda vez que cada conciliación que se logre, representará un asunto que no distraerá en lo sucesivo a la maquinaria judicial, ni exigirá inútiles o mayores esfuerzos ulteriores a los sujetos en conflicto.

2. En la conciliación, la propuesta de solución, puede ser propuesta por una de las partes en conflicto; es decir, autocompositiva bilateral, o bien, por mandato del artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, en el capítulo de las controversias de orden familiar: *“con la salvedad de las prohibiciones legales a alimentos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que puede evitarse la controversia, o bien, darse por terminado el procedimiento”*.

En la terminología procesal, la avenencia se toma como sinónimo de conciliación. Se trata de una distinción muy sutil, pues atendiendo a Eduardo Couture, una es la especie y otra el género.

Cabanellas afirma que avenencia es el convenio, con cierta conformidad y unión que reina entre varios sobre una cosa, y especialmente, el mutuo consentimiento de las partes, para evitar pleitos, bien, cuando transigen por sí mismas sobre el punto litigioso.

En términos parecidos la avenencia es entendida por De Pina y Palomar de Miguel; en cambio Pallares¹²¹, aglutina al árbitro con el avenidor. Atendiendo a lo antes señalado, se puede establecer que la conciliación auto o heterocompositiva, sirve como una función útil de legalidad; esta función conciliadora debe ayudar a los particulares, no a rescindir del derecho, sino a encontrar por sí solos, el propio derecho.

3. Mediación y Amigable Composición.

La mediación consiste en otra forma de solventar los pleitos de alcance jurídico, ajenos al proceso o alternativos de él. Niceto Alcalá Zamora, aparta la mediación del arbitraje, porque el juez privado (mediador), no tiene el amparo de la autorización estatal oportuna¹²².

La figura de la mediación y de su agente componedor, es un tanto difusa, pues para algunos se le puede denominar avenidor y para otros, se trata de un árbitro, el cual resuelve con base en la equidad, como sucede con el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual en su artículo 628, establece: *“Los árbitros decidirán según las reglas del derecho, a menos que, en el compromiso o la cláusula, se les encomendara la amigable composición o el fallo en conciencia”*. La doctrina mexicana, le llama arbitrador a este heterocomponedor, entre ellos, Becerra Bautista, quien los equipara con los amigables componedores, Ovalle o Pallares, pero la bibliografía refiere, que preocupa la escasa importancia que se le concede, así, en la legislación, en la jurisprudencia y en los estudios doctrinales, a esa composición, en la que sólo las partes designan al tercero,

¹²¹ Pallares, Eduardo, *op. cit.*, nota 74, p. 89.

¹²² II Congreso Nacional de Mediación, *op. cit.*, nota 115.

ajeno e imparcial, siguiendo un procedimiento poco formal y resuelto por un dictamen o veredicto.

Atendiendo a la cátedra, los congresos, los escritos periodísticos, de texto, de consulta, podemos señalar que existen bondades, como fórmula de administración de justicia accesible, menos costosa que otros procedimientos, de tramitación ágil y desarrollo rápido; que bien puede colaborar o respaldar a la pesada carga, de los tribunales judiciales¹²³.

Atendiendo al Código Procesal Civil para Morelos, que está en vigor y es positivo, podemos referir lo siguiente:

Artículo 585.- Posibilidades de solventar el litigio por amigable composición. Con independencia de lo previsto en los artículos 577 y 584, fracción VII de este Código, en el que los árbitros pueden resolver el litigio planteado por las partes, sin ajustarse a derecho, sino resolviendo en conciencia o en equidad; las controversias que trascienden por sus efectos jurídicos, pueden zanjarse por una amigable composición dada por un arbitrador.

Artículo 586.- Convenio preliminar a la amigable composición por el arbitrador. Las partes con capacidad procesal, que tengan pretensiones opuestas, pueden pactar que sus diferencias reguladas por el derecho privado, con exclusión del derecho de familia, sean resueltas por arbitrador.

Artículo 587.- Designación del arbitrador. Sólo las partes podrán escoger y nombrar al arbitrador que componga su litigio dentro de los miembros de los colegios, asociaciones y barras de abogados del estado con título de licenciado en derecho, legalmente expedido y registrado con no menos de cinco años de experiencia profesional, dedicados a los asuntos civiles y mercantiles; bien, entre aquellos jueces o magistrados retirados que acepten el cargo y les sea posible realizarlo.

Artículo 588.- Procedimiento de la amigable composición. Las partes elegirán al amigable componedor escogido. Si éste aceptare, previo acuerdo con las partes acerca de la vía de derecho, de equidad o de conciencia seguir, el plazo para rendir su veredicto y los honorarios a percibir; citará a las partes para la celebración de una audiencia expositiva, otra de pruebas, alegatos y dictado de resolución, procurando hacerlo dentro de un plazo no mayor de treinta días; y

¹²³ *Idem.*

al final, entregará al titular del juzgado competente el expediente formado con las actuaciones realizadas dentro del plazo de tres días.

Artículo 589.- De la revisión judicial de la decisión del arbitrador. El juez revisará de oficio, dentro de los diez días que sigan a la recepción del expediente, la decisión del amigable componedor, pudiendo citar a las partes para interrogarles acerca de las pruebas presentadas y pronunciará acerca de la eventual legalidad del veredicto, proveyendo sobre su ejecución, dentro de un plazo de diez días hábiles, contados a partir de la fecha en que recibió el expediente. Su fallo podrá confirmar o revocar la decisión del arbitrador. En ambos casos no se podrá impugnar la sentencia judicial por recurso ordinario.

4. Arbitraje.

Del latín *arbitratus*, arbitrador; arbitraje. Es una forma heterocompositiva; es decir, una solución al litigio, dada por un tercero imparcial, juez privado o varios, generalmente designado por las partes contendientes¹²⁴. En ausencia de su consentimiento, el nombramiento será hecho por el juez público nacional, siguiendo un procedimiento que aunque regulado por la ley adjetiva, tiene un ritual menor que el del procedimiento del proceso jurisdiccional. La resolución por la que se manifiesta el arreglo se denomina laudo (en ocasiones la ley instrumental local mexicana, la equipara con la sentencia, como en el caso de cooperación procesal internacional artículo 605 al 608 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal), cuya eficacia depende de la voluntad de las partes o de la intervención judicial oficial, según las diversas variantes que se presenten.

El arbitraje, que desde muy antiguo (Grecia y Roma), se empleó para dirimir controversias de repercusiones jurídicas; en la actualidad, es una institución que puede contemplarse, tanto en el derecho internacional, como en el procesal. Basta recordar que es citado, como el inmediato antecedente del proceso jurisdiccional; atendiendo a Arangio Ruiz, se puede señalar que el arbitraje, existía desde el

¹²⁴ Díaz, Luis Miguel, *op. cit.*, nota 114, p. 15.

primer período del procedimiento civil romano la acción de la ley por petición de un juez o de un árbitro (*legis per iudicis arbitrive postulationem*).¹²⁵

Después del florecimiento generalizado del proceso jurisdiccional, en épocas recientes, el arbitraje ha cobrado nuevos bríos, así mismo, se incrementado la frecuencia, con la cual se ve favorecido, especialmente en el orden internacional y privado, pues va en aumento, estimándose un instrumento práctico y útil, debido a que permite no caer en la avalancha de negocios que se ventilan en los tribunales actuales.

Otra de las ventajas a favor del arbitraje privado, es la posibilidad de elección de un auténtico juzgador imparcial seleccionado, calificado (por razones éticas y de preparación profesional), confiable por sus condiciones subjetivas; además de no estar involucrado ni presionado por el cúmulo judicial, así como las potenciales influencias de superiores en la judicatura, o de otros factores tales como la economía de tiempo y trabajo, de igual suerte, no propicia la publicidad o escándalo de los negocios; aleja el peligro de las maniobras ilegales o retardatorias de los litigantes. En ese sentido, además se estima factor conveniente del arbitraje, que en él se desarrolla un ritmo procedimental más acelerado que en el del proceso judicial.

Las solemnidades y los formulismos no existen en el procedimiento arbitral; empero, como es natural, en el desarrollo gigantesco del poder público del moderno Estado de Derecho, que deviene celoso guardián de sus atributos y finalidades en campos como el penal y otros, en que trasciende el interés público y social, así en la hipótesis legal de recibir alimentos; el divorcio salvo en sus aspectos pecuniarios; la nulidad de matrimonio; los referentes al estado civil de las personas de nuevo con exclusión de los derechos patrimoniales de la filiación legal, no permite que la justicia sea administrada por los particulares, es por ello, que el

¹²⁵ Arangio Ruiz, V. Las Acciones en el Derecho privado Romano. Trad. Faustino Gutiérrez-Alviz. Madrid. Revista de Derecho Romano. 1945, pp. 11-20.

numeral 615 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal establece los negocios que no se pueden comprometer en árbitros.

Briceño Sierra establece que el arbitraje está estructurado por cuatro cuerpos: acuerdo, procedimiento, laudo, ejecución. Estas partes no aparecen siempre, pero es conveniente mencionarlas.

Por cuanto hace a la naturaleza del arbitraje, Alcalá Zamora, asevera que se encuentran dos teorías: la contractualista y la jurisdiccionalista. Por su parte, Briceño Sierra, refiere la clasificación de Ottolenghi, la cual divide las posturas doctrinales acerca del arbitraje en: a) Contractual; b) Jurisdiccional y c) Las que sin llegar al anterior, ven en el arbitraje el desarrollo de un proceso.

Al hablar de arbitraje, es imprescindible referir algunos conceptos¹²⁶:

- Cláusula Compromisoria.- Para algunos es un segmento, un apartado de un contrato, en virtud del cual las partes estipulan, que en caso de surgir una contienda jurídica entre ellas, se someterán para su arreglo a un arbitraje. Es obvio que esta cláusula que tiene el acuerdo de voluntades de los interesados, es previa al nacimiento del litigio futuro y de su posterior arreglo arbitral. Otros tratadistas, se inclinan a clasificar a la cláusula compromisoria como un contrato con objeto propio: el comprometerse en posible y futuro arbitraje, diverso del contacto principal, por ejemplo, puede tratarse de una operación de compra-venta mercantil.
- Compromiso Arbitral.- Es el acuerdo pactado entre las partes, una vez que ya se suscitó una controversia jurídica entre ellas, para que ésta sea dirimida en el porvenir, por medio del arbitraje; es decir, el compromiso se conviene después de planteado el pleito actual.
- Contrato arbitral o Contrato de Arbitraje.- Es el acuerdo de voluntades entre las contendientes (partes interesadas en la pugna) y el árbitro designado, en el que se consignan las obligaciones y derechos de los árbitros en relación con las partes; así: el plazo para resolver, los honorarios a cubrir, etc.

¹²⁶ Díaz, Luis Miguel, *op. cit.*, nota 114, p. 16-18.

Atendiendo a las disposiciones legales de nuestro país, pueden ser árbitros los particulares designados por las partes contendientes, o bien, a falta de su acuerdo de voluntades en la reparación del juicio arbitral, lo hará el juez público dentro de entre las personas que anualmente son listadas por el tribunal superior, con tal objeto (artículos 220 a 223 CPC).

También se distingue entre árbitros de derecho y los arbitradores o amigables componedores, que emiten su resolución en conciencia o equidad (el de los primeros se denomina laudo, el de los segundos, veredicto o dictamen).

El procedimiento del arbitraje, reviste ciertas ritualidades, así, partes y árbitros seguirán los plazos y formas establecidas para los tribunales; los árbitros siempre están obligados a recibir pruebas y oír alegatos, si cualquiera de las partes los pidiere, o no hubieren convenido otra cosa (artículo 619).

La problemática de la naturaleza de la heterocomposición arbitral privada, se centra en las diversas hipótesis que pueden acontecer con el dictado de la resolución del laudo y de la procedencia de la designación del árbitro que lo emite.

En efecto, si el arbitraje se pactó en una cláusula compromisoria o en un compromiso en árbitros; si el árbitro fue designado por las propias partes; si se aceptó el nombramiento en un contrato arbitral que se cumpla hasta llegar a un laudo y si éste es espontánea y voluntariamente acatado por las partes (naturalmente por la parte vencida), es un caso en que el arbitraje nace, se desarrolla y se cumple por la voluntad contractualmente manifiesta de los combatientes.

En cambio, si el árbitro no fue nombrado por las partes, sino por el juez público, la ley adjetiva del Distrito Federal, en el artículo 635, ordena: *“la apelación sólo será admisible conforme a las reglas del derecho común. Contra las resoluciones del árbitro designado por el juez cabe el amparo de garantías conforme a las leyes respectivas”*.

Finalmente, es menester puntualizar: Cualquiera que sea la naturaleza jurídica que se adopte, lo que resulta indiscutible, es el importante desarrollo y el empleo creciente en la vida moderna, ya sea en el plano local o internacional, y como se mencionó, ahora en el campo civil, comercial, laboral, administrativo e incluso en el de prestación de servicios de atención médica, del procedimiento arbitral.

5. La Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

En nuestro país, desde la promulgación de la Ley General de Salud, se ha destacado la necesidad de mejorar la calidad de los servicios de salud. De ahí han surgido varios programas con el propósito de generar cambios que permitan asegurar que la prestación de servicios se realice bajo normas concretas de calidad, de eficiencia y de satisfacción de los usuarios.

Al respecto, se han implantado programas orientados a los usuarios de los servicios, con el propósito de establecer las bases para una cultura de salud; siendo relevante la necesidad de que los pacientes se responsabilicen del autocuidado de su salud.

Los resultados obtenidos se deben al esfuerzo de las instituciones de salud, del personal médico y paramédico, además del alto grado de responsabilidad asumido en los últimos años por la sociedad.

Sin embargo, el avance de los conocimientos científicos y tecnológicos de la medicina, las dificultades para la capacitación del personal, y la entronización de los valores sociales, aunado a las limitaciones de las instituciones de salud, producen insatisfacción en los tres elementos del sistema (usuario, institución y personal de salud); esto consecuentemente, se traduce en protesta de los primeros, al estimar que hay deficiencias en las instituciones y mala práctica del personal.

En virtud a lo anterior, en 1996, por iniciativa del ejecutivo federal, se creó la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de junio de 1996. La CONAMED, es un órgano

competente y especializado para conocer conflictos entre usuarios y prestadores del servicio médico, el cual tiene plena autonomía para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos, para ello se han instaurado la gestión arbitral y su concurso pericial, a fin de apoyar a las instituciones encargadas de administrar justicia.¹²⁷

De igual suerte, tiene como propósito implícito, el de contribuir a la mejoría de la calidad en la atención médica. Es decir, si bien es cierto, que la Comisión Nacional, no es la responsable de operar los programas de mejoría de la calidad, también es cierto, que en cada caso, destaca los rubros que ameritan ser integrados a dichos programas. Dicho en otros términos, en cada uno de los asuntos a estudio, detecta la inobservancia de las normas del derecho sanitario y recomienda medidas para la buena práctica.

La CONAMED propone y conmina a los profesionales de la salud del país, a conjuntar esfuerzos en contra del error médico y el error latente, a través de la renovación y elaboración de procesos y procedimientos que permitan recuperar la confianza en el acto médico, incrementar la seguridad del paciente y disminuir los riesgos y daños innecesarios durante el momento de recibir atención médica. Lo anterior, sin duda sumará esfuerzos a la Cruzada impulsada por la Secretaría de Salud del Gobierno de la República, que emana del Programa Nacional de Salud 2001–2006, en beneficio de la sociedad mexicana.

Uno de los objetivos estratégicos más importantes de la Cruzada Nacional por la Calidad de los Servicios de Salud, es el de consolidar a la CONAMED como centro nacional de referencia en la materia, mediante la operación de un Modelo Único de Arbitraje Médico, estandarizado y homologado en sus criterios y procedimientos en el ámbito nacional, de tal manera que la población reciba servicios homogéneos y se posicione al arbitraje médico como una oportunidad de mejorar la relación médico-paciente y solucionar las controversias que de ésta se

¹²⁷ Informe Anual de Labores de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico. 1ª Edición, México, D.F., 2005.

derivan. Solo así se podrá avanzar en la desconcentración de la atención y resolución local de asuntos federales. En este rubro el Consejo Mexicano de Arbitraje Médico ha desempeñado un papel relevante sirviendo como foro de discusión y análisis en la materia, con la participación de las Comisiones Estatales.

La trascendencia internacional del modelo CONAMED, se ha visto reflejada a través de proyectos internacionales de interés común entre los países de América Latina, en particular Centroamérica; así lo demuestra el acuerdo del Programa Mesoamericano de Cooperación Técnica y el apoyo invaluable de la Organización Panamericana de la Salud, con la finalidad de contar con una propuesta exitosa para incorporar en sus sistemas de salud, las experiencias desarrolladas y probadas en México, en materia de arbitraje médico.

La consolidación del Arbitraje Médico, ha constituido el marco de actuación de la Comisión y se ha logrado fortalecer el quehacer institucional para contribuir a la mejoría de la atención médica de nuestro país y a la resolución de los conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de los mismos.

Mediante este programa de acción, se definieron los objetivos estratégicos, metas, líneas y programas, que han permitido consolidar el modelo de arbitraje médico, lo que ha generado cumplir con la misión y visión institucional, en un marco de actuación sustentado en los valores de imparcialidad, objetividad y conocimiento especializado del acto médico. Dichos objetivos se plantearon de la siguiente manera: consolidar el modelo de atención de inconformidades para ser el centro nacional de referencia; lograr la resolución de conflictos con eficiencia y satisfacción de los usuarios; influir en la mejora de la práctica de la medicina y proyectar en los contextos nacional e internacional el modelo CONAMED para obtener el reconocimiento social.

Conforme a los acuerdos derivados del Consejo Mexicano de Arbitraje Médico, se ha continuado trabajando en un marco de respeto y consenso con las Comisiones Estatales a efecto de avanzar en el Programa de Homologación del Modelo de Arbitraje Médico en sus etapas documental y funcional. De igual suerte, CONAMED ha impulsado un modelo de arbitraje médico, que por una parte contempla el cumplimiento de las atribuciones y objetivos de la Comisión, y por otra, beneficia tanto al paciente como al profesional de la salud, actuando bajo principios de objetividad, imparcialidad, confidencialidad, respeto, honestidad, buena fe y transparencia; manteniendo la política de escuchar a las partes y permitiendo la participación activa de los involucrados a fin de encontrar una sana solución a sus conflictos.

Para ello, en primera instancia, es prioritario cumplir el objetivo estratégico de Consolidar el Modelo de atención de inconformidades para ser el Centro Nacional de Referencia; CONAMED ajustó y reformó el modelo de atención de inconformidades mediante la integración de los procedimientos de orientación, conciliación, arbitraje, la gestión pericial y la emisión de recomendaciones para mejorar la calidad de la práctica de la medicina. Para lograrlo, se plantearon dos estrategias que han tenido una evolución gradual en el cumplimiento del objetivo establecido:

1. Estandarizar el modelo de arbitraje médico; para lo cual fue necesario en la CONAMED, unificar criterios operativos, normar y documentar todos los procedimientos; con la finalidad de establecer referentes y criterios homogéneos que aseguran una misma calidad y criterio técnico en la atención de inconformidades.
2. Ampliar la cobertura del servicio al interior de todo el país, conlleva el cumplimiento de las atribuciones de la Comisión de promover ante los gobiernos estatales la creación de instancias análogas a la CONAMED, brindando la asesoría necesaria que garantice su utilidad social en el funcionamiento a las Comisiones Estatales ya instaladas, estableciendo criterios uniformes y procesos homogéneos en la atención de las quejas presentadas por los usuarios de servicios médicos.

Factores trascendentales para la atención de estas estrategias fueron el establecimiento del Modelo Mexicano de Arbitraje Médico y su respectivo proceso de homologación, que se vio formalizado con su publicación en 2003; y la conformación del Consejo Mexicano de Arbitraje Médico en abril de 2002, acciones que conllevaron trabajo conjunto desde el año de 2001.

De igual suerte, el Consejo Mexicano de Arbitraje Médico, como una instancia de coordinación y consenso ha permitido gradualmente:

- Unificar criterios y políticas en materia de arbitraje médico.
- Consolidar el Modelo Mexicano de Arbitraje Médico.
- Promover y realizar el análisis técnico, médico y jurídico de los procesos.
- Establecer compromisos y acciones conjuntas para homologar el Modelo.

Para lo anterior fue necesario establecer vínculos y acuerdos, como estrategia de colaboración y coordinación con las instituciones de arbitraje médico en las entidades federativas, respetando la autonomía otorgada en sus decretos de creación, para lograr consenso; y la adopción de un solo modelo de atención de inconformidades, a efecto de disponer en el nivel nacional de procedimientos estandarizados y servicios homogéneos, para responder con eficacia a los requerimientos sociales.

Las acciones realizadas mediante la aplicación del modelo único de atención de inconformidades que realiza la CONAMED, a través de la coordinación funcional de sus áreas sustantivas, han permitido obtener altos niveles de satisfacción de nuestros usuarios, atender sus necesidades y cubrir sus expectativas.

Para lograr una óptima resolución de conflictos con eficiencia, se ha avanzado paulatinamente en la consolidación de la estructura orgánico-funcional de las áreas operativas, así como la implantación del sistema de gestión de calidad, lo que ha permitido mejorar nuestros procedimientos de naturaleza sustantiva, que hoy en día se encuentran vinculados entre sí, de tal suerte que el conjunto de los servidores públicos encargados de atender las inconformidades médicas mantienen una retroalimentación permanente de sus tareas. Así mismo, se

continúa reforzándose la operación modular en las áreas de Orientación y Gestión, Conciliación y Arbitraje, responsables de otorgar un servicio integral desde el momento que se presenta una queja, hasta la conclusión de la misma.

La CONAMED, a través del proceso arbitral, garantiza a la ciudadanía una atención especializada, imparcial, con procesos certificados (ISO 9001:2000), participación de profesionales internos y externos con experiencia, en suma, con mayor capacidad resolutoria que las vías jurisdiccionales tradicionales respecto a los tiempos, número de asuntos resueltos y expertise médico.

Parte fundamental del quehacer de la CONAMED se refiere a las acciones de asesoría médico-legal que se brindan a la sociedad, las cuales están relacionadas con la prestación de servicios de salud, al existir presunta irregularidad en la atención del paciente. Todas las asesorías se brindan a través de una atención personal, profesional y especializada, con énfasis en el análisis médico-jurídico, motivo de la inconformidad. En cada caso, se elabora un documento institucional en el que se hace saber a los usuarios los derechos y obligaciones que los asisten, así como las diversas alternativas legales para ventilar su inconformidad y, en su caso, las ventajas y desventajas de cada instancia.

Estas acciones de asesoría, así como las tendientes a la revisión exhaustiva y análisis minucioso de cada uno de los casos, resultan de vital importancia, ya que constituyen un verdadero filtro para la adecuada selección de asuntos procedentes e impiden la apertura de expedientes sin fundamento, ni posibilidad de solución y que generarían falsas expectativas en los usuarios, así como insatisfacción y desconfianza en la CONAMED.

No es atribución de la CONAMED conocer de las pretensiones relacionadas con asuntos de orden administrativo y laboral, destacando los relativos a incapacidades médicas, valoraciones en medicina del trabajo, cobros excesivos en el servicio privado, negativa para expedición de licencias médicas, problemas de pensiones, seguros médicos, entre otros.

6. Modelo de Arbitraje Médico.

La CONAMED ha creado el modelo de arbitraje médico, el cual contempla procedimientos para la resolución de conflictos médico-paciente por vía civil extrajudicial, evalúa la práctica de la medicina y promueve acciones para mejorar la calidad de la atención médica.

Uno de los objetivos estratégicos de la CONAMED, es consolidar este modelo con el fin de que la institución se reconozca, tanto a nivel nacional como internacional, como el Centro Nacional de Referencia por su alta especialidad y calidad garantizada en los servicios especializados que ofrece a la sociedad, y a los profesionales de la salud del ámbito público, social y privado.¹²⁸

En esos términos, la aplicación de métodos alternos para la solución de controversias médicas, promueve el entendimiento entre las partes y favorece la participación directa de los involucrados para solucionar los conflictos. El arbitraje es una figura jurídica ampliamente reconocida en nuestro derecho positivo, por las ventajas que tiene respecto de los juicios que se desahogan ante los órganos de impartición de justicia, brinda la posibilidad de resolver las diferencias en un tiempo más corto que el que usualmente se lleva en los tribunales (economía procesal), lo que además es acorde con la tendencia internacional de hacer efectivo el principio universal a cargo del estado, de brindar justicia pronta y expedita. Más aun, el proceso es voluntario, gratuito, confidencial e imparcial.

A mayor abundamiento, la CONAMED ha establecido un protocolo de análisis, para la evaluación de los casos y habida cuenta de su autonomía, elabora sus laudos, dictámenes y opiniones técnicas, bajo los principios de honestidad, imparcialidad, confidencialidad y buena fe.

El análisis sistematizado de los resultados de la evaluación de casos, permite establecer criterios técnicos para recomendar las medidas, que a su juicio, deberán adoptarse para mejorar la prestación de los servicios. Igualmente, se

¹²⁸ *Idem.*

detectan errores de los usuarios haciéndose de su conocimiento, para que estén en posibilidades de mejorar el autocuidado de su salud.

Así las cosas, la CONAMED como primera instancia para dirimir las controversias que se le plantean, promueve la avenencia de las partes, es decir, después del análisis especializado del asunto motivo de la queja, presenta vías de arreglo, las cuales de ser aceptadas por las partes, originan la suscripción de un contrato de transacción, en el cual se expresan las contraprestaciones que se pacten, con la sola limitación de que no deberán ser contrarias a derecho.

Es importante señalar que en estos casos los instrumentos transaccionales tienen efectos de cosa juzgada, en términos de los artículos 2953 del Código Civil Federal y 533 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y sus correlativos de las entidades federativas, por lo tanto, entrañan la solución civil del litigio.

En los casos que no se logra la conciliación, se plantea a las partes someter su controversia a la resolución de CONAMED en estricto derecho o en conciencia, atendiendo a las reglas del procedimiento, pues la institución está facultada para realizar el arbitraje en estos términos. Lo anterior, encuentra su fundamento en el Reglamento de procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de CONAMED, el cual en la parte conducente señala:

Artículo 2°.- Para efectos de este Reglamento, se entenderá por:...

II.- Arbitraje en estricto derecho.- Procedimiento para el arreglo de una controversia entre un usuario y un prestador de servicio médico, en el cual la CONAMED resuelve la controversia según las reglas del derecho, atendiendo a los puntos debidamente probados por las partes;

III. Arbitraje en conciencia.- Procedimiento para el arreglo de una controversia entre un usuario y un prestador de servicio médico, en el cual la CONAMED resuelve la controversia en equidad, bastando ponderar el cumplimiento de los principios científicos y éticos de la práctica médica....

En este entendido, las partes que acuden a CONAMED con el fin de resolver su controversia mediante el arbitraje a la firma del compromiso arbitral podrán elegir la vía (estricto derecho o en conciencia) a seguir sujetándose a las reglas establecidas en el artículo 73 del citado reglamento.

Ahora bien, en ambos casos:

- El laudo debe ser exhaustivo, congruente, fundado y motivado.
- Serán admisibles todas las pruebas susceptibles de producir convicción a CONAMED.
- Están prohibidos los interrogatorios entre las partes con fines confesionales, así como las pruebas que fueren contrarias a la moral y al derecho.
- Se evaluará la procedencia de las apreciaciones de las partes conforme a las disposiciones en vigor y en los casos en que tales disposiciones lo autoricen.
- Se evaluará la correcta aplicación de los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica.

A mayor abundamiento, el arbitraje en estricto derecho o jurisdiccional es aquel que se encuentra inserto en ciertos ordenamientos adjetivos y deriva de una norma general, abstracta y obligatoria, llámese tratado, ley, reglamento y demás ordenamientos jurídicos. Mediante el arbitraje en estricto derecho, la Comisión resuelve el fondo del litigio según las reglas del derecho, atendiendo a los puntos debidamente probados por las partes.

Dicho en otros términos, se decide con arreglo a derecho, es decir, las partes convienen en facultar al árbitro para que al dictar el laudo se rija en cuanto al fondo y forma en alguna disposición jurídica aplicable. Si las partes en el acuerdo no fijan la ley que debe regir tanto el fondo como la forma de decidir en el litigio, el árbitro determinará el derecho aplicable.

Por otro lado, el arbitraje en conciencia se da cuando, previa solicitud de las partes, el árbitro resuelve a verdad sabida y buena fe guardada, según el arbitrio de su conciencia y la formula convenida por las partes para ese efecto, buscando una solución equitativa para ambas.¹²⁹ A través de este tipo de arbitraje, se resuelve la controversia en equidad, bastando ponderar el cumplimiento de los principios científicos y éticos de la práctica médica.

A mayor abundamiento, en el arbitraje en conciencia los laudos se dictan por el árbitro en base a la voluntad de las partes, a verdad sabida y buena fe guardada, apreciando los hechos de acuerdo a su especialización y sin someterse a reglas o formulismos sobre estimación de las pruebas en que se apoyan. Los razonamientos del árbitro para resolver, se basan en gran medida en razones de equidad y, dependiendo del tipo de controversia, en principios científicos, doctrina, normas jurídicas y jurisprudencia.

En ese sentido, el procedimiento arbitral en conciencia, si bien otorga mayor discrecionalidad al juzgador, debe sujetarse a las formalidades esenciales del procedimiento y resuelva el fondo de la controversia, pues de lo contrario se estaría hablando de una intervención como en amigable composición y no como un procedimiento que tenga fuerza de cosa juzgada.

Por ello, es importante distinguir entre árbitros de derecho y los arbitradores o amigables componedores, pues en el primer caso, la resolución se denomina laudo y en los segundos, veredicto o dictamen.

A casi diez años del establecimiento de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, podemos aseverar, que las quejas se derivan esencialmente de la mala relación entre los médicos y sus pacientes; pero también, de la mal orientada relación entre la institución y sus usuarios, tanto en el sector público, como en el privado.

¹²⁹ Flores García, Fernando, *Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición*. En la Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XLV, N° 201-203, (Mayo-Agosto de 1995), p. 71.

El siguiente cuadro ilustra las modalidades de conclusión de asuntos atendidos en CONAMED:

MODALIDAD	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	Ene-Mayo 2005	Total (acumulado)
ORIENTACIONES	-	-	13665	11695	10342	7537	9071	17864	14696	5834	90704

ASESORIAS	1597	1935	2017	1850	1672	2464	2849	3145	3060	1572	22161
------------------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	--------------

INCONFORMIDADES	Gestiones inmediatas	72	352	468	579	692	738	862	941	698	276	5678
	Conciliaciones	309	750	742	809	947	763	568	704	801	365	6758
	No conciliados	92	532	543	624	854	592	380	318	334	185	4454
	Laudos	0	12	29	43	29	33	19	29	35	20	249
	Falta de interés procesal	75	142	93	129	154	138	114	216	281	77	1419
	Irresolubles	117	110	32	19	3	17	31	42	57	14	442
	Enviadas a las comisiones estatales	0	0	0	19	10	3	2	0	0	0	34
	Total	665	1898	1907	2222	2689	2284	1976	2250	2206	937	19034

DICTAMENES	44	138	275	554	742	473	664	443	431	203	3967
-------------------	----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-------------

Fuente: Sistema de Atención de Quejas Médicas (SAQMED). Sistema de Estadística Institucional.

Por lo anterior, esta Institución se encuentra en etapa de búsqueda de mecanismos idóneos, para aportar mayores elementos a los diversos programas existentes, tanto en el modelo de prestación de servicios, como en los procedimientos y técnicas para los programas de atención médica, atendiendo a las causas más frecuentes de error observadas por los facultativos y las instituciones, así como las razones que las originaron, coadyuvando así a lograr las expectativas de la sociedad.

Conclusiones.

1. Debe darse a conocer a los profesionales del derecho y de la medicina, la magnitud y la importancia de atender las controversias médico–paciente por la vía arbitral, así como ofrecerles información actualizada, que les permita a los primeros, actuar en forma idónea y decidida, en el manejo de un asunto en materia de derecho civil, penal y sanitario y a los segundos, atender los problemas legales derivados de su ejercicio profesional.
2. Las denuncias por responsabilidad profesional médica han aumentado, debido a la mayor información médico-jurídica con que cuenta la sociedad, a las inconsistencias en las instituciones de salud, a la desinformación de los pacientes, quienes exigen al médico curación completa y pronta a sus problemas, con frecuencia, por desconocer las condiciones éticas y científicas de la medicina y además, indudablemente por causa del error médico.
3. Atendiendo al concepto de responsabilidad profesional, la actuación médica no sólo comprende la aplicación del conocimiento y de la destreza del profesional, sino también el cumplimiento de los deberes impuestos por la *lex artis* médica, la adecuada aplicación de los recursos tecnológicos, así como la observancia estricta de las normas legales aplicables.
4. Existe doctrina mayoritaria, que establece las condiciones de relación médico–paciente, teniendo su origen, en un acuerdo de voluntades expreso o tácito entre las partes y que frente al daño injustificadamente causado, nace un deber de responder, que por regla general reconoce su génesis en el campo contractual y excepcionalmente en el extracontractual.
5. Las responsabilidades a las que se encuentra sujeto el médico, en caso de incumplimiento de sus deberes y obligaciones, son provenientes solamente de los ordenamientos legales en materia civil y sanitaria, puesto que no son considerados como delitos.

6. La existencia de nexo causal entre acto médico y daño, acarreará la responsabilidad del profesional, que se traducirá en la reparación civil económica o indemnización por daños y perjuicios.
7. El médico no está obligado a curar, sino a procurar la mejoría en el estado de salud del enfermo, pues resulta indudable que el facultativo contrae una obligación de medios, y no de resultados, consistentes en la aplicación de un saber y de un proceder, a favor de la salud del enfermo.
8. La reparación del daño establece que todo menoscabo o pérdida de un bien que ocasiona lesión a un interés jurídicamente protegido, ya sea de índole patrimonial o extrapatrimonial, debe ser susceptible de valuación económica para revestir la condición de resarcibilidad. En el caso de atención médica, cuando se dejan de observar obligaciones de medios o diligencia y de resultados, en su caso, causando una incapacidad a otro, se está obligado a repararla; a menos que se demuestre que dicha incapacidad se produjo a consecuencia de culpa o negligencia inexcusable del paciente, caso fortuito o fuerza mayor.
9. La sentencia en el acto médico es la decisión legítima sobre la causa controvertida. Se emite la opinión sobre la conformidad o inconformidad de la pretensión de la parte actora y en consecuencia se acepta o se niega dicha pretensión.
10. Medios alternativos. En México existe juzgamiento material de conflictos llevados al cabo por órganos no pertenecientes al Poder Judicial de manera autocompositiva y heterocompositiva. En nuestro país el órgano encargado para resolver las controversias derivadas de actos médicos por la vía arbitral es CONAMED.

11. El arbitraje es una forma heterocompositiva de resolver una controversia; es la solución al litigio, dada por un tercero imparcial, juez privado o varios, generalmente designado por las partes contendientes. La resolución por la que se manifiesta el arreglo se denomina laudo

12. En 1996, por iniciativa del ejecutivo federal, se creó la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de junio de 1996. La CONAMED, es un órgano competente y especializado para conocer conflictos entre usuarios y prestadores del servicio médico, el cual tiene plena autonomía para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos, para ello se han instaurado la gestión arbitral y su concurso pericial, este último a fin de apoyar a las instituciones encargadas de procurar y administrar justicia.

13. La Comisión Nacional de Arbitraje Médico, ha creado el modelo de arbitraje en esta materia, el cual contempla procedimientos para la resolución de conflictos médico-paciente por vía civil extrajudicial y promueve acciones para mejorar la calidad de la atención médica.

En esos términos, se hacen las siguientes propuestas:

- Que las controversias médico-paciente en materia civil, sean atendidas en CONAMED como primera instancia.
- Que en caso de denuncia o demanda presentada directamente ante las instituciones del poder judicial, éstas soliciten a CONAMED la elaboración de dictámenes en tercería o dictámenes de calidad.

Lo anterior contribuirá a disminuir la carga de trabajo de las instituciones de procuración e impartición de justicia, por cuanto hace a las controversias derivadas de la prestación de servicios de atención médica.

Así mismo, que la sociedad tenga la certeza de que este tipo de controversias, se analizarán y resolverán en su caso, de manera altamente especializada, manteniendo los principios de imparcialidad y equidad; de igual forma que el

gremio médico mexicano, tenga la seguridad de que su actuación será revisada con total apego a los principios científicos y éticos de la práctica médica mediante sistema de pares.

En este orden de ideas es necesario señalar que la CONAMED ha impulsado un modelo de arbitraje médico, el cual contempla el cumplimiento de las atribuciones y objetivos de la Comisión y beneficia tanto al paciente como al profesional de la salud, manteniendo la política de escuchar a las partes y permite la participación activa de los involucrados a fin de encontrar solución a sus conflictos.

En ese sentido, se debe resaltar que si bien es cierto, la CONAMED ha procurado consolidar el modelo de atención de inconformidades y convertirse en el centro nacional de referencia en la materia, también es cierto, que continua siendo un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, es por ello que dada su especialización y la contribución tan importante en nuestro país para la resolución de controversias en materia de prestación de servicios de salud, es momento de que se promueva su descentralización, con el objeto de otorgar a la institución un estatus de mayor autonomía respecto de la autoridad sanitaria, pues de continuar una relación jerárquica de subordinación respecto del órgano de autoridad superior al cual se sujeta (Secretaría de Salud), se limita el ejercicio de la autonomía que debe tener para realizar recomendaciones a la propia autoridad sanitaria.

De igual forma, tendría autonomía orgánica que le permitiría no tener que sujetarse estrictamente a las disposiciones programáticas y presupuestales que dicte la dependencia en la que actualmente se agrupa, evitando con ello coartar su libertad de acción.

Referencias Bibliográficas.

1. Pérez de Leal. Responsabilidad civil del médico. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1995.
2. Ghersi, Carlos A. y colaboradores. Derecho y reparación de daños. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1999.
3. Díaz, Luis Miguel. Arbitraje privatización de la justicia. Editorial Themis. México, 1991.
4. Il Congreso Nacional de Mediación. Tribunal Superior de Justicia del D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México, 2003.
5. Zuccherino, Ricardo Miguel. La *praxis* médica. Ediciones de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1994.
6. Hernández, María del Pilar. Derechos del Personal de la Salud. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000.
7. CasaMadrid Mata, Octavio R. La atención médica y el derecho sanitario. Ediciones JGH, México, 1999.
8. Dobler López, Irving F. La responsabilidad en el ejercicio médico. Editorial El Manual Moderno, México, 2002.
9. Nespeca, Alfredo. Mala *praxis*, manual de información para el médico. Editora Córdoba, Argentina, 2000.
10. Martín Mateo, Ramón. Bioética y Derecho. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, España, 1997.
11. Alterini, Atilio. Aspectos de la teoría de la culpa en el derecho argentino. Ed. La Ley.
12. Olivera Toro, Jorge. El daño moral. Ed. Themis, México, 1996.
13. Carnelutti, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*.
14. Arangio Ruiz, V. Las Acciones en el Derecho Privado Romano. Trad. Faustino Gutiérrez-Alviz. Madrid. Revista de Derecho Romano. 1945.
15. Dorantes Tamayo, Luis. Elementos de Teoría General del Proceso. Editorial Porrúa, S.A., México, 1993.
16. Arrellano García, Carlos. Teoría General del Proceso. Editorial Porrúa, S.A. México, 1997.
17. Anibal Alterini, Atilio. Temas de Responsabilidad Civil. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

18. Burgoa Ignacio. Derecho Constitucional. Editorial Porrúa, S.A. México, 1976.
19. Flores García Fernando. Arbitraje, Conciliación, Amigable Composición. Revista de la Facultad de Derecho de México. U.N.A.M., México, 1995, pp. 57-90.
20. García Maynes Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, S.A., México, 1985.
21. Reyna Carrillo Fabela, Luz María. La responsabilidad profesional del médico. Editorial Porrúa, S.A. México, 2000.
22. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano; Editorial Porrúa, S.A., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996.
23. Ovalle Favela José. Derecho Procesal Civil; Colección de Textos Jurídicos Universitarios. Ed. Harla, Harper & Row Latinoamericana, México, 1980.
24. Pallares Eduardo. Tratado de las Acciones Civiles. Sexta edición corregida y aumentada; Editorial Porrúa, S.A., México, 1991.
25. Sánchez Bringas Enrique. Derecho Constitucional; Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.

Ordenamientos jurídicos.

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Sista, México, 2002.
2. Código Civil Federal. Sista, S.A. de C.V., México, 2003.
3. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Sista, S.A. de C.V., México, 2002.
4. Código Penal para el Distrito Federal. Sistas, S.A. de C.V., México, 2002.
5. Ley Federal del Trabajo, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.
6. Ley General de Salud, Editorial Porrúa, S.A., México, 2002.
7. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, Editorial Porrúa, S.A., México, 2002.
8. Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal. Editorial PAC, S.A. de C.V., México, 1999.