

# RESPONSABILIDAD LEGAL POR MALA PRAXIS PROFESIONAL: UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO PRIVADO

## LIABILITY FOR PROFESSIONAL MALPRACTICE: A PERSPECTIVE FROM THE PRIVATE LAW

OSCAR JAVIER SOLORIO PÉREZ

*Licenciado en Derecho por la Universidad de Colima; Maestro en Derecho de la Propiedad Intelectual por la Universidad The John Marshall Law School de Chicago, Illinois, USA; y Doctor en Derecho por el Doctorado Interinstitucional en Derecho de ANUIES. Email: oscar@uol.mx.*

### RESUMO

El presente trabajo hace un recorrido doctrinal y normativo acerca de la responsabilidad civil extracontractual, aplicada a la mala praxis médica, en particular por lo que hace a los elementos de la causalidad, la culpabilidad, la inobservancia al deber de cuidado, y presenta una discusión en torno a la naturaleza compensatoria o resarcitoria de la reparación del daño, en relación a los diferentes factores de imputación, conforme a criterios objetivos.

**Palavras-chave:** Responsabilidad Civil Extracontractual; Causalidad; Culpabilidad; Deber de Cuidado.

### ABSTRACT

The foregoing work presents a doctrinal and normative portrayal of civil liability, applied to medical mal praxis, relating in particular to the elements of causality, guiltiness, and breach of duty of care; presenting a discussion pertaining to compensatory nature of damages awarded, as applied to different factors of imputability, in accordance to objective criteria.

**Keywords:** Tort Liability; causality; guilt; Duty of Care.

### SUMÁRIO

INTRODUCCIÓN; 1 RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL; 2 RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA Y TORTS EN EL SISTEMA ANGLOSAJÓN; 2.1 El nexo casual como presupuesto de responsabilidad; 2.2 La culpa como presupuesto de responsabilidad; 2.3 El estándar de inobservancia al deber de cuidado; 3 NATURALEZA DE LA INDEMNIZACIÓN Y LAS CAUSAS ALTERNATIVAS; 3.1 Teorías en materia de evaluación del daño; 3.2 Valoración del daño en los criterios jurisprudenciales mexicanos; 4 TEORÍAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD; 5 MECANISMO DE IMPUTACIÓN O FACTORES DE IMPUTACIÓN APLICADOS AL PROFESIONAL MÉDICO; CONCLUSIONES; REFERÊNCIAS.

## INTRODUCCIÓN

Dado que el presente trabajo aborda la responsabilidad legal por mala praxis profesional, y sus consecuencias, con un énfasis en los remedios civiles y consecuencias en el ámbito de

derecho privado, se partirá de distinguir los actos ilícitos civiles -aquello que los Ingleses denominan *torts*- de los delitos, por una parte; así como de los incumplimientos contractuales, por otra.

Un *delito*, explicado de manera general, es un acto contra los intereses generales de la colectividad, contra el que reacciona el propio Estado por medio de una pena o medida de seguridad. Un acto ilícito civil es aquel que produce un daño a una persona concreta, por lo que esta persona tiene derecho a reclamar la correspondiente indemnización a quien causó el tal daño o a que se declare la naturaleza anti-social de su acto. Como también se sabe, un mismo acto puede tener naturaleza penal como civil: así, en muchos países el robo o la difamación son considerados delitos, por atacar un bien protegido por la colectividad (el derecho de propiedad); y un ilícito civil, por causar un daño (de tipo patrimonial) a una persona determinada.<sup>1</sup>

Por otra parte, el *incumplimiento de contrato* también es un acto ilícito de naturaleza civil, pero es diferente en cuanto a su origen, toda vez que la también llamada responsabilidad contractual deriva de unos derechos obligaciones impuestos por las propias partes, mediante las propias estipulaciones o cláusulas implícitas de los convenios que lícitamente han celebrado, por lo que solo estas personas que son partes del contrato, y no otras -en principio- pueden ser responsables.<sup>2</sup>

En cambio, la responsabilidad por actos ilícitos es general, ya que cualquier persona es responsable de los daños causados a otra, sin que exista ningún vínculo particular entre ellas. Es decir, la responsabilidad deriva de la conducta, y su consecuencia, el hecho que la genera, como resultado del quebranto de la obligación general de no cometer actos ilícitos civiles, impuesto por el derecho general del país, el cual vincula a todas las personas. En algunas circunstancias, no obstante, un mismo hecho puede justificar de forma alternativa una demanda por incumplimiento contractual; y al mismo tiempo, una demanda por responsabilidad civil extra-contractual.<sup>3</sup>

## 1 RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

<sup>1</sup> JAMES, Philip. Introducción al derecho inglés. Bogotá: Editorial Themis, 1996, p. 299.

<sup>2</sup> *Ídem.*

<sup>3</sup> *Ídem.*

La legislación civil en materia de ilícitos civiles tiene raíces muy sólidas en el derecho romano-germánico, sistema al cual pertenece España y, como consecuencia, Latinoamérica. De esta forma, en la legislación española, consigna de manera muy clara en el artículo 1902<sup>4</sup> del Código Civil de 1889 -aún vigente- la regla general de responsabilidad extra-contractual, distinguiendo además en su numeral 1903 de manera clara que la obligación de reparar el daño conforme al artículo 1902 antes referido es exigible “no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”; y de manera similar, los sucesivos artículos 1903 a 1907 contemplan diversas hipótesis más específicas de responsabilidad por hechos ajenos; mientras que el artículo 1908 contempla de manera muy sistemática la responsabilidad por riesgo creado.

Por su parte, la Legislación en materia de ilícitos civiles Alemana (*Recht der unerlaubten Handlungen*) está regulada en forma muy concreta en el propio Código Civil Federal Alemán (*Das Bürgerliche Gesetzbuch*) mediante una regla general de responsabilidad por un lado; y por el otro mediante una responsabilidad estricta o responsabilidad objetiva.<sup>5</sup> La regla general señala que cualquier persona que cometa un acto ilícito y por ello cause daño a los intereses legales protegidos de otra persona, será generalmente responsable de compensar a la parte afectada por dicho daño.<sup>6</sup>

Cabe destacar que dicha obligación de compensar no es de naturaleza penal o criminal. El reproche ético, la imposición de penas y los intentos de reformar a quien los comete son asuntos dejados al derecho penal. En materia civil el asunto es simplemente la reparación del daño sufrido.<sup>7</sup> En términos generales, debe probarse que el demandado actuó en forma culpable, esto es, en forma deliberada o negligente para que se le condene a pagar los daños causados. Si el demandado no actuó en forma culpable (*schuldhaft*) entonces no puede ser considerado responsable por un ilícito civil; pero puede en cambio ser responsable mediante la segunda

<sup>4</sup> ESPAÑA. *Código Civil Español*. Artículo 1902.- El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

<sup>5</sup> YOUNGS, Raymond. *Source book on German Law*. Londres: Cavendish Publishing Limited. Chapter Six: Torts, 2002.

<sup>6</sup> ALEMANIA. *Das Bürgerliche Gesetzbuch*. § 823 (1) Una persona que intencionalmente o negligentemente dañe la vida, cuerpo, salud, libertad, propiedad o derecho de otro en forma ilícita está obligado a compensarlo de cualquier daño que de dicho acto resulte. (2) La misma obligación aplica a una persona que viole una disposición estatutaria que exista para proteger a otro. Si de acuerdo con el contenido de la disposición estatutaria, una violación de este tipo también es posible en forma no culposa, el deber de reparar los daños y perjuicios solo procederá en caso de culpa.

<sup>7</sup> ROBERTS, Gerhard. *An introduction to German Law*. Baden-Baden: Ed. Nomos Verlagsgesellschaft & Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2002, p. 257.

teoría de responsabilidad estricta (*gefährdungshaftung*) para lo cual no se requerirá comprobar la culpa del demandado.<sup>8</sup> La *ratio legis* detrás de esto es que una persona que realiza actividades esencialmente peligrosas debe tomar responsabilidad por cualquier daño resultante, independientemente de si fue causado en forma culpable o no; o de si la actividad en cuestión es legal o no.<sup>9</sup>

Por lo tanto, una demanda basada en la regla general de responsabilidad que busque reparar los daños y perjuicios causados dependerá de la prueba de los mismos. Con relación a los derechos expresamente referidos en el artículo 823 del *Bürgerliche Gesetzbuch*, existe una presunción *iuris tantum* de que el acto causante del daño fue ilegal<sup>10</sup> y corresponderá al demandado probar alguna causa de justificación. La demanda puede referirse también a “otros derechos” (*ein sonstiges Recht*) que son también considerados como absolutos, en el sentido de que pueden oponerse contra cualquiera.<sup>11</sup> Algunos de los derechos que han sido considerados por los tribunales Alemanes en tal categoría son derechos de posesión, derechos reales, diversas formas de garantía, usufructos y ciertamente, marcas, patentes y derechos de autor.<sup>12</sup>

Inclusive, países asiáticos pertenecientes al sistema *Civil Law*, tales como la República de Corea,<sup>13</sup> presenta un panorama similar en cuanto a los procedimientos para hacer valer derechos individuales violentados por terceros. Las Cortes de Distrito son la primera instancia para asuntos de naturaleza civil o penal. El número de jueces es determinado por la población del distrito. Las decisiones de las Cortes de Distrito Coreanas en materia civil son llevadas ante la Corte Superior que corresponda a la circunscripción geográfica, donde se realiza una revisión *de novo* con respecto a los hechos y la ley aplicable, es decir, es posible someter nueva evidencia y nuevos alegatos. De allí, el asunto puede ser apelado a la Corte Suprema la cual tiene discreción para admitir dicha controversia, similar a como sucede en el sistema constitucional Mexicano.

## 2 RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA Y TORTS EN EL SISTEMA ANGLOSAJÓN

<sup>8</sup> *Idem.*

<sup>9</sup> *Idem.*

<sup>10</sup> Como ya se señaló, los derechos expresamente referidos son: vida, cuerpo, salud, libertad y propiedad.

<sup>11</sup> ROBERTS, Gerhard. *Op. cit.* 2002. p. 258.

<sup>12</sup> ROBERTS, Gerhard. *Op. cit.* 2002. p. 259.

<sup>13</sup> La República de Corea (hangul: 대한민국, hanja: 大韓民國,) es el nombre oficial del país Asiático comúnmente llamado “Corea del Sur” o “Surcorea”.

Mientras que en España, Alemania y Corea, al igual que en México, los actos cometidos por profesionales médicos pueden ser considerados como un ilícito civil, en los Estados Unidos son considerados como *torts*. La doctrina anglosajona con respecto a los *torts*,<sup>14</sup> (como equivalentes anglosajones de los ilícitos civiles en el derecho continental Europeo) es bastante amplia y la práctica de esta rama del derecho es bastante vigorosa.<sup>15</sup> Aunque los principios que los regula y la extensa discusión con respecto a su importante función queda fuera del alcance de este trabajo, si es importante destacar que un *tort* no es un crimen, de la misma manera que un ilícito civil tampoco es un delito, aunque en algunos casos puedan tener características en común. La distinción principal entre *tort* y *crimen* se centra en los intereses afectados y el remedio legal disponible;<sup>16</sup> y a su vez, la similitud entre el *tort* anglosajón y el ilícito civil que prevalece en la tradición romano-germánica o civilista es casi total. Una de las pocas diferencias, que sin embargo es sustancial, es el hecho de que en la tradición anglosajona es posible la condenación a pagar *punitive damages* o *exemplary damages*, los cuales son considerados por los expertos como una anomalía proveniente del derecho penal aplicada al derecho civil, procedente cuando la violación ha sido intencional y deliberada y tiene tal carácter atroz frecuentemente asociado con un delito. Tal condenación implica que el demandado pague una cantidad en dinero adicional al pago de todos los daños y perjuicios causados, para propósitos de escarmentar al demandado, apercibirle de no reincidir, y disuadir a otros de seguir su ejemplo.<sup>17</sup> Pero como se aprecia, a diferencia de la multa de naturaleza

<sup>14</sup> La palabra “*tort*” deriva del latín *tortus* que significa torcido (de ahí deviene la palabra *tortuoso*) por lo que la metáfora de su significado es aparente: un *tort* es una conducta torcida o contraria a la Ley. la palabra *tort* todavía se utiliza en idioma Francés y permaneció en el Inglés de uso común durante mucho tiempo hasta que cayó en desuso y adquirió un significado técnico legal.

<sup>15</sup> PROSSER & KEETON, Page. *Prosser and Keeton on The Law of Torts*. St. Paul: West Publishing Co., 1984, p. 2.

<sup>16</sup> Un crimen es una ofensa contra el público en general, por la que el Estado, como representante del pueblo instituirá una acción penal cuyo propósito es reivindicar el interés del público en su conjunto mediante la imposición de una pena, eliminándolo de la sociedad, rehabilitándolo, reeducándolo, etc. Además, aunque la reparación del daño es parte de la condena, un procedimiento penal no está directamente dirigido a ello, sino que el papel de la víctima se limita ser acusador y testigo para el Estado. En cambio, una acción civil es promovida y perseguida por la persona afectada y su propósito principal es reparar el daño sufrido a costa del demandado. Si prevalece, el actor recibirá una sentencia obligando al demandado a pagar una suma en dinero. Para una discusión más amplia ver PROSSER & KEETON, Page. *Prosser and Keeton on The Law of Torts*. St. Paul: West Publishing Co., 1984, p. 1-15.

<sup>17</sup> PROSSER & KEETON, Page. *Op. cit.* 1984, p. 9.

administrativa o de penal, dicha cantidad en dinero va a parar a los bolsillos del afectado y no a las arcas del Estado.

Históricamente, los *torts* están divididos en dos clases principales: *trespasses* (transgresiones) y acciones “*on the case*” (según el caso). Una transgresión es una lesión o daño *directo y violento*. Este es el tipo más obvio y dramático todos los *torts*, y por ello no es de sorprenderse que este tipo hayan sido los primeros en ser recocidos y a los cuales el derecho les haya provisto de remedios. Las acciones *según el caso* se fundamentaban en los daños causados de forma indirecta e imprudente. Recibieron este nombre principalmente porque originalmente eran concedidas estas acciones en circunstancias para las cuales no había ninguna acción específica, pero en las que el demandante podía demostrar que, según los hechos de su caso, había sufrido un daño como consecuencia de algún acto u omisión del demandando.

Aunque la distinción entre transgresión y acción según el caso ha dejado de tener importancia desde el punto de vista procesal, la historia ha dejado su legado: cuando la reclamación del actor está fundamentada en una transgresión, no es necesario que demuestre un daño real. Para tener derecho a una compensación (que puede ser nominal) bastará la sola prueba de la transgresión. En la mayor parte de las demás acciones, el demandante debe demostrar que ha sufrido un daño real (“especial”), ya que el daño ha sido el elemento esencial de las acciones sobre el caso.

Habrá que considerar que de hecho, la mayor parte de los ilícitos civiles modernos, tales como fraude, el libelo, las calumnias y la negligencia proceden de las antiguas acciones según el caso, que debido a su frecuencia, fueron paulatinamente transformadas en transgresiones. También resulta conveniente aclarar que no se debe suponer que, como la prueba del daño es esencial para fundamentar una acción sobre el caso, toda prueba de daño da lugar a una reclamación de responsabilidad. Los tribunales siempre han considerado como “*damnum sine injuria*” (“daño sin agravio”) a aquellos daños que son demasiado triviales para fundamentar una acción o los que forman parte del “toma y daca” de la vida, del día a día, en un mundo en el que entran frecuentemente en conflicto los intereses personales. Así, salvo que la acción viole de manera clara alguno de los derechos especialmente tutelados, o sea constitutiva de un acto ilícito definido, los daños a los intereses personales o comerciales en el curso diario rara vez pueden justificar una demanda de responsabilidad civil, aunque hayan sido infligidos intencionalmente.

Bajo este orden de ideas, cuando se quiere presentar una acción basada en un *torts* en los Estados Unidos, si es de competencia federal, ésta será presentada ante las *District Courts* y *Teritorial Courts*<sup>18</sup> tendrán jurisdicción original; y las *Circuit Courts* tendrán jurisdicción de apelación sobre cualquier acción legal derivada de dicha Ley, sin importar el monto de la controversia ni la ciudadanía de las partes en conflicto.<sup>19</sup> Como es típico de la tradición legal anglosajona, también en los Estados Unidos las medidas precautorias (*injunctive relief*) es ordinariamente el principal remedio buscado por los litigantes, el cual puede ser provisional o permanente. Adicionalmente, el pago daños y perjuicios (*damages ó monetary relief*) es un remedio ordinariamente buscado en toda acción legal que suele contemplar el daño causado a la reputación del actor, los gastos para contrarrestar la confusión causada por el demandado y la pérdida de utilidades causada por el acto ilegal.<sup>20</sup> Discrecionalmente, la corte puede ordenar una compensación adicional (*treble damages*) y el pago de los honorarios legales (*attorney fees*).

Muy similar a como sucede en España, Alemania, y la República de Corea en México, la protección a los ilícitos civiles parte de un artículo del Código Civil que en realidad simplemente reconoce un principio general de derecho de *no causar daño a otro*; partiendo del supuesto de que la responsabilidad civil extracontractual como sistema gira en torno a la tutela de un interés general que recoge el principio original y general del "*alterum non laedere*" que no es otra cosa que un deber jurídico general de no causar daño a nadie. Deber que el ordenamiento jurídico impone a todos los particulares y que en México está reconocido en el Libro Cuarto "De las Obligaciones", Parte Primera "De las Obligaciones en General", Título Primero "Fuentes de las Obligaciones", Capítulo V "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos", el cual consta de varios artículos, pero que en la parte medular, dicha fuente de obligaciones emana del artículo 1910 del Código Civil Federal y sus correlativos de las entidades federativas en toda la República Mexicana: "**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*".

Considerando dicho artículo como punto de partida la responsabilidad civil, ésta en general debe ser conceptualizada como "*un conjunto de consecuencias jurídicas a las que los*

<sup>18</sup> Las Territorial Courts cumplen las mismas funciones que las District Courts, solo que aquellas están disponibles son en lugares que son posesiones de los Estados Unidos pero que no son considerados como Estados de la unión americana.

<sup>19</sup> (Estados Unidos) 15 U.S.C. § 1121 (a).

<sup>20</sup> PATTISHALL, B. W. *Trademarks and Unfair Competition*. Chicago: Editorial LexisNexis, 2002, p. 526.

*particulares se someten por el hecho de haber asumido una situación jurídica pasiva, sea en forma voluntaria o por efectos de la ley.”.*

Bajo esta perspectiva, las funciones de la reparación civil son:

- a) Disuasiva.- Concerniente al papel que cumple la responsabilidad civil en el desincentivo a cualquiera que lo intente, voluntaria o culposamente, cometer actos perjudiciales contra terceros.
- b) Preventiva.- Referida a la toma de decisiones que permitan evitar la ocurrencia de daños similares en el futuro.
- c) Resarcitoria.- Pues reacciona contra el acto ilícito dañino, a fin de resarcir a los sujetos a los cuales se ha causado el daño.
- d) Equivalente.- Por lo cual se establece que debe existir una adecuada correspondencia entre el contenido patrimonial de la prestación indemnizatoria y lo que egresa del patrimonio del deudor.<sup>21</sup>

La transformación de los presupuestos de responsabilidad civil en la era actual

Conforme a la doctrina Argentina, la cual ha seguido parcialmente España y México, en los últimos años comenzó a examinarse con cierta profundidad el concepto de acción; cobrando relevancia una opinión hegemónica que ha superado el temperamento de la doctrina tradicional, la cual estimaba que el legislador relacionó la acción con la voluntad, en los términos de los artículos 897 y 913 de Código Civil de la República Argentina,<sup>22</sup> como se aprecia a continuación:

*Art.897.- Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad.*

*Art.913.- Ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste.*

Lo anterior resulta equivalente a la distinción que la doctrina mexicana y el Código Civil Federal mexicano hacen entre los hechos y los actos jurídicos. No obstante, en estos momentos se estima, mayoritariamente, que la acción es conducta humana voluntaria e involuntaria del sujeto, productora de un cierto resultado (El *egröld* del cual hablan los alemanes), que se

<sup>21</sup> Sobre las características Resarcitoria y Equivalente del *ilícito civil* en la tradición legal romano-germánica habrá de distinguirse del *tort* anglosajón, ya que en éste último el juez sí tiene la posibilidad de otorgar *exemplary damages* y *punitive damages*, los cuales como se ha explicado antes, tienen una naturaleza sancionadora, pero en beneficio del afectado y no de la colectividad en general o del Estado, como sucedería en el caso de las sanciones administrativas o penales.

<sup>22</sup> BUERES, Alberto J.. **Responsabilidad civil de los médicos**. Tercera edición. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2006, p. 46.

trasunta como una emanación de la persona -y que a la vez reclama un mínimo de participación subjetiva-.<sup>23</sup>

Este concepto amplio de acción es importante para ponderar los alcances de la legítima defensa, -entendida como excepción a una acción civil, y no como una defensa en una causa penal-, sobre todo, para examinar cómo juegan la voluntariedad y la involuntariedad con relación a los factores de atribución.<sup>24</sup>

En cuanto al presupuesto de antijuridicidad o ilicitud objetiva, cabe señalar que durante mucho tiempo no fue escindido por nuestros autores de la culpabilidad -ni por asomo se entraba a indagar, por las obvias razones antedichas, cómo se podía relacionar la antijuridicidad con el criterio legal de la imputación objetivo-. Es más, actualmente la doctrina francesa, en general, no es precisa en este sentido. Prueba de ello es que André Tunc -un autor que pese a sus años es todavía un renovador de ideas- afirmaba en 1981 que para que exista responsabilidad civil es menester la presencia de una culpa (*une faute*), de un daño y de una relación causal.<sup>25</sup>

Asimismo, algunos autores italianos (como Csrbore, Castronovo, Schlesinger, Busnelli, Rodotà, Tucci y Visintini) y españoles (como Pantaleón Prieto) niegan que en la responsabilidad por daños exista un momento de antijuridicidad, pues imaginan que basta con la presencia de un daño y criterios de imputación justos. En este sentido, en Argentina como en otros países, desde hace varias décadas, se escinde con nitidez la antijuridicidad (el *alterum non laedere* transgredido sin justificación) del resto de los presupuestos de los deberes reparatorios. Se trata entonces de una síntesis del accionar contra *ius* y *sine iure*.<sup>26</sup>

Aparte, siguiendo Alberto J. Bueres, la *communis opinio* entiende que la antijuridicidad -o licitud objetiva- no es específica, como parecería sugerir la lectura textual de los artículos relativos, sino que como el citado autor ha sostenido, deberá entenderse el criterio de antijuridicidad en sentido amplio, expresando que la altitud del objetivo no se agota en la formulación del artículo que consigna la regla general de responsabilidad contractual, que para el caso argentino es el artículo 1109 del Código Civil para la República Argentina, así como el 1910 del Código Civil Federal para el caso mexicano; sino que subyace también en otras

<sup>23</sup> *Ídem*.

<sup>24</sup> BUERES, Alberto J. El acto ilícito. pp 38 a 45, *ídem*, “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta”, Editorial Hammurabi, en Derecho de daños, Primera parte, homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, 1996, pp 142-148.

<sup>25</sup> BUERES, Alberto J. *Op. cit.* 2006, p. 47.

<sup>26</sup> *Ídem*.

disposiciones también de naturaleza contractual.<sup>27</sup> Es más: el no dañar a otro es un principio general de derecho, carácter que no se resiente por el hecho de que esté consagrado en unas normas específicas o de que se le induzca de otras o, en fin, de que se lo extraiga por deducción sistemática.<sup>28</sup>

En definitiva, el artículo 1109 del Código Civil para la República Argentina, así como el 1910 del Código Civil Federal para el caso mexicano y sus correlativos de las entidades federativas contienen una cláusula general *-generalklausel* o *direttiva di massima*, como respectivamente expresan los autores alemanes e italianos-. Se trata de una norma primaria, (fuente de protección -o tutela- del interés), y no de una mera *norma secundaria*, (fuente de atribución de responsabilidad -como medio resarcitorio del daño-), como pretendieron imponer los defensores de la tipicidad del delito.<sup>29</sup>

En este sentido, y a propósito del perjuicio, se pasó de un sistema de tipicidad del ilícito, -o de tipicidad del daño- a un sistema de atipicidad (o de tipicidad en blanco). Bajo esta perspectiva entonces, no sólo se resarcan los daños que percuten en los derechos absolutos a la vida, a la integridad corporal, -en sus más elementales facetas físicas- y a la propiedad; sino que, amén e protegerse los derechos de crédito y los intereses económicos en general, se amplía el catálogo de derechos personalísimos y se admite el daño moral con sentido resarcitorio y en su más lata dimensión, es decir, que se cobijan los intereses del espíritu cuyo trasunto es el dolor o las afecciones y toda alteración desfavorable en la capacidad de sentir -aparte de las ya mencionadas-, en la capacidad de querer y en la capacidad de entender.<sup>30</sup>

## 2.1 El nexo casual como presupuesto de responsabilidad

Si bien la doctrina de la responsabilidad subjetiva contempla de manera clásica tres elementos, a saber: 1) un hecho ilícito; 2) un daño; y 3) un nexo causal entre ambas -a diferencia de la responsabilidad objetiva, para la cual no es necesaria la comprobación del último de dichos elementos-, el nexo causal se erige como el elemento determinante para atribuirle responsabilidad a alguien, a reserva desde luego de alguna causal que le exima de

<sup>27</sup> Cfr. BUERES, Alberto J. *Op. Cit.* 2006 p. 47

<sup>28</sup> Cfr. BUERES, Alberto J. *Op. cit.* 1986, p. 36.

<sup>29</sup> Bueres, Alberto J. *Op. cit.* 2006, p. 47.

<sup>30</sup> *Ibidem* p. 48.

responsabilidad. El basamento normativo de dichos elementos lo constituyen los artículos 1910 y 2110 del Código Civil Federal, según se puede apreciar a continuación:

*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 2110.- 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.*

Puesto en tales términos, los tres elementos antes aludidos quedan de manifiesto, aún cuando algunos criterios jurisprudenciales han agregado un cuarto elemento, que más bien tiene que ver no con los *requisitos* de responsabilidad civil; sino con las fuentes, mecanismos o factores de *imputación* (atribución), ya que habrá de recordarse que la responsabilidad civil puede provenir de hechos propios o de hechos ajenos como lo prescriben los artículos 1918 a 1925 del Código Civil Federal; o de manera objetiva por el “*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, conforme al artículo 1913 del Código Civil Federal.

Hecha esta aclaración, a continuación presentamos el aludido criterio jurisprudencial bajo la voz RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA. ELEMENTOS QUE LA CONFIGURA:

*Para que se configure la responsabilidad que genera el actuar ilícito de una persona, en términos de lo preceptuado en los artículos 1910 y 2110 del Código Civil Federal, es menester la concurrencia de cuatro presupuestos básicos: 1. El incumplimiento objetivo, o material, que consiste en la infracción al deber, sea mediante el incumplimiento de un contrato, sea a través de la violación del deber general o específico establecido en una norma jurídica. 2. Un factor de atribución de responsabilidad (subjetivo), esto es, una razón suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto señalado como deudor. 3. El daño; y, 4. Una relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño, es decir, que pueda predicarse del hecho que es causa (fuente) inmediata y directa de tal daño.*

Inclusive, habrá que advertir que en los criterios jurisprudenciales prevalecientes en México, para prevalecer en una reclamación por daño moral resultante de la afectación a la salud por ataques al honor, es menester comprobar el referido nexo causal, bajo una perspectiva de *pretium doloris*, según la interpretación vertida en una tesis aislada seguida aún desde la

novena época, bajo la voz DAÑO MORAL. LA AFECTACIÓN A LA SALUD POR ATAQUES AL HONOR ESTÁ SUJETA A LA COMPROBACIÓN DEL NEXO CAUSAL:

*La afectación de la salud es generadora de daño moral que debe repararse como pretium doloris, es decir, el daño indirecto sufrido a consecuencia de un daño personal, pues el atentado a la integridad física no sólo produce daños directamente, sino también un indudable daño moral. Para determinar la generación de éste, importa el orden, ya que, primero, se dará el evento que sea la causa determinante, por ejemplo, el accidente vehicular; enseguida, se producirá por efecto de ese hecho el daño personal, verbigracia, la fractura de una pierna; y por último, como consecuencia de ese daño se originará el moral, derivado del dolor sufrido, en el caso ejemplificado, por la lesión en la extremidad inferior. En el caso del pretium doloris proveniente de un atentado a la integridad física basta acreditar éste y que se produjo la afectación a la salud, e inclusive, existe una presunción legal en caso de la ilegitimidad de la vulneración (artículo 1916, primer párrafo, in fine, del Código Civil para el Distrito Federal); pero no ocurre igual cuando el hecho generador de la alteración de la salud es un ataque al honor. Así es, porque las expresiones insultantes, una vez calificadas en relación con el contexto en el que son emitidas, provocan per se una afectación al honor, tanto por los usos sociales que proscriben el insulto como forma válida de expresión, como por establecerlo la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, empero, nada permite suponer que, necesariamente, con esas mismas expresiones se afecte la salud de las personas. Es posible que acaezca de esa forma -verbigracia, en el caso de que la víctima del ataque al honor, tras enterarse de éste, sufra un infarto de miocardio-, pero como tal supuesto no es lo ordinario, sino lo extraordinario, su acreditación debe estar sujeta a la comprobación no sólo de que se produjeron los insultos, sino que fue el comportamiento lesivo de quien los profirió el causante de la vulneración a la integridad física, es decir, la existencia de un nexo causal entre uno y otra. Se aplica así la regla general que rige en la materia, enunciada por la doctrina (conurrencia de un comportamiento, producción de un daño por la acción u omisión, y relación o nexo causal entre el comportamiento y el daño), y prevista en la primera parte del segundo párrafo del citado artículo 1916. Por consiguiente, si no se reúnen esos tres elementos, en modo alguno podrá prosperar la pretensión de responsabilidad civil extracontractual por daño moral proveniente de ataques al honor mediante expresiones insultantes, injuriosas, insidiosas o vejatorias, cuando se aduzca que se produjo vulneración a la salud.<sup>31</sup>*

Con respecto al nexo causal, como presupuesto de responsabilidad, en los últimos años media un afinamiento tendiente a la superación de la antigua *Weltanschauung* de la *lex Aquilia* y de los derechos que rigieron hasta la codificación, conforme a los cuales las causalidades tenían que ser muy nítidas, muy definidas, para marcar la autoría. De no ser así, la falta de conocimientos, la ignorancia de la gente, la llevaba a aceptar las calamidades y a creer que

<sup>31</sup> (México) [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXXIII, Febrero de 2011; Pág. 2282.

éstas eran hechos admirables o una obra de lo sobrenatural, provenientes de dios o del demonio, ante cuya realidad solo cabía la resignación.<sup>32</sup>

Bajo una perspectiva más contemporánea y más allá de la responsabilidad estricta u objetiva, coincidimos con la estimación de Alberto J. Bueres respecto a que no existen en sentido cabal presunciones de causalidad, pues siempre el pretensor ha de demostrar el contacto físico entre el hecho y un cierto resultado (cuando menos naturalístico), lo real es que sí puede afirmarse que, a raíz del proceso de cambio operado sobre este presupuesto de la responsabilidad, la doctrina y la jurisprudencia han aligerado las exigencias para que quede revelada la aludida imputación física o material y, asimismo, presumen en ciertos casos y en cierta medida la adecuación de las consecuencias o la producción de ciertos daños. No obstante, como quiera que fuere, las simplificación de la prueba del nexo causal no puede llegar a extremos. Por ello, siguiendo al citado autor, no compartimos el sentir de parte de la jurisprudencia francesa en la medida de que, probado el daño y un actuar médico no ligado a aquel perjuicio, ha concedido indemnizaciones a favor de pacientes con fundamento en la equidad y a título de “*chances perdidas*”. Tal tipo de resarcimiento es admisible bajo ciertas circunstancias, pero sí -y solo sí- se probó de forma acabada, por sobre la actitud flexibilizadora de la que ya dimos cuenta, la relación causal entre el obrar del facultativo y la frustración de una expectativa de curación o supervivencia.<sup>33</sup>

## 2.2 La culpa como presupuesto de responsabilidad

Ahora bien, habrá que recordar que la doctrina tradicional entendía que la culpa médica, desde el punto de vista científico, era diferente de la culpa corriente en la que podía incurrir cualquier persona al causar un daño; y se argumentaba que el médico solo podría responder de la culpa material pero no de la culpa profesional, pues el límite de esta última estaba dado por el comienzo de las dudas científicas. Visto así el asunto, los tribunales debían ser ajenos al juzgamiento de la conducta de los médicos, la cual solo podía ser valorada por tribunales de ética, constituidos como profesionales de la medicina. Algo así como una aplicación incomprensible de los antiguos fueros personales o tribunales gremiales. A lo más, para algunos

<sup>32</sup> *Íbidem* p. 48. En relación con Diax-Picazo, *Derecho y masificación social, Tecnología y derecho privado* (dos esbozos) pp. 119-120. DAÑO MORAL. LA AFECTACIÓN A LA SALUD POR ATAQUES AL HONOR ESTÁ SUJETA A LA COMPROBACIÓN DEL NEXO CAUSAL.

<sup>33</sup> *Ídem*.

eclécticos, solo cabía ponderar la conducta profesional por un tribunal civil cuando promediaba una culpa médica grave. Esta es la tesis de la *responsabilidad eufemística*,<sup>34</sup> como bien lo calificó Mosset Iturraspe, pues en materia de equivocaciones de diagnóstico, prescripciones, tratamientos clínicos, intervenciones quirúrgicas, etcétera, la conducta del médico, prácticamente, quedaba fuera del control judicial. Por el contrario, la visión prevaleciente hoy en día, es rechazar esa privilegiada culpa profesional, concibiendo que la culpa médica pues, aún en aspectos científicos, es la culpa común y corriente que surge del Código Civil.

Conviene aclarar que el concepto de culpa penal es semejante al de culpa civil, empero son distintos: en ambos casos la culpa se define por una “*omisión de la conducta debida para prever y evitar el daño*”. En México lo ha interpretado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el criterio jurisprudencial bajo la voz CULPA EN LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA. SU CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN:

*La culpa en la responsabilidad civil subjetiva supone un hecho que se ejecuta ya sea con dolo, imprudencia, negligencia, falta de previsión o de cuidado, y se divide en intencional y no intencional; la primera ocurre cuando el hecho se realiza con dolo, es decir, con ánimo perjudicial, mientras que la segunda consiste en la conducta ejecutada con imprudencia o negligencia, es decir, es aquel acto en que debiendo prever el daño no se hace.*<sup>35</sup>

Al margen de algunas imprecisiones y redundancias criticables en la redacción de dicho criterio jurisprudencial, queda claro que la responsabilidad civil puede derivar al menos de la imprudencia o la negligencia; pero como se ha reconocido doctrinalmente; la responsabilidad puede emanar no solo de la imprudencia, negligencia; sino también de la impericia o inobservancia de reglamentos o deberes, lo que en su conjunto sería la responsabilidad por culpa o subjetiva, por un lado; así como la responsabilidad objetiva o estricta, por el otro. Sobre este particular, resulta más ilustrativa la tesis jurisprudencial bajo la voz RESPONSABILIDAD CIVIL POR HECHOS PROPIOS, AQUILIANA Y OBJETIVA. DIFERENCIAS:

*Los hechos lícitos y los ilícitos generan obligaciones; y así, es regla que la conducta de una persona le es imputable a ella; por esto, a la responsabilidad proveniente de la conducta de una persona, sea que esa conducta sea lícita o ilícita, se le llama subjetiva porque implica el elemento culpa. Como excepción*

<sup>34</sup> VÉASE BUERES, Alberto J. *Op. cit.*, en relación a Mosset Iturraspe, 1986, p. 48,

<sup>35</sup> (México) [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXIV, Octubre de 2006; Pág. 1377. CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA. SU CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN.

*a dicha regla, se establece que la conducta de terceros también sea imputable a otras personas, a ésta se le llama responsabilidad aquiliana en razón del jurisperito romano que creó la fórmula; en esta figura el elemento culpa se encuentra desvanecido, porque se reconoce que la conducta que causó un daño, es ajena a quien resulta obligado, pero aun así, se estima que tiene una culpa por falta de cuidado en las personas que de él dependen y cuya conducta causara el daño, que a su vez, generara una obligación, no a quien lo cometió, sino a la persona de quien dependiera. Por ello, incurren en tal responsabilidad los padres respecto de sus hijos, los mentores respecto de sus pupilos dentro del recinto educativo, los hoteleros respecto de sus empleados, los patrones respecto de sus trabajadores y el Estado respecto de sus servidores. Diversa excepción es la que resulta aun ante la ausencia de conducta, por el solo hecho de ser dueño de una cosa que por sí misma causa un daño. Aquí, no hay conducta y por lo mismo no hay culpa, por eso, a esta responsabilidad se le llama objetiva en ausencia del elemento subjetivo culpa.<sup>36</sup>*

Sin embargo, a propósito de diferenciar la culpa civil de la penal, en la apreciación de la culpa civil a los fines del resarcimiento del daño, en un caso, y de la represión del delito, en el otro, existen pautas diversas: en el primer caso la culpa se aprecia como un criterio muy afinado para no dejar a la víctima sin reparación; en el segundo, existe mayor rigor para valorar las circunstancias constitutivas de la culpa con el propósito de no condenar a un inocente. De allí que: la más leve culpa impone responsabilidad civil al autor de un daño y, por consiguiente, una absolución penal por falta de culpa no hace cosa juzgada en lo civil. Corolario del mismo principio es que puede fundarse la responsabilidad civil en una simple culpa en la vigilancia y que aun ésta se presuma, lo que no se admite, en principio, en materia penal.

No obstante, la confusión entre la culpa civil y la penal, inclusive por el propio legislador en diversas latitudes, ha llevado a que en algunas épocas el derecho penal sea exacerbado en detrimento de las acciones de tipo civil, ya que en ocasiones el derecho penal es visto por los *legos* o por la *clase política* como una consecuencia más contundente, con sanciones categóricas; o como un mecanismo legal en el cual el Estado se involucra en patrocinio de los intereses de quien se siente afectado. Así, por ejemplo, hasta hace relativamente poco la legislación penal Española contemplaba un sistema de *numerus apertus* que regía en su derecho punitivo hasta 1985, a través del texto vigente entonces del artículo 12 del Código Penal, el cual luego opta por un sistema cerrado de incriminación de la imprudencia al señalarse, en lo que supone un fortalecimiento del principio de legalidad y de la seguridad jurídica, que “las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán [penalmente] cuando expresamente lo disponga la

<sup>36</sup> (México) [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; IV, Noviembre de 1996; Pág. 512. RESPONSABILIDAD CIVIL POR HECHOS PROPIOS, AQUILIANA Y OBJETIVA. DIFERENCIAS.

ley”, esto es, no ya a través de una cláusula general de imprudencia sino únicamente en relación con determinadas modalidades delictivas;<sup>37</sup> o lo que los penalistas en México llamarían el tipo penal, el cuerpo del delito, o los hechos constitutivos del delito, según la teoría del delito por la cual se decanten.

De este modo, el principio de intervención mínima del derecho penal queda perfectamente plasmado en esta materia, adoptando la culpa civil, ya sea contractual o, si bien en menor medida, la extracontractual, un carácter preponderante. Por ello, ante una actuación médica de la cual se perciba un resultado negativo no cabra, sin más, la tipicidad de la conducta. Por el contrario, es preciso que, además del resultado, esté presente el necesario desvalor de la acción: *“que el médico actuara en infracción [entiéndase aquí inobservancia, para no confundirse con una acción administrativa] del deber de cuidado y que dicho resultado fuera previsible y evitable”*.<sup>38</sup>

Dicha inobservancia al deber de cuidado está ligado, indefectiblemente, con la vulneración de la *lex artis*, en donde se sitúa el inicio de la imprudencia en cualquier profesión, si bien las consecuencias en el campo de la medicina serán mucho más graves por los bienes jurídicos implicados dado que, como es lógico, el nivel de diligencia exigible es diferente en función del riesgo que cada actividad comporta.<sup>39</sup>

### 2.3 El estándar de inobservancia al deber de cuidado

En México, la valoración de si hubo o no una inobservancia al deber de cuidado, por parte de un profesional médico, también ha de efectuarse en torno a la *lex artis*, en donde expresamente se considera que la obligación del profesional médico es de medios y no de resultados, salvo en los casos de procedimientos de carácter puramente estéticos, en donde típicamente se ven involucrados cirujanos plásticos y odontólogos, como lo ha reconocido recientemente una tesis aislada de la décima época bajo la voz RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. ELEMENTOS QUE DEBEN ACREDITARSE, SEGÚN SE TRATE DE OBLIGACIÓN DE MEDIOS O DE RESULTADOS:

<sup>37</sup> GALLARDO CASTILLO, María Jesús Dir; CRUZ BLANCA, María José (Coord.). *La Responsabilidad Jurídico-Sanitaria*. España: Editorial Wolters Kluwer, Madrid. 2011, p. 186.

<sup>38</sup> *Ídem*.

<sup>39</sup> *Ídem*.

*El daño puede ser patrimonial o moral, aunque ambas clases pueden concurrir al producirse por un mismo evento, por ejemplo, en caso de lesiones físicas, y su acreditación requiere, tratándose de responsabilidad civil médica, la comprobación de que se produjeron las lesiones y fue el comportamiento lesivo del profesional de la medicina el causante de la vulneración a la integridad física, es decir, la existencia de un nexo causal entre unas y otro. Se aplica así la regla general que rige en la materia, enunciada por la doctrina y la primera parte del artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal, de cuyo texto se advierte el comportamiento, al referirse al obrar ilícito, el daño y la relación de causalidad, al apuntar al responsable del daño y a la conducta de éste como causante de esa afectación. Si no se reúnen esos tres elementos, en modo alguno podrá prosperar la pretensión de responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, por daño proveniente del ejercicio de la actividad médica. La demostración de esos elementos no escapa a las reglas probatorias generales, previstas en los artículos 281 y 282 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. De esa manera, el actor que afirma que se generó el daño por el médico, debe acreditar la afectación y la culpa del profesional, así como el nexo causal entre ambas. Sin embargo, las particularidades del ejercicio de la medicina y de la responsabilidad civil derivada de ello exigen precisiones en materia probatoria. Por regla general, la obligación del profesional de la medicina es de medios, y no de resultados. La primera clase de obligaciones supone que el profesionista no se obliga al logro de un concreto resultado, sino al despliegue de una conducta diligente, cuya apreciación está en función de la denominada lex artis ad hoc, entendida como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida, según informa la doctrina. En tal caso, la falta de diligencia y la negligencia del profesional médico, son las que habrán de probarse. Distinto sucede cuando la obligación es de resultado, que en el caso de la medicina puede presentarse, entre otros casos, en el*

---

*ejercicio de la odontología, supuesto en el que el paciente actor debe acreditar solamente que ese resultado no se obtuvo.<sup>40</sup>*

Por otro lado, como ha sostenido otro criterio del 2012, ya bajo la décima época, además de revertirse dicha carga de la prueba en ciertos casos como los ya apuntados, la doctrina mexicana prevaleciente se decanta por simplemente satisfacerse dicha exigencia probatoria mediante indicios obtenidos a partir de las pruebas aportadas por el demandado, siendo inferida por el juez como lógica explicación del resultado, con mecanismos como la presunción judicial, la regla *res ipsa loquitur*, la prueba *prima facie* o la *culpa virtual*, que se han utilizado como referentes decisorios por la doctrina y la jurisprudencia por ésta examinada. Si bien esta es una tesis aislada de la novena época, da cuenta claramente de la concepción presuntivo-punitiva *vis à vis* la concepción compensatoria o resarcitoria de la cual daremos cuenta más adelante, tal como se aprecia en la tesis bajo la voz RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. LA CARGA PROBATORIA DEL ACTOR PUEDE SATISFACERSE TAMBIÉN MEDIANTE INDICIOS OBTENIDOS A PARTIR DE LAS PRUEBAS APORTADAS POR EL DEMANDADO:

*El actor que afirma que se generó el daño por el médico, debe acreditar la afectación y la culpa del profesional, así como el nexo causal entre ambas. Sin dejar de reconocer la carga probatoria del demandante, y la consecuencia desfavorable que para éste producirá la insuficiencia probatoria, las pruebas no necesariamente habrán de ser aportadas por el actor, ya que es posible que la falta de diligencia se predique al hilo de hechos aducidos por el demandado o que a la vista del desarrollo del proceso, la infiera finalmente el Juez como lógica explicación del resultado, con mecanismos como la presunción judicial, la regla *res ipsa loquitur*, la prueba *prima facie* o la *culpa virtual*, que se han utilizado como referentes decisorios por la doctrina y la jurisprudencia por ésta examinada. Nada obsta para utilizar esos mecanismos en un caso de responsabilidad civil médica, dada la existencia de las presunciones como medio de confirmación y del criterio de valoración probatoria conjunta, sujeta a las reglas de la lógica y de la experiencia, en términos de los artículos 379, 380 y 402 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Por ende, aunque existirán pruebas idóneas, según el caso concreto, para acreditar el daño derivado de responsabilidad médica, como la pericial en la específica rama involucrada, nada impide que, en ausencia de esas probanzas, pueda presumirse la culpa del profesional de la medicina, e inclusive el daño mismo y el nexo causal, lo cual dependerá de las circunstancias particulares que habrán de apreciarse bajo la orientación del sistema indicado. Al hacerlo así, no se releva de la carga probatoria al reclamante, aunque sí habrán de tomarse en cuenta*

---

<sup>40</sup> (México) [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5; Pág. 4605. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. ELEMENTOS QUE DEBEN ACREDITARSE, SEGÚN SE TRATE DE OBLIGACIÓN DE MEDIOS O DE RESULTADOS.

*los elementos probatorios existentes en el procedimiento, con independencia de que su aportación provenga del demandado, pues serán parte del material confirmatorio, en virtud del principio de adquisición procesal, en su vertiente probatoria, y a pesar de que se trate de meros indicios, dado que será la apreciación judicial la que conducirá a conferirles mayor o menor calidad indiciaria. Tal forma de ponderación probatoria de los indicios, referida al caso específico de la responsabilidad civil médica, es coincidente con la caracterización que, de manera general, corresponde a la denominada prueba indirecta, presuncional o indiciaria. De esa manera, la valoración conjunta de indicios, orientada por las reglas explicadas por la doctrina y jurisprudencia, determinará si es o no posible otorgar valor probatorio pleno a los indicios que estén involucrados en cada caso de responsabilidad civil médica, para acreditar la culpa, principalmente, pero también el daño y el nexo causal, eventualmente. En todo caso, acreditados esos elementos mediante la presunción obtenida a partir de indicios, corresponderá al demandado probar en contrario, ya sea que el daño en modo alguno se produjo, que el origen del mismo no fue la conducta del profesional de la medicina o que éste actuó con la máxima diligencia u obtuvo el resultado, según se trate de obligación de medios o de resultados.<sup>41</sup>*

A efecto de delimitar con más precisión si hay o no una vulneración a la *lex artis*, en materia de responsabilidad médica, la jurisprudencia Española ha reconocido unas pautas que pueden resumirse en los siguientes puntos:<sup>42</sup>

- a) La obligación de los profesionales de la medicina no es la de obtener en todo caso la recuperación o sanidad del enfermo, sino la de proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia, o, lo que es lo mismo, que es la suya una obligación de medios y no de resultados;
- b) No opera en estos casos el principio de inversión de la carga de la prueba y se descarta toda responsabilidad más o menos objetiva, estando a cargo del paciente la prueba de la culpa y de la relación de causalidad, pudiendo manifestarse aquella a través de una negligencia omisiva en la aplicación de un medio o de una acción culposa; y
- c) La actuación de los médicos ha de regirse por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración del caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, erigiéndose esa *lex artis* en el módulo rector de la conducta médica y, al mismo tiempo, en obligado punto de referencia cuando se proceda a su enjuiciamiento.

Dichas mismas pautas parecen ser adoptadas por el legislador y por la jurisprudencia mexicana, salvo por lo que hace a la carga de la prueba, que en algunas tesis aisladas recientes

<sup>41</sup> (México) [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5; Pág. 4606. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. LA CARGA PROBATORIA DEL ACTOR PUEDE SATISFACERSE TAMBIÉN MEDIANTE INDICIOS OBTENIDOS A PARTIR DE LAS PRUEBAS APORTADAS POR EL DEMANDADO

<sup>42</sup> DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquin Dir; ZABALA GUADALUPE, Juan José Coord. **Manual sobre responsabilidad sanitaria**. Editorial Aranzadi: Pamplona, 2009, p. 405.

de la décima época -que aún no son jurisprudencia firme- han considerado la reversión de la carga de la prueba al profesional médico, como se desprende la siguiente tesis bajo la voz RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA MÉDICO-SANITARIA. SE ACTUALIZA POR DAÑOS ORIGINADOS A UN PACIENTE POR EL SUMINISTRO NEGLIGENTE DE MEDICAMENTOS:

*La responsabilidad civil subjetiva implica culpa o negligencia en la realización del daño, es decir, que el autor del hecho dañoso lo cometió con culpa (intencionalmente o por imprudencia). Así, para responsabilizar al personal médico-sanitario por los daños ocasionados a un paciente por el suministro negligente de medicamentos, se debe probar el elemento subjetivo de la conducta, esto es, que la administración de éstos se realizó con infracción a las técnicas médicas o científicas previstas en la *lex artis ad hoc*. Sin embargo, conforme a los principios de proximidad y facilidad probatoria, debe exigirse a los profesionales médicos y/o a las instituciones sanitarias la carga de probar que su conducta fue diligente, debido a la dificultad que representa para la víctima justificar la culpa del médico u hospital y porque existe la presunción de que los daños ocasionados por el suministro de medicamentos fueron originados por un actuar negligente.<sup>43</sup>*

### 3 NATURALEZA DE LA INDEMNIZACIÓN Y LAS CAUSAS ALTERNATIVAS

Dentro del mundo de la responsabilidad civil extra-contractual, la subjetiva y la objetiva responden a nociones muy distintas de la indemnización, siendo la primera de ellas fundada en la idea de la *culpa*; mientras que la segunda de ellas se fundamenta principalmente en la idea del *riesgo*. En ambos casos resulta clara la noción compensatoria o resarcitoria o reparadora, es decir: la reintegración al dañado, desde un punto de vista económico, a la situación que se encontraría de no haber acaecido el hecho dañoso.<sup>44</sup> En cambio, no ocurre lo mismo en la naturaleza de la sanción penal como función preventivo-punitiva, que no está presente en la responsabilidad objetiva y menos aún en la subjetiva.

Ahora bien, por lo que hace a la responsabilidad objetiva, a parte de la función resarcitoria, resulta claro que el fundamento de la misma se halla en la *justicia distributiva*, constituyendo una presión económica hasta el punto de inducir a ésta a una *racionalidad*, desde

<sup>43</sup> (México) [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2; Pág. 2102. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA MÉDICO-SANITARIA. SE ACTUALIZA POR DAÑOS ORIGINADOS A UN PACIENTE POR EL SUMINISTRO NEGLIGENTE DE MEDICAMENTOS.

<sup>44</sup> INFANTE RUIZ, Francisco José. *La responsabilidad por daños: Nexos de causalidad y "causas hipotéticas"*. Valencia: Tirant Monografías, 2002, p. 112.

el punto de vista económico general.<sup>45</sup> No obstante, la discusión en torno a si la función sancionadora inspira -aunque sea en parte- la responsabilidad subjetiva o por culpa, no es nada ociosa, si tenemos en cuenta que puede influir de manera decisiva en la relevancia que se le otorgue a las causas alternativas.

Consideremos, por un lado, que si la función fuese preventivo-punitiva, como ocurre con el derecho penal, desde un punto de vista causal, el principio general será la irrelevancia exoneradora de las causas alternativas, sin perjuicio de atribuirles un efecto excluyente de la imputación objetiva. Lo normal en estos casos, cuando la causa alternativa no consiste en un hecho de la naturaleza, es castigar al autor de la causa real del delito consumado; así como al agente sustitutivo (el autor de la causa alterna) por tentativa si concurren los requisitos propios de ésta, pues la función punitiva del derecho penal exige que comportamiento tales que constituyen atentados contra los bienes jurídicos protegidos no queden sin castigo. En cambio, la imputación se excluye cuando el autor únicamente modifica la causalidad natural, sin empeorar la situación de la víctima en su conjunto.<sup>46</sup> Por el contrario, si la función de la responsabilidad extracontractual es exclusivamente reparadora, es imposible que el autor sustitutivo (el que resultaría responsable de operar la causa alternativa) resulte responsable del daño en virtud de ningún concepto. Esto es así dado que para que exista la responsabilidad, entre otros requisitos, se exige el de la certeza del daño. Por ello, coincidimos con Infante Ruiz en el sentido de que la exigencia de la certeza del daño en materia de responsabilidad civil es consecuencia ineludible de que su función no es otra que la resarcitoria o reparadora.<sup>47</sup>

### 3.1 Teorías en materia de evaluación del daño

Lo anterior es en extremo relevante para efectos de delimitar la culpa y ultimadamente, determinar la existencia o no de responsabilidad; y para tal fin existen diversas teorías que se han desarrollado en materia de evaluación del daño, las cuales sistematizándolas pueden reducirse a las siguientes: la concepción tradicional u “objetiva” (*estimatio rei*) según la cual dicho daño tiene siempre que ser como mínimo igual la valor objetivo o de mercado del bien destruido por el responsable, que ha sido abandonada en nuestros días -al menos en los países

<sup>45</sup> Cfr. INFANTE RUIZ, Francisco José. Op. cit. 2002, p. 112. En relación a Santos Briz, J.

<sup>46</sup> INFANTE RUIZ, Francisco José. Op. cit., 2002, p. 113.

<sup>47</sup> *Íbidem*. 113-114.

más desarrollados- por la más ampliamente seguida “*teoría de la diferencia*” (*differenztherorie*), que expresa concepción “patrimonial” del daño, al no hacer referencia a la lesión material del bien, sino al patrimonio entero del dañado y a las repercusiones que sobre este asunto haya tenido el hecho lesivo. El daño será, de este modo, la diferencia entre el valor del patrimonio como consecuencia del hecho lesivo y el que tendría si tal hecho no se hubiera verificado. Una tercera concepción es la denominada “*subjetiva*” y “*real-concreta*”, la cual conjuga un concepto de daño a la vez subjetivo, en virtud del cual, salvo que una norma disponga expresamente lo contrario, deben tenerse en cuenta las circunstancias especiales del concreto daño; y es además “*real-concreta*” debido a que se parte de los singulares factores del daño, cada uno de ellos “daño en sí” como un fenómeno real al que no pueden sustraerse por eventos hipotéticos, en lugar de disolverlos en una diferencia matemática entre dos situaciones patrimoniales globales, una real y una hipotética.<sup>48</sup>

Ahora bien, por lo que hace a la “*teoría de la diferencia*”, ésta surge de entender el daño como la diferencia entre la situación patrimonial efectiva (el patrimonio del dañado tal cual es después de haberse producido el hecho lesivo) y la *situación hipotética* en que se encontraría en ausencia del hecho lesivo, lo que impone que se tengan en cuenta todos los *eventos hipotéticos* que se habrían verificado. No solo aquellos que habrían aumentado la consistencia patrimonial, sino también aquellos otros que la habrían disminuido, y esto conlleva realizar una *representación mental* de cómo se encontraría el patrimonio del dañado de no haber acaecido el hecho lesivo.<sup>49</sup> No obstante, es necesario operar una restricción que no extienda *ad infinitum* la posible relevancia exoneradora de las causas alternativas. En este sentido, siguiendo Infante Ruiz en relación a Trimarchi, la:

*“no puede [la ‘teoría de la diferencia’] acogerse en una formulación tan radical hasta el punto de requerir que se tenga en cuenta -por una parte- todos los eventos que se han verificado efectivamente a consecuencia del hecho lesivo, y -por otra- todos los eventos que se habría verificado si hubiese faltado el hecho lesivo”.*<sup>50</sup>

En la valoración del sustraendo se hace necesario no tener en cuenta todas las consecuencias, debiéndose omitir aquellas que no sean “inmediatas y directas”, y de igual

<sup>48</sup> Cfr. INFANTE RUIZ, Francisco José. Op. cit. 2002, p. 120. En relación a Pantaleón Prieto, F. y Díez-Picazo, L.

<sup>49</sup> INFANTE RUIZ, Francisco José. Op. cit. 2002, p. 120-121.

<sup>50</sup> Cfr. INFANTE RUIZ, Francisco José. Op. cit. 2002, p. 121. En relación a Trimarchi, P.

modo, entre las consecuencias ventajosas, se debe operar una selección según los criterios de la teoría *compensatio lucri cum damno*. Tampoco pueden considerarse todos los eventos hipotéticos en el *minuendo*.<sup>51</sup>

Una primera consecuencia deriva inexorablemente en la valoración del lucro cesante: es indudable la relevancia de las circunstancias que, independientemente del hecho del sujeto frente al cual se pretende establecer la obligación de indemnizar, habrían intervenido ciertamente para limitar o excluir las ganancias. Así, por ejemplo, si el hecho A provoca a B una incapacidad laboral, pero de todos modos ésta se habría ocurrido en unos años en virtud de una enfermedad incurable, este hecho debe tenerse en cuenta, pues de otro modo se atribuiría al daño el derecho a obtener el resarcimiento de unas ganancias que él no habría obtenido.<sup>52</sup>

Finalmente, por lo que se refiere a la concepción “*subjetiva*” y “*real-concreta*” que trata de superar la “*teoría de la diferencia*” ya expuesta, la aplicación de la misma a los cursos causales hipotéticos lleva también a la exoneración total o parcial del demandado. Sobre este particular Infante Ruiz, siguiendo a Pataleón Prieto, distingue los siguientes supuestos en todos los cuales es posible exonerar total o parcialmente al demandado.<sup>53</sup>

- a) Aquellos en que la cosa destruida por el demandado, lo habría sido también, poco más tarde, por el curso causal de distinto origen, que ya se había manifestado en el momento de la destrucción, eliminando o disminuyendo el valor subjetivo o de mercado de la cosa en cuestión (se trata de aquellas *causas alternativas* que Infante Ruiz ha denominado *inherentes* a la cosa objeto del daño).
- b) Aquellos en que la víctima falleció o quedó incapacitada para el trabajo por culpa del demandado, pero ya estaba afectada por una enfermedad, que hubiere producido el mismo resultado un tiempo después (son las Infante Ruiz ha denominado *causas alternativas inherentes* a la persona dañada). En estos casos los daños-lucros cesantes posteriores al momento en que la víctima hubiere quedado incapacitada o fallecido de su enfermedad, no pueden decirse “causados” por la conducta del demandado.
- c) Y, aquellos otros en que tras la eliminación por la conducta culposa del demandado de uno de los presupuestos necesarios de la actividad generadora del lucro, y antes del momento que ésta se hubiera llevado a cabo, se inicia y culmina un curso causal fortuito, bastante por sí sólo para impedir la realización de la actividad en cuestión.

<sup>51</sup> *Ídem*.

<sup>52</sup> Cfr. INFANTE RUIZ, Francisco José. Op. cit. 2002, p. 121. En relación a Graziani, A. En “*Appunti sul lucro cessante*”.

<sup>53</sup> Véase INFANTE RUIZ, Francisco José (2002) Op. cit. 2002, 123-124.

En suma, tanto la “teoría de la diferencia como la concepción “*subjetiva*” y “*real-concreta*”, de daño, nos llevan a similares resultados, con lo que, con independencia de la concepción que se tenga acerca del daño patrimonial, el método a seguir en la solución de problemas de causalidad alternativa hipotética, no puede llevarse a cabo en función de una teoría o de otra, sino que habremos de acudir irremediabilmente a los criterios que la denominada “*teoría de la imputación objetiva*” nos proporcione, pues no se puede ignorar que la *causa real* es el *factor material* del daño desde un punto de vista causal (el nexo de causalidad existe, no desaparece), en virtud de la teoría lógica-empírica de la *condicio sine qua non*, sin perjuicio que posteriormente, deba resolverse la cuestión normativa de la imputación objetiva de un resultado.<sup>54</sup>

### 3.2 Valoración del daño en los criterios jurisprudenciales mexicanos

Como ya se ha dicho, el artículo 2110 del Código Civil Federal constituye el marco normativo para delimitar lo que puede constituir en un daño o un perjuicio susceptible de ser reclamado como consecuencia de la responsabilidad, el cual en los términos del artículo 1915 del referido Código, 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*”. Pero además, el artículo 1916 permite además la reparación del daño moral, cuyo texto exponemos a continuación para mayor claridad:

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

*Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme a los artículos 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.*

<sup>54</sup> INFANTE RUIZ, Francisco José. Op. cit. 2002, p. 124.

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

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

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

Por lo que hace a la responsabilidad civil médica, es extremadamente común que en un reclamo que se enderece, ya sea en la vía penal, administrativa o civil, se considere como parte de las prestaciones reclamadas la indemnización por daño moral, la cual tiende a ser inclusive mayor que el daño material o directo causado por el afectado. Por ello, resulta relevante el conocimiento de las dos siguientes tesis de manufactura reciente bajo la décima época: RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. ELEMENTOS QUE DEBEN ACREDITARSE, SEGÚN SE TRATE DE OBLIGACIÓN DE MEDIOS O DE RESULTADOS:

*El daño puede ser patrimonial o moral, aunque ambas clases pueden concurrir al producirse por un mismo evento, por ejemplo, en caso de lesiones físicas, y su acreditación requiere, tratándose de responsabilidad civil médica, la comprobación de que se produjeron las lesiones y fue el comportamiento lesivo del profesional de la medicina el causante de la vulneración a la integridad física, es decir, la existencia de un nexo causal entre unas y otro. Se aplica así la regla general que rige en la materia, enunciada por la doctrina y la primera parte del artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal, de cuyo texto se advierte el comportamiento, al referirse al obrar ilícito, el daño y la relación de causalidad, al apuntar al responsable del daño y a la conducta de éste como causante de esa afectación. Si no se reúnen esos tres elementos, en modo alguno podrá prosperar la pretensión de responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, por daño proveniente del ejercicio de la actividad médica. La demostración de esos elementos no escapa a las reglas probatorias generales, previstas en los artículos 281 y 282 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. De esa manera, el actor que afirma que se generó el daño por el médico, debe acreditar la afectación y la culpa del profesional, así como el nexo causal entre ambas. Sin embargo, las particularidades del ejercicio de la medicina y de la responsabilidad civil derivada de ello exigen precisiones en materia probatoria. Por regla general, la obligación del profesional de la medicina es de medios, y no de resultados. La primera clase de obligaciones supone que el profesionista no se obliga al logro de un concreto resultado, sino al despliegue de una conducta diligente, cuya apreciación está en función de la denominada *lex artis ad hoc*, entendida como el criterio valorativo de la*

*corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida, según informa la doctrina. En tal caso, la falta de diligencia y la negligencia del profesional médico, son las que habrán de probarse. Distinto sucede cuando la obligación es de resultado, que en el caso de la medicina puede presentarse, entre otros casos, en el ejercicio de la odontología, supuesto en el que el paciente actor debe acreditar solamente que ese resultado no se obtuvo.<sup>55</sup>*

La otra de las tesis aludida se localiza bajo la voz: DAÑO MORAL. SU CUANTIFICACIÓN NO DEBE LIMITARSE AL CÁLCULO DEL PERJUICIO, IDENTIFICADO COMO LUCRO CESANTE:

*El daño moral es la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico o bien la consideración que de sí misma tienen los demás, según prevé el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal. Ahora, para calcular dicho concepto deben considerarse varios factores: 1) los derechos lesionados; 2) el grado de responsabilidad; 3) la situación económica del responsable y de la víctima; y, 4) las demás circunstancias del caso. Luego, si los familiares de quien perdió la vida demandan la reparación del daño moral al responsable del deceso, el tribunal debe atender a la afectación sufrida por aquéllos, no a la cantidad de dinero que dejaron de percibir a raíz de la muerte de uno de sus integrantes. Esto, porque de proceder así, el juzgador estaría cuantificando el perjuicio, identificado como lucro cesante; es decir, la privación de la ganancia lícita que pudo haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación. Además, llevaría a concluir que si la víctima no era económicamente activa, entonces, no habría daño moral que calcular. En ese tenor, la cuantificación del daño moral no puede limitarse a multiplicar el ingreso del difunto por su expectativa de vida. En todo caso, la fijación del salario de la víctima, si ésta percibía alguno, forma parte del tercer aspecto del cálculo, es decir, la situación económica. Lo anterior, conduce a concluir que el daño moral debe distinguirse del perjuicio y que el primero no busca garantizar el nivel de vida de los familiares de la víctima, sino reparar los derechos afectados a partir de su deceso, aunque si es materia de ponderación para determinar su cuantía.<sup>56</sup>*

## 4 TEORÍAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD

<sup>55</sup> (México) [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5; Pág. 4605. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. ELEMENTOS QUE DEBEN ACREDITARSE, SEGÚN SE TRATE DE OBLIGACIÓN DE MEDIOS O DE RESULTADOS.

<sup>56</sup> (México) [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1; Pág. 619. DAÑO MORAL. SU CUANTIFICACIÓN NO DEBE LIMITARSE AL CÁLCULO DEL PERJUICIO, IDENTIFICADO COMO LUCRO CESANTE.

Con respecto a las teorías de imputación de responsabilidad, hay que recordar que tradicionalmente la teoría *condicio sine qua non*, considera causa de un resultado toda condición que no puede ser suprimida en mente sin que desaparezca el resultado concreto. Pero sus críticos señalan que falla en tres grupos de casos: *causalidad adelantada*; *causalidad cumulativa*, y  *cursos causales alternativos hipotéticos*. Aún cuando explicar a detalle esos grupos de casos rebasa el alcance del presente trabajo, si es necesario acotar que estos grupos de casos se caracterizan, entonces, por que si se suprime *in mente* el proceso causal que ha tenido lugar realmente y se sustituye por uno hipotético, se llega a la conclusión de que el resultado se habría producido en todo caso. *Ergo*, la pregunta que surge inmediatamente es: ¿Se podría negar aquí la relación de causalidad sobre la base de la teoría de la *condicio sine qua non*? Esto se resuelve mediante la aplicación de la fórmula de la “*condición ajustada a las leyes de la experiencia científica*” o “*de la naturaleza*” (*Formel von der gesetzmässigen Bedingung*), que se utiliza para negar la posibilidad de probar la existencia de causalidad cuando no hay reconocimiento científico natural sobre la ley causal o, más explícitamente, cuando no existe certeza sobre el mecanismo por el que, en general, se produce un efecto determinado.<sup>57</sup> Por ello, a reserva de no explicar con mayor detenimiento la referida fórmula, Coincidimos con Infante Ruiz en el sentido de ella nos llevará a no negar el nexo causal en los cursos *causales alternativos hipotéticos*, de suerte tal que la “*causa real*”, será la condición que conforme a las “*leyes causales generales*” sea el “*factor material*” del daño. Por consiguiente, es necesario un ulterior paso, para negar o no la responsabilidad del sujeto agente en estos casos y éste no es otro que la ya referida “*imputación objetiva*”.<sup>58</sup>

Ahora bien, la denominada teoría de la “*imputación objetiva*” (*objektive Zurechnung*) tiene la virtualidad de señalar que el problema de la existencia o no del nexo causal entre la conducta del posible responsable y el resultado (daño) no debe ser en modo alguno confundido con el problema de si el resultado, causalmente ligado a la conducta del posible responsable, puede ponerse a su cargo o no, de acuerdo con los criterios establecidos al efecto por el legislador, o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de la responsabilidad correspondientes (“*criterios de imputación objetiva*”). Así pues, en los supuestos que haya de determinarse el nexo causal entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso, por ser la conducta de aquel positiva (acción), ello se realizará conforme al

<sup>57</sup> Véase INFANTE RUIZ, Francisco José. Op. cit. 2002, p. 143-149.

<sup>58</sup> *Ídem*.

concepto “nomológico-funcional” de causalidad brindado por la Lógica y las Ciencias de la Naturaleza, es decir, a través de la “condición ajustada a las leyes de la experiencia científica”. Y posteriormente, será entonces, cuando se deba proceder al análisis de la determinación de aquellos eventos dañosos ligados causalmente a la conducta del posible responsable que pueden ponerse a su cargo y aquellos otros que no (“imputación objetiva”).<sup>59</sup>

Dicha teoría de la imputación objetiva<sup>60</sup> es seguida, hoy en día, por la mayoría de la doctrina tanto penal como civil en Alemania;<sup>61</sup> y por la doctrina penal en España, aún cuando se considera que en la doctrina civil española desgraciadamente tal distinción entre causalidad e imputación objetiva es desconocida a excepción de algunos importantísimos trabajos de Pantaleón Prieto y Cavanillas Mujica. En suma, puede apuntarse que dicha “imputación objetiva” del resultado al sujeto se establece acudiendo a los llamados “criterios de imputación objetiva”, que no son más que pautas, más o menos precisas, que la jurisprudencia y la doctrina aprehenden del sistema normativo de responsabilidad, y de su función. Desde luego debe tenerse en cuenta las particularidades del sistema normativo concreto al cual se aplican dichos criterios; así como si dichos criterios se aplican en el ámbito del derecho civil o del derecho penal, pero como quiera que sea, siguiendo a Pantaleón Prieto, debe entenderse que “*los criterios de imputación objetiva no son dogmas de contornos perfectamente dibujados, sino tópicos de impreciso halo, en cuanto condensan juicios de valor, a veces contradictorios, siempre difíciles de aprehender*”.<sup>62</sup> Para concluir este apartado, solo de manera enunciativa - pues no permite el alcance de este trabajo entrar al estudio de cada uno de ellos-, señalaremos los referidos “criterios de imputación objetiva”: 1) criterio del “riesgo general de la vida” (*allgemeines Lebensrisiko*); 2) criterio de la “prohibición de regreso” (*Regressverbot*); 3) criterio de la “provocación” (*Herausforderung*); 4) criterio del “incremento del riesgo” (*Risikoerhöhung*), el cual incluye varias modalidades; 5) criterio del “fin o ámbito de protección

<sup>59</sup> *Ibidem* pp.150-151.

<sup>60</sup> Los primeros formuladores de la misma son Larenz, K., *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig, 1927, nueva edición 1970, pp. 60-150, para el Derecho Civil; y Honig, R., “Kausalität und objektive Zurechnung” *Festgabe für Reinhard von Frank*, t. I, Tübingen, 1930, nueva edición 1969, p. 174-201, para el Derecho Penal.

<sup>61</sup> Cfr. INFANTE RUIZ, Francisco José. Op. cit., 2002, p. 152. En relación a Rudolphi, Horns, Samson, Jeschek y Roxin en cuanto a lo exponentes en Derecho penal; así como Larenz y medicus en cuanto a los exponentes en Derecho civil.

<sup>62</sup> INFANTE RUIZ, Francisco José. Op. cit. 2002, p. 162-163.

fundamentadora de la responsabilidad” (*Schutzzweck der haftungsbegründenden Norm*); y 6) el criterio de la “adecuación” (*angemessenheit*).<sup>63</sup>

## 5 MECANISMO DE IMPUTACIÓN O FACTORES DE IMPUTACIÓN APLICADOS AL PROFESIONAL MÉDICO

Como se ha dicho, la responsabilidad civil extracontractual puede ser subjetiva u objetiva. En los casos de aquella, puede provenir de hechos propios o de hechos ajenos como lo prescriben los artículos 1918 a 1925 del Código Civil Federal; o cuando se trate de ésta, la objetiva, provendrá de el “*uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos*”.

Hay varios casos en que la ley reconoce una responsabilidad subjetiva proveniente de hechos ajenos, pues el Código Civil Federal reconoce la responsabilidad solidaria para reparar el daño de todos aquellos que causen un daño en común y, en congruencia con esa hipótesis, igual sanción corresponde a los representantes legales en ejercicio de sus funciones, de las personas morales responsables de los daños y perjuicios. A la vez, quienes ejercen patria potestad, tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causan los actos de los menores que estén bajo su poder y habiten con ellos; cesando dicha responsabilidad, cuando los menores ejecuten actos que la originen, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, talleres, etcétera, Pues entonces, esas personas asumirán tal responsabilidad.<sup>64</sup>

En lo que respecta al actual del profesional médico, coincidimos con Magallón Ibarra en el sentido de que tal como se reconocía en la legislación Romana, en la obligación no quebrantar el deber de cuidado:

*está implícita la responsabilidad profesional del médico en cuidar la recuperación de la salud por parte del paciente, de manera que logre cabalmente su total restablecimiento, dado que la desatención de su parte puede propiciar que se frustre la curación. En todo ello está latente -en forma*

<sup>63</sup> Véase *Íbidem* pp. 163-183.

<sup>64</sup> MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. La responsabilidad profesional de los médicos. In: **Revista de Derecho Privado**, nueva época, Año I, Número 1, enero-abril de 2002 (ISSN 0188-5049), consultada electrónicamente el 15 de agosto de 2012, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/1/dtr/dtr4.htm>

*simultánea- la actualización de la llamada teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo creado, que permanecerá alerta durante toda la gestión del profesional, para sancionar su negligencia, descuido, impericia o imprudencia.<sup>65</sup>*

Tal responsabilidad compartida para el caso de los que causen un daño en común, se extiende a las intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos realizados en equipo; mientras que la responsabilidad por hechos ajenos se puede imputarse a los profesionales médicos, cuando éste es un médico tratante que inter-consulta al paciente con un especialista; o cuando recibe la asistencia de enfermeras, camilleros o personal de apoyo; así como también se extenderá a la persona física o moral que opere o que sea la responsable del establecimiento médico donde el demandante haya recibido la atención médica que considera dañosa. Inclusive, criterios muy recientes -si bien tesis aisladas aún- han imputado una responsabilidad civil a las compañías aseguradoras (de seguros de gastos médicos, valga la aclaración) por los daños causados por los profesionistas que integran su red de asistencia médica, como se desprende del criterio bajo la voz RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL HECHO DE OTRO. LAS ASEGURADORAS SON CORRESPONSABLES CON LOS MÉDICOS QUE INTEGRAN SU RED, POR VIRTUD DE LA EXISTENCIA DE NEXOS QUE LOS UNEN, ATINENTES A LA CULPA IN ELIGENDO Y A LA CULPA IN VIGILANDO:

*La aseguradora es corresponsable con los profesionistas que integran su red de asistencia médica, cuando en el contrato de seguro sujeta a sus beneficiarios y derechohabientes, exclusivamente, a la lista de profesionistas que la propia institución integró. En conformidad con los artículos 1910, 1911, 1918 a 1925 y 1927 a 1933 del Código Civil para el Distrito Federal, la responsabilidad civil es la obligación de responder ante la justicia por un daño y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima, esto es, restablecer el equilibrio roto, por el autor del daño, entre su patrimonio y el de la víctima. En la relación obligatoria a que da lugar la responsabilidad civil, el deudor es el sujeto responsable o persona obligada a indemnizar el daño; por regla general, lo está en primer lugar el autor material del hecho dañoso; pero también existen casos en que se obliga a responder a quien, sin haber tenido una intervención directa en la realización de ese hecho, mantiene con su autor material una determinada relación que, a los ojos del legislador justifica que se le haga responsable de las consecuencias de tal hecho, de suerte que ese tipo de responsabilidad puede generarse por el hecho propio o por un hecho ajeno. En el caso de las aseguradoras, cuando restringen a sus derechohabientes a la asistencia médica de los profesionistas de la red, su responsabilidad civil deriva de su culpa in eligendo y de su culpa in vigilando por insuficiente vigilancia; lo primero, en virtud de haber sido esa institución la que lleva a cabo su elección para integrar la lista de los facultativos que prestan el servicio de asistencia médica a sus beneficiarios y lo segundo, por la falta de constatación de que los especialistas*

<sup>65</sup> *Ídem.*

*autorizados cumplan con los requisitos mínimos en la prestación de ese servicio. Por otro lado, su responsabilidad deriva también de la restricción a que sujeta a sus derechohabientes para tener acceso a la atención médica brindada exclusivamente por los profesionistas de la red, que lleva implícita la prohibición a sus asegurados de acudir a otro médico que pudiera ajustarse al tabulador de la aseguradora. Así, es precisamente la elección del médico responsable para integrar la lista de asistencia médica y la sujeción a sus beneficiarios a dicha lista, lo que permite afirmar la corresponsabilidad de la aseguradora con el profesionista que, materialmente, ocasionó el daño que dio lugar a la responsabilidad civil. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL.*

## CONCLUSIONES

En palabras del Dr. José F. Rivas Guzmán, Comisionado y Presidente del Consejo de la Comisión Estatal de Conciliación y Arbitraje Médico del Estado de Colima, en los últimos años en México se ha pasado de la “cultura de la denuncia” en lo asuntos de *mala praxis* médica a una “industria de la denuncia”, que puede llevar a algunos extremos o exageraciones por parte de autoridades administrativas, de procuración de justicia u órganos jurisdiccionales en búsqueda de una justicia *punitiva* y *sancionadora*, aún con un enfoque a veces *distributivo*; más que una verdadera justicia *compensatoria* o *resarcitoria*, basados en criterios objetivos de imputación de responsabilidad, atendiendo a la naturaleza indemnizatoria de la justicia -de la civil, al menos-, de manera tal que pueda darse mayor énfasis a las reclamaciones de este tipo de conflictos a través del derecho civil, con apoyo de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, incluyendo las vías administrativas *pseudo-conciliatorias*, *pseudo-mediadoras*, así como el arbitraje mismo; dejando para el derecho penal solo las conductas mas graves y oprobiosas que vulneren bienes jurídicamente protegidos a favor de la colectividad.

Lo anterior basado en que dicha concepción *compensatoria* o *resarcitoria* del derecho civil a través de la responsabilidad extracontractual atiende a una función de tal naturaleza, y no *punitiva*, conforme a los siguientes argumentos: a) la responsabilidad no se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta y la reprochabilidad del responsable, sino con arreglo a la entidad del daño; b) la responsabilidad es transmisible *mortis causa* (también el derecho de reclamarla, salvo en los casos de daño moral) a los herederos del responsable; c) Constituye un riesgo asegurable; d) incluso si se solicita en la vía penal, está sujeto al principio de querrela

necesaria o a instancia de parte ofendida.; y e) no existe para ella un principio de retroactividad de la ley más favorable.<sup>66</sup>

## REFERÊNCIAS

- BUERES, Alberto J. **El acto ilícito**. In: **Derecho de daños**. Primera parte, homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe. Editorial Hammurabi, 1986.
- BUERES, Alberto J. **Responsabilidad civil de los médicos**. Tercera edición. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2006.
- CHANG, Soo-Kil et al. **Intellectual Property Law in Korea**. Londres: *Kluwer Law International & Max Planck Institute für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs und Steuerrecht*, 2003.
- GALLARDO CASTILLO, María Jesús Dir; CRUZ BLANCA, María José (Coord.). **La Responsabilidad Jurídico-Sanitaria España**: Madrid, Editorial Wolters Kluwer, 2003.
- INFANTE RUIZ, Francisco José. **La responsabilidad por daños: Nexo de causalidad y “causas hipotéticas”**. Valencia: Tirant Monografías, . 2002.
- JAMES, Philip. **Introducción al derecho inglés**. Bogotá: Editorial Themis, 1996.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario (2002). **La responsabilidad profesional de los médicos**. En **Revista de Derecho Privado, nueva época**, Año I, Número 1, enero-abril de 2002 (ISSN 0188-5049), consultada electrónicamente el 15 de agosto de 2012, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/1/dtr/dtr4.htm>
- PATTISHALL, B. W. **Trademarks and Unfair Competition**. Chicago: Editorial LexisNexis, 2000.
- PROSSER & KEETON, Page. **Prosser and Keeton on The Law of Torts**. St. Paul: West Publishing, 1984.
- ROBBERTS, Gerhard. **An introduction to German Law**. Baden-Baden. Ed. Nomos Verlagsgesellschaft & Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2002.
- YOUNGS, Raymond (2002). **Source book on German Law**. Londres: Cavendish Publishing Limited. Chapter Six: Torts.

<sup>66</sup> Véase INFANTE RUIZ, Francisco José. Op. cit. 2002, p. 115. En relación a Pantaleón Prieto, F.