

LA CAUSALIDAD Y LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO

FERNANDO MARTÍNEZ GARCÍA DE LEÓN*

RESUMEN: En nuestra legislación se percibe cada día más que el derecho civil, y en especial la responsabilidad del médico, ha recibido una creciente influencia de la teoría de los derechos humanos y de ciertos aspectos del derecho administrativo. Ello explica que el derecho a la salud sea considerado ahora un derecho humano y que las obligaciones impuestas al médico provengan en primer término de la legislación sanitario-administrativa. Por ello es que los deberes del galeno tienen primordialmente una fuente legal. En consecuencia para la práctica judicial resulta irrelevante que se haya celebrado o no un contrato de prestación de servicios profesionales, pues el médico de todos modos resultará responsable ante el incumplimiento de una obligación legal de diligencia y cuidado hacia el enfermo. En consecuencia, una visión contractualista o iusprivatista en general no alcanza a explicar de manera integral el fenómeno de la responsabilidad civil del médico y todas sus vertientes. En esa tónica se desarrolla el presente artículo, acentuando la práctica judicial, precedentes jurisprudenciales y la doctrina que se juzga más pertinente para nuestra realidad jurídica que tiende a crear un nuevo concepto pasando del daño moral al daño a la persona ocasionado por la negligencia médica.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad civil médica, derecho a la salud, derecho humano, daño moral y daño a la persona.

* Catedrático de Clínica de Derecho Procesal Civil y Mercantil de la Escuela Libre de Derecho.

ABSTRACT: Nella nostra legislazione si può percepire ogni giorno che nell diritto civile, ed specialmente nella responsabilità del medico, si sono accresciute l'influenza della teoria dei diritti umani e di qualche aspetti del diritto amministrativo. Questo spiega che il diritto alla salute sia capito adesso come diritto umano e che gli obblighi imposte al medico provengano, in primo luogo, della legislazione sanitario-amministrativa. Per ciò i doveri del galeno hanno primariamente una fonte legale. In conseguenza per la pratica giudiziaria non ha importanza che si sia accordato o no un contratto di prestazione di servizi professionali, perche il medico di qualche modo sarà responsabile per incumplire un obbligo legale di diligenza ed cura del malato. In conseguenza, una visione contrattualistica oppure iusprivatistica in generale non é sufficiente per spiegare integramente il fenomeno della responsabilità civile del medico ed tutte le sue sfumature. In questo senso si sviluppa questo articolo, mette a fuoco la pratica giudiziaria, i precedenti e la dottrina pertinente per la nostra realtà giuridica che cerca di creare un nuovo concetto che arriva del danno morale al dano alla persona per negligencia medica

PAROLE CHIAVE: responsabilità civile del medico, diritto alla salute, diritti umani, danno morale, e dano alla persona.

SUMARIO: 1. La responsabilidad civil del médico constituye el paradigma máximo de toda responsabilidad civil. 2. El marco jurídico del derecho a la salud. 3. Obligaciones legales impuestas al profesional de la medicina. 3.1. Etapa preoperatoria. 3.2. Etapa posoperatoria. Panorama. 4. La negligencia médica por falta de diagnóstico temprano y tratamiento oportuno genera la responsabilidad del médico. 5. La causación del daño moral por negligencia médica. 6. Prueba de la culpa. 7. Responsabilidad solidaria de hospitales. 8. Conclusiones.

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO CONSTITUYE EL PARADIGMA MÁXIMO DE TODA RESPONSABILIDAD CIVIL

Al estar encomendada al médico la vida y la salud de los pacientes es indiscutible que su actuación profesional debe estar enmarcada en los más altos estándares de diligencia, prudencia y conocimiento técnico. Por ser entonces aque-

llos bienes jurídicamente tutelados los de mayor jerarquía, la responsabilidad civil del médico se constituye como el paradigma *máximo* de toda responsabilidad civil.

Si el derecho a la vida y la protección de la salud es el objeto primordial del desempeño del profesional de la medicina, su práctica será evaluada de manera rigurosa, imponiéndose al médico obligaciones hacia el paciente tanto en la etapa *preoperatoria* como en la etapa *posoperatoria* ante la presencia de *nuevos* síntomas o complicaciones derivadas del tratamiento sugerido. En igual forma, se le impondrá la obligación de no dar de alta al paciente sin un diagnóstico secundario antes del egreso que asegure una rehabilitación física y mental.

Es así que al médico, según doctrina de Luis Pascual Estevill:¹ "... en la toma de las decisiones que la conveniencia y gravedad de la situación lo requieran deberá comportarse con la prudencia, diligencia y pericia que las circunstancias demanden en el momento oportuno". En igual forma Carlos Ignacio Jaramillo J.² al hacer referencia al célebre fallo de la Corte de Casación Francesa de mil novecientos treinta y seis se estableció que el *debitum* galénico es un: "... compromiso, ... no de curar al enfermo, sino ... de suministrarle los cuidados debidos..., pero no de cualquier manera, sino en forma concienzuda y solícita... como corresponde." Es por ello que la doctrina española también entiende que la obligación del galeno es **de medio y no de resultado**; pues el médico sólo está obligado a proporcionar al enfermo todos los tratamientos necesarios y aconsejables que científicamente sean perti-

¹ Pascual Estevill, Luis, *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, Barcelona, Bosch, 1992, Tomo II, Volumen 2º Parte especial, p. 411.

² Jaramillo J., Carlos Ignacio, *La responsabilidad civil médica-La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial-*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, p. 255.

nentes, más no asegurar su sanación o comprometerse a ella. Asua González³ afirma:

...el punto de vista tradicional y asentado en nuestra jurisprudencia en torno a la responsabilidad de los profesionales sanitarios es el siguiente: ...la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación o sanidad del enfermo, o lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino proporcionarle todos los cuidados que requiera...

En nuestro medio tales deberes de cuidado y obligaciones técnicas se encuentran también previstos en la legislación nacional como lo es la Ley General de Salud y su reglamento, en las diversas Normas Oficiales Mexicanas, Tratados Internacionales, en diversas ejecutorias emitidas por el Poder Judicial de la Federación y en el propio contrato de prestación de servicios profesionales, en caso de existir, lo que da ocasión a la configuración de un **marco legal** al que debe ceñirse la actuación profesional del médico tratante, sus auxiliares e incluso el mismo hospital en donde se atiende al paciente, como se da cuenta enseguida.

2. EL MARCO JURÍDICO DEL DERECHO A LA SALUD

Desde luego el derecho a la salud no es sólo una garantía individual consagrada en el artículo 4º constitucional, sino incluso es ahora considerado como un **derecho humano** conforme diversos tratados internacionales de los que México es parte, destacando la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos:

³ Asua González, Clara I, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, 3ª ed., pp. 1154 y ss.

Artículo 4. Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida.

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

En igual forma en la Ley General de Salud en sus artículos 32, 33, 47 último párrafo y 51 primer párrafo y en los artículos 8º, 18, 19, 48 y 73 de su reglamento en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica respectivamente prevén:

Ley General de Salud:

ARTÍCULO 32. Se entiende por atención médica el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud.

ARTÍCULO 33. Las actividades de atención médica son: I. Preventivas, que incluyen las de promoción general y las de protección específica; II. Curativas, que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno; III. De rehabilitación, que incluyen acciones tendientes a corregir las "invalideces" físicas o mentales, y IV. Paliativas, que incluyen el cuidado integral para preservar la calidad de vida del paciente, a través de la prevención, tratamiento y control del dolor, y otros síntomas físicos y emocionales por parte de un equipo profesional multidisciplinario.

ARTÍCULO 47. En la operación y funcionamiento de los establecimientos de servicios de salud se deberán satisfacer los requisitos que establezcan los reglamentos y normas oficiales medianas correspondientes.

ARTÍCULO 51. 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.

Por su parte el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica establece:

ARTÍCULO 8. Las actividades de atención médica son: ... *i*) curativas: que tienen por objeto efectuar un diagnóstico temprano de los problemas clínicos y establecer un tratamiento oportuno para resolución de los mismos, y *ii*) de rehabilitación: que incluyen acciones tendientes a limitar el daño y corregir la invalidez física o mental.

ARTÍCULO 18. Los establecimientos en los que se presten servicios de atención médica, deberán contar con un responsable, mismo que deberá tener título, certificado o diploma, que según el caso, haga constar los conocimientos respectivos en el área de que se trate. Los documentos a que se refiere el párrafo anterior, deberán encontrarse registrados por las autoridades educativas competentes.

ARTÍCULO 48. Los usuarios tendrán derecho a ... recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnico y auxiliares.

ARTÍCULO 73. El responsable del servicio de urgencias del establecimiento, está obligado a tomar las medidas necesarias que aseguren la valoración médica del usuario y el tratamiento completo de la urgencia o la estabilización de sus condiciones generales para que pueda ser transferido.

En consecuencia se impone al médico y sus auxiliares, entre otras, las obligaciones **legales** de elaborar un **(i) diagnóstico temprano y (ii) tratamiento oportuno** al padecimiento que aqueja al enfermo, según es ordenado en la normatividad antes mencionada, incluso de orden internacional tal y como es establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "**Protocolo de San Salvador**", en que todos consagran del derecho a la salud física y mental de todo individuo, algo que corrobora la siguiente ejecutoria para efectos de nuestro sistema jurídico nacional:

...el derecho a la salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos... de ahí que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. (DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Amparo en revisión 173/2008. Yaritza Lissete Reséndiz Estrada. 30 de abril de 2008. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar).

Este es el marco **legal** primigenio que regula el derecho a la salud y que su violación generará la responsabilidad civil del médico.

3. OBLIGACIONES LEGALES IMPUESTAS AL PROFESIONAL DE LA MEDICINA

Pueden resumirse todas las obligaciones impuestas al médico en una sola expresión: **diligencia máxima** en el diagnóstico temprano y tratamiento sugerido, sea preventivo, curativo o de rehabilitación.

Aquella diligencia tiene como fuente la ley misma, haya o no contrato, siendo entonces la relación médico-paciente un **binomio** de fuente legal. Incluso resultaría irrelevante la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales pues la verdadera fuente de las obligaciones es la negligencia médica, exista o no contrato. El médico resultaría igualmente obligado en ambas circunstancias, sin diferencia alguna, por lo que la existencia del contrato pasa a un segundo plano.

3.1. *Etapa preoperatoria*

Es así que la máxima diligencia impone al médico en la etapa preoperatoria: i) la elaboración de un historial clínico; ii) la práctica de toda clase de estudios de laboratorio, radiológicos o de imagenología que conduzcan a determinar el padecimiento; iv) un diagnóstico oportuno; v) la obligación de pedir la intervención de otros profesionales (interconsultas) que coadyuven a determinar la certeza de tal diagnóstico; vi) el deber de informar al paciente el resultado del mismo, vii) el tratamiento sugerido y viii) la conservación bajo sigilo profesional del expediente clínico.

3.2. *Etapa posoperatoria*

Mismas obligaciones que igualmente se exigen al médico en la etapa posoperatoria ante la presencia de nuevos síntomas lo que impone de manera adicional ix) la obligación de cuidado y evolución satisfactoria del paciente; x) la práctica de análisis posoperatorios de toda clase; xi) mayor tiempo de observación; xii) la realización de junta de médicos o interconsulta ante nuevas complicaciones y xiii) abstenerse de dar de alta al paciente sin un diagnóstico secundario antes del egreso.

En consecuencia, el no cumplimiento de tales obligaciones dará nacimiento a la **responsabilidad civil** derivada del daño **corporal y moral** ocasionado al paciente, entrando al ámbito de la culpa o negligencia médica.

4. LA NEGLIGENCIA MÉDICA POR FALTA DE DIAGNÓSTICO TEMPRANO Y TRATAMIENTO OPORTUNO GENERA LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO

La responsabilidad civil en general consiste en la obligación de reparar un daño ilegítimamente causado. Para el caso específico, la fuente de la responsabilidad es la negligencia médica por falta de un diagnóstico temprano y tratamiento oportuno que produce directa o necesariamente un daño al paciente.

Es precisamente la falta del diagnóstico y tratamiento adecuado lo que da ocasión a la culpa del profesional de la medicina. Debe entonces entenderse al diagnóstico como: "aquella etapa encaminada a establecer el cuadro clínico del enfermo, ...o la razón de la problemática que lo aqueja".⁴ En otras palabras, tiene la finalidad de determinar qué tipo de enfermedad se padece, sus causas y consecuencias.

En igual forma acorde a la opinión de Pedro Lain⁵ el diagnóstico consiste en identificar y designar la afección que sufre un paciente, siendo el elemento del acto médico, porque del mismo depende el correspondiente tratamiento o terapéutica a seguir.

Por su parte a José Alsina,⁶ considera al diagnóstico como el conjunto de actuaciones médicas destinadas a la curación del paciente, a la protección de su salud o aliviar las consecuencias de una enfermedad.

En concordancia Carolina Correa Escobar y Javier Valdivia Arría⁷ establecen:

⁴ Jaramillo J., Carlos Ignacio, *op. cit.*, p. 250.

⁵ Lain, Pedro, *El diagnóstico médico. Historia y Teoría*, Barcelona, Salvat Editores, 1982 pp. 187 y ss.

⁶ Alsina, José, *Medicina e Historia*, Editorial Hespérides, Volumen IV, p. 119 y ss.

⁷ Correa Escobar Carolina y Javier Valdivia Arría, *El contrato de servicios médicos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur, pp. 134 y ss.

...Error en el diagnóstico: "Comprometerán la responsabilidad del médico los errores de diagnóstico derivados de su ignorancia; de fallos groseros de apreciación, de examen insuficiente del enfermo; de equivocación inexcusable.... La doctrina ha distinguido tres tipos de error de diagnóstico: i) Error por insuficiencia de conocimientos o ignorancia, en el que el médico elabora un diagnóstico errado como consecuencia de la falta de conocimientos que debía saber; ii) Error por negligencia en el diagnóstico, en el cual el médico, por inexcusable falta de cuidado, no recabó la información usual y necesaria para la elaboración acertada del diagnóstico, y iii) Error científico, donde el médico frente a un cuadro clínico complejo y confuso que supone síntomas asimilables a más de una patología, emite un diagnóstico incorrecto...

Asimismo, Jorge Bustamante Alsina,⁸ afirma:

1395. c) Diagnóstico. El error en el diagnóstico responsabiliza al médico por los daños que sufre el paciente como consecuencia de haber seguido por ello un tratamiento inadecuado, o haberse sometido a una intervención quirúrgica innecesaria, o no haberse atendido debidamente. Desde luego que el error debe ser grave e inexcusable. 1397. d) Tratamiento, igualmente el médico es responsable en el caso de haber aconsejado un tratamiento equivocado por error grave o inexcusable.

Más aún, el diagnóstico no es sólo una actividad aislada sino se subsume en la que la doctrina contemporánea considera como un "**acto médico**" en el que se engloban las obligaciones de diagnóstico oportuno, tratamiento adecuado, interconsultas, deber de información, entre otras referidas en la etapa preoperatoria y posoperatoria.

Se cita de nueva cuenta la obra de Carlos Ignacio Jaramillo⁹ quien afirma:

⁸ Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 523 y ss.

⁹ *Op. cit.* p. 250.

El acto médico... suele pues desdoblarse en tres fases...: el diagnóstico, el tratamiento y la intervención preparatoria... y como recientemente lo entendió la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 13 de septiembre de 2002, al indicar que: "En la forma en que lo tiene establecido la doctrina y jurisprudencia, en el campo de la responsabilidad civil, el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios ocasionados al paciente, como consecuencia de incurrir en yerros de diagnóstico y tratamiento".

En consecuencia, las opiniones doctrinales expuestas permiten concluir que la **omisión** de realizar un diagnóstico certero, oportuno y de proporcionar el tratamiento debido, actualiza la pretensión legítima de reclamar la indemnización por daño moral ocasionado al paciente derivado de un comportamiento culposo.

5. LA CAUSACIÓN DEL DAÑO MORAL POR NEGLIGENCIA MÉDICA

Tratándose de una afectación a la integridad física o psíquica derivada de una negligente atención médica **se presume que se causó daño moral** sin necesidad de probar la dimensión o intensidad del dolor físico o sufrimiento psicológico ocasionado. Entonces, probado el hecho ilícito entendido como aquella afectación física o psíquica opera en consecuencia **la presunción de daño moral**.

Dicho criterio ha sido establecido en tesis aislada sostenida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, página mil seiscientos sesenta y uno, Tomo XXV, marzo del dos mil siete, de la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* y que establece en su parte relativa:

DAÑO MORAL, PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA POR LA ILEGÍTIMA AFECTACIÓN A LA LIBERTAD, INTEGRIDAD FÍSICA O PSÍQUICA DE UNA PERSONA, CONFORME A LA PARTE FINAL DEL ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Del artículo 1916 y del diverso 1916 bis, vigente hasta el 19 de mayo de 2006, que lo complementa, ambos del Código Civil para el Distrito Federal, se advierte que en caso de la llamada responsabilidad subjetiva, por la realización de un hecho ilícito, tendrá lugar la reparación del daño moral. Además, el sentido literal de la parte final del citado artículo 1916 lleva a establecer que el daño moral se presume cuando está acreditada la afectación ilegítima de los atributos de la personalidad como la libertad y la integridad física o psíquica, de modo que demostrado el hecho ilícito consistente en la afectación a la integridad física, se presume que se produjo el daño moral. Por tanto, si se demuestra que se sufrieron lesiones como consecuencia de un ilícito y, por ende, la afectación a la integridad física o psíquica, opera la presunción de existencia del daño moral causado, sin que pueda exigirse la determinación exacta del detrimento sufrido o de la intensidad de la afectación.

En igual forma el citado tribunal estableció en tesis visible en el Tomo XXIII de febrero del dos mil seis de la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* lo siguiente:

DAÑO MORAL. LO CONSTITUYE EL DOLOR FÍSICO PRODUCIDO POR UNA LESIÓN ORGÁNICA DERIVADA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA, BASTANDO ACREDITAR LA EXISTENCIA DE AMBAS PARA QUE PROCEEDA LA ACCIÓN DE REPARACIÓN. El Código Civil para el Distrito Federal contempla un sistema de responsabilidad civil que abarca la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. La primera de ellas supone la transgresión de un deber de conducta impuesto en un contrato; la segunda, también llamada aquiliana, responde a la idea de la producción de un daño a otra persona por haber transgredido

el genérico deber *neminem laeder*, es decir, el de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás. Esta última, a su vez puede ser subjetiva si se funda exclusivamente en la culpa, y objetiva, cuando se produce con independencia de toda culpa, de manera que, en el primer caso, el sujeto activo realiza un hecho ilícito que causa un daño al sujeto pasivo, y en el segundo, obra lícitamente pero el daño se produce por el ejercicio de una actividad peligrosa o por el empleo de cosas peligrosas, razón por la cual también se conoce a la responsabilidad objetiva como responsabilidad por el riesgo creado, misma que legalmente está prevista en el artículo 913 del Código Civil para el Distrito Federal. Un común denominador de ambos tipos de responsabilidad, según se deriva de las ideas y del texto legal anteriores, es el daño, entendido éste como toda lesión de un interés legítimo, y puede ser de carácter patrimonial, cuando implica el menoscabo sufrido en el patrimonio por virtud de un hecho ilícito, así como la privación de cualquier ganancia que legítimamente la víctima debió haber obtenido y no obtuvo como consecuencia de ese hecho, o moral, en el supuesto de que se afecten los bienes y derechos de la persona de carácter inmaterial, es decir, cuando se trate de una lesión sufrida por la víctima en sus valores espirituales, como el honor, los sentimientos y afecciones diversas. En consecuencia, la interpretación teleológica, literal y sistemática de los artículos 1916 y 1916 Bis del mismo ordenamiento sustantivo civil, lleva a colegir que tratándose de la acción de reparación de daño moral en contra de quien haya incurrido en responsabilidad objetiva, basta acreditar la existencia de esta última, prescindiendo de la ilicitud del hecho u omisión generadoras del daño, aunada a la demostración de que esa responsabilidad objetiva se tradujo en la afectación de cualquiera de los bienes y derechos de la persona tutelados y señalados de manera enunciativa, ergo, no limitada, en el primero de los dispositivos legales invocados. Esto último, es necesario porque el hecho de que se establezca la obligación de reparar el daño moral supone que éste se ha causado, y ello requiere ser acreditado puntualmente, lo cual tocará apreciar en cada caso al juzgador con vista a la causa eficiente del daño y al bien jurídico involucrado. Así, en el caso en que resulta lesionado el sujeto pasivo u ofendido por el sujeto activo, tratándose de las actividades o mecanismos a que se refie-

re el artículo 1913 del Código Civil, o sea, de la responsabilidad objetiva, y esa lesión consiste en una fractura de una pierna, por ejemplo, resulta evidente que el individuo que la sufre resiente un dolor físico o *pretium doloris* que es un indudable daño moral en tanto implica una afectación a los aspectos físicos o a la integridad física de la persona, máxime cuando se requiere de una o varias intervenciones quirúrgicas que, *per se*, son susceptibles de infringir nuevas molestias corporales o de incrementar el dolor o cuando siendo necesaria una primera operación de esa naturaleza no se practica inmediatamente con la consiguiente prolongación del sufrimiento orgánico, por lo que, en tal supuesto, será suficiente comprobar la existencia de la lesión como resultado de la conducta del agente. Ese dolor orgánico producido por la lesión referida también puede implicar un daño psicológico, así sea temporal, toda vez que quien lo resiente experimenta un sufrimiento íntimo susceptible de provocar angustia, temor, ansiedad, de manera que también es factible la observación de otra vertiente del daño moral, al conculcarse los sentimientos del individuo.

La **presunción** de existencia de daño moral se justifica si se tiene en consideración que la lesión sufrida por la víctima en su honor, sentimientos, configuración, aspectos corporales o la consideración que de sí mismo tienen los demás que conducen a un dolor físico o sufrimiento psicológico no puede acreditarse por prueba directa, de ahí la acertada consideración de que se tenga por acreditado el daño moral por sólo mediante prueba **indirecta o presuntiva**.

En consecuencia, haciendo acordes las ejecutorias existentes sobre el tema debe decirse que la legislación civil mexicana son tres los elementos a justificar para que proceda la demanda de indemnización por daño moral, a saber: *i*) El daño o afectación corporal o psíquica (hecho ilícito), *ii*) La negligencia o culpa atribuida al médico que

ocasionó tal afectación y *iii*) La relación de **causalidad** que vincula a la conducta culposa y al daño.

Ahora bien, por regla general la **relación causal** une a dichos fenómenos de manera **inmediata**; pero puede suceder que también nazca la responsabilidad civil médica cuando sólo exista entre el daño y el hecho ilícito una relación de causa mediata; esto es, de causa indirecta, eficiente o necesaria, en la cual el daño se produzca con toda necesidad aun cuando no de manera directa. El artículo del 2110 del Código Civil establece ambos tipos de relaciones: "... 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".

Así las cosas, reunidos los tres elementos señalados se acredita la realidad del ataque, lo que da ocasión a presumir la causación de daño moral derivada de una negligencia médica.

Resulta aplicable al caso la tesis sustentada por la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página noventa y ocho, del Tomo doscientos diecisiete a doscientos veintiocho, Cuarta Parte, del *Semanario Judicial de la Federación*:

DAÑO MORAL. PRUEBA DEL MISMO. Siendo el daño moral algo subjetivo, no puede probarse en forma objetiva como lo alegan los quejosos, al señalar que el daño moral no fue probado, puesto que existe dificultad para demostrar la existencia del dolor, del sentimiento herido por atender a las afecciones íntimas, al honor y a la reputación, por eso la víctima debe acreditar únicamente la realidad del ataque.

Ahora bien, aún cuando la presunción de daño moral representa un avance doctrinal y jurisprudencial loable, es

de mencionar que se encuentra en formación una **nueva** tendencia que propugna por superar la clásica división de daño subjetivo y objetivo a una sola categoría denominada: “**daños a la persona**”. Entre nosotros Flores Álvarez¹⁰ afirma que:

La doctrina clásica del daño moral lo divide para su reparación en subjetivo y objetivo; el primero se conforma por los sufrimientos; es decir, daño moral es igual a sufrimiento, y tiene que vincularse a daño patrimonial para que proceda. Y el daño moral objetivo se conforma por perjuicios económicos derivados del sufrimiento; es decir, por las ganancias económicas derivadas del sufrimiento... En cambio el daño a la persona es único, tiene independencia del daño económico cuantificable... pues pone en primer lugar al sujeto afectado, que tiene la facultad de solicitar la reparación del daño, que puede ser a cambio de conductas de hacer, de dar o de no hacer por parte del sujeto que lo agravió, de tal forma que ahora no sólo se traduzca la reparación en una suma de dinero, sino que pueda redundar en una conducta por parte del infractor, como una disculpa pública... por ello, se propone el término de “daños a la persona”, que es abierto y casuístico.

Para el caso específico de la responsabilidad civil médica la anterior posición doctrinal, bajo mi criterio, encontraría cabida sin mayor dificultad por ser una aplicación concreta del principio de **progresividad** de los derechos humanos, dentro de los cuales está precisamente el derecho a la salud. Así, *i*) a la par de una reparación económica a la que la víctima tendría derecho por los sufrimientos ocasionados por la negligencia médica y *ii*) de tenerse por acreditado el daño moral de manera presunta, *iii*) pudiera exigirse también al responsable la realización de alguna conducta de desagravio hacia la víctima, según se dijo, pero también

¹⁰ Flores Álvarez, Elvia Lucía, *Responsabilidad civil derivada de prácticas genéticas*, México, 2012, Porrúa, pp. 217 y ss.

imponérsele algún tipo de trabajo social o comunitario. Con ello se estaría ampliando la obligación de reparar el daño no sólo hacía la víctima sino también hacia la sociedad misma en la que se desenvuelven las relaciones sociales.

Se propugna así por la evolución de la doctrina del daño moral hacía la teoría del **daño a la persona**, que es un término más adecuado a nuestra actual realidad jurídica imbuida e impactada por la expansión de los derechos humanos.

6. PRUEBA DE LA CULPA

Nuestro sistema legal sigue adoptando el sistema de prueba establecido en el artículo 281 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que establece que: “...las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones”; siendo entonces a cargo de la víctima reclamante la carga probatoria para acreditar la culpa y negligencia médica en las obligaciones de medio impuestas al demandado, esto es, la ausencia de diagnóstico temprano y tratamiento debido.

Opera entonces, para la responsabilidad médica, el mismo sistema probatorio que se adopta tratándose de la responsabilidad civil en general; cito en consecuencia una obra publicada por este autor¹¹ en donde al contrastar las diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual se estableció que uno de los criterios diferenciadores entre ellas sería: “Por la prueba de la culpa, pues tratándose de la extracontractual, la víctima asume la carga de probar la causación del daño, así como la culpa, negligencia o dolo imputable al autor. Así, la prueba de la

¹¹ Martínez García de León, Fernando, *Los actos ultravires y la protección de la apariencia jurídica*, México, Porrúa, 2007, pp. 54 y ss.

culpa corresponde al perjudicado con sobrada razón, ya que si incumbiera al causante, éste por razón natural tendería a minimizar la responsabilidad que se le imputa. Sólo le queda acreditar una excluyente de responsabilidad por la cual demuestre: "...que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima". (1910 y 1913). En conclusión, la víctima acredita daño y culpa, y el agente la excluyente de la responsabilidad que se le reclama (**reversión probatoria**).

En cambio, el incumplimiento de obligaciones contractuales de principio **se presume culposo**, por lo que el deudor al ser **demandado** deberá acreditar que aquél se debió a caso fortuito o fuerza mayor. Al incumplido corresponde acreditar la existencia de la causa **imprevisible, o siendo previsible inevitable; o en todo caso irresistible** que lo libere de la responsabilidad y que destruya la presunción de culpabilidad establecida en su contra. Este mismo criterio lo establece el artículo 2018 del Código Civil: "...La pérdida de la cosa en poder del deudor se presume por culpa suya, mientras no se pruebe lo contrario".

7. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE HOSPITALES

Ahora bien, basta recordar, como ya fue citado, que la propia legislación de salud impone al establecimiento hospitalario obligaciones ante el paciente:

ARTÍCULO 47. ...En la operación y funcionamiento de los establecimientos de servicios de salud se deberán satisfacer los requisitos que establezcan los reglamentos y normas oficiales medianas correspondientes.

ARTÍCULO 51. 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.

Por su parte el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica establece:

ARTÍCULO 18. Los establecimientos en los que se presten servicios de atención médica, deberán contar con un responsable, mismo que deberá tener título, certificado o diploma, que según el caso, haga constar los conocimientos respectivos en el área de que se trate. Los documentos a que se refiere el párrafo anterior, deberán encontrarse registrados por las autoridades educativas competentes.

ARTÍCULO 73. El responsable del servicio de urgencias del establecimiento, está obligado a tomar las medidas necesarias que aseguren la valoración médica del usuario y el tratamiento completo de la urgencia o la estabilización de sus condiciones generales para que pueda ser transferido.

Así las cosas, de principio debe quedar asentado que los establecimientos mercantiles y sus responsables quedan vinculados a realizar todo aquello que asegure una valoración médica y tratamiento adecuado. Por tanto nace por ley una responsabilidad **solidaria** de los hospitales y de los médicos que en ellos prestan sus servicios, debiendo actuar éstos con diligencia, prudencia y debido cuidado, estándares que además se encuadran en el concepto de **buenas costumbres**, por lo que su incumplimiento da ocasión al nacimiento de un hecho ilícito por ser contraria la negligencia a normas de orden público, como lo es la legislación sanitaria referida, dando nacimiento a la responsabilidad civil tanto de los propietarios de los nosocomios como del personal médico responsable e incluso sus auxiliares.

8. CONCLUSIONES

1. El derecho a la salud es ahora considerado un **derecho humano** conforme al principio de progresividad que impone la expansión de los derechos humanos en nuestro derecho interno.

2. Aún así, la **carga de la prueba** del daño sigue recaeando en el reclamante, quien asumirá la obligación procesal de probar los hechos constitutivos de sus pretensiones, y probado este elemento **objetivo**, se **presume** enseguida la causación de daño moral.

3. Sin embargo es loable el avance de nuestra jurisprudencia la cual acepta ya la prueba **presuntiva o indirecta del daño moral** ocasionado por una deficiente atención médica.

4. Además, debemos expandir el concepto de daño moral a **daño a la persona**, por ser un concepto más amplio.

5. Es entonces claro que la responsabilidad civil médica y sus alcances se encuentran en la actualidad en pleno desarrollo académico, doctrinal y jurisprudencial.

BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA, José, *Medicina e Historia*, Editorial Hespérides, Volumen IV.
- ASUA GONZÁLEZ, Clara I, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3ª ed., Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- CORREA ESCOBAR Carolina y VALDIVIA ARRÍA, Javier, *El contrato de servicios médicos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur.

FLORES ÁLVAREZ, Elvia Lucía, *Responsabilidad civil derivada de prácticas genéticas*, México, Porrúa, 2012.

JARAMILLO J., Carlos Ignacio, *La responsabilidad civil médica-La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial-*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.

LAIN, Pedro, *El diagnóstico médico. Historia y Teoría*, Barcelona, Salvat Editores, 1982.

MARTÍNEZ GARCÍA DE LEÓN, Fernando, *Los actos ultravires y la protección de la apariencia jurídica*, México, Porrúa, 2007.

PASCUAL ESTEVILL, Luis, *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, Barcelona, Bosch, 1992, Tomo II, Volumen 2º Parte especial.