

RESPONSABILIDAD LEGAL DEL MÉDICO ¹

Dr. Sergio GARCÍA RAMÍREZ *

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Responsabilidad civil.* 1. *Obligaciones.* 2. *Prestación de servicios profesionales.* III. *Responsabilidad administrativa.* 1. *Faltas.* 2. *Medidas de seguridad administrativa.* 3. *Responsabilidad del servidor y de la administración pública.* IV. *Responsabilidad laboral.* 1. *Consideraciones sobre el Derecho laboral.* 2. *Naturaleza de la relación laboral del médico.* 3. *Responsabilidad derivada de las relaciones laborales ordinarias.* 4. *Responsabilidad derivada de las relaciones laborales en el servicio público.* V. *Responsabilidad penal.* VI. *La creciente exigencia de responsabilidad.*

I. INTRODUCCIÓN

Es evidente que la convivencia social genera cierto número y determinada calidad de exigencias —morales o jurídicas, o ambas cosas a la vez—, que no es posible ni aconsejable desconocer o rehuir. Y también es evidente que el acatamiento de esas exigencias —es decir, el acatamiento de esos deberes, si se trata de las exigencias contenidas en normas jurídicas— acarreará la aprobación social, y acaso el estímulo y la recompensa, en tanto que el incumplimiento de las obligaciones traerá consigo el reproche y, con éste, una reacción jurídica más o menos enérgica e intensa, según la mayor o menor importancia de las exigencias formuladas y del incumplimiento en que incurra el obligado.

Eso sucede en todo tiempo y donde quiera. Nadie —ningún integrante de la sociedad— debe quedar excluido de las consecuencias que entraña su propia conducta. Para asegurarlo se han formalizado y

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Director de la Revista de la Facultad de Derecho, UNAM.

¹ Este trabajo forma parte del libro *Responsabilidad penal del médico*, de próxima publicación. En el presente capítulo se analiza con algún detalle la responsabilidad civil, administrativa y laboral. Sólo se menciona la responsabilidad penal, sin mayor desarrollo, porque éste es el tema que se estudia en el conjunto de la obra. Agradezco a la doctora Ingrid Brena, investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas, sus comentarios a propósito del régimen civil, y a mi alumna, Erika Uribe Vargas su apoyo en la elaboración de este trabajo.

preservado dos principios centrales del sistema jurídico moderno: responsabilidad por la conducta propia (y en ocasiones, por la conducta ajena, bajo determinados supuestos que luego mencionaré) e igualdad de todos los hombres ante la ley.

Desde luego, a esta regla no se sustraen los practicantes de las profesiones. Por el contrario, para ellos existen disposiciones más enérgicas en lo que atañe a su desempeño profesional, porque son depositarios de una función y de una confianza sociales que los colocan en un plano más delicado y trascendente que el atribuido a quienes no son titulares de esa función ni depositarios de esa confianza. Es aquí donde entra en juego la responsabilidad jurídica profesional, y en ella, la responsabilidad penal del practicante de la medicina.

La responsabilidad del profesional médico se ha percibido de diversas maneras. José Manuel Fernández Hierro sintetiza las teorías de la responsabilidad médica que han surgido en el curso de la historia. La primera predica una total irresponsabilidad del médico en sus actuaciones técnicas; la segunda, denominada de la *culpa lata*, implica que el médico sólo deberá indemnizar cuando incurra en aquella forma de culpa; finalmente, la tercera teoría sostiene la responsabilidad total del médico cuando cometa faltas dentro de su ejercicio profesional. Esta última es la mayormente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia actuales,² bajo ciertas limitantes, como el caso del *error de diagnóstico* —respecto del que tradicionalmente se afirmó que no comprometía la responsabilidad del médico—, la *no injerencia en controversias científicas* —puesto que, según se ha dicho, “la responsabilidad termina ahí en donde empiezan las discusiones científicas”—³ y la presencia de *circunstancias excepcionales* —como las urgencias y la escasez de materiales, o bien, que la especialidad del practicante sea distinta a la requerida—.⁴

No es pertinente ni justo externalar el tema de las responsabilidades, hasta arribar a una especie de “responsabilidad absoluta” que no acepta equivocaciones o fracasos, e invariablemente los atribuye a la malicia, la ignorancia o el descuido del profesional; pero tampoco lo sería extremar las cosas en sentido opuesto y acceder a una suerte de “irresponsabilidad absoluta”, que niega la exigencia legal de responsabili-

² FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *Sistema de responsabilidad médica*, Granada, Ed. Comares, 1997, pp. 99-102.

³ *Ibidem*, p. 105.

⁴ *Ibidem*, p. 107.

dades en virtud de que la medicina, que no es ciencia exacta, nunca puede garantizar sus resultados.⁵

Se dice que alguien es responsable cuando surge a su cargo cierta obligación frente a otra persona —o ante determinadas instancias del Estado— como consecuencia jurídica de su conducta indebida. Desde la perspectiva clásica sobre esta cuestión, la responsabilidad aparece cuando se reúnen tres elementos, a saber: acto u omisión indebidos, perjurio producido y nexo causal entre aquéllos y éste.⁶ Sin embargo, conviene aclarar que en algunos ámbitos jurídicos se ha abierto paso la exigencia de responsabilidad por la mera violación del deber, aunque de ello no derive daño concreto alguno. Esto abarca inclusive la responsabilidad internacional de los Estados, conforme a una moderna doctrina.⁷

En una sociedad primitiva hay confusión entre delitos, pecados y enfermedades. Además, se desmesura la punición: las faltas más leves son sancionadas con penas muy severas. No sucede lo mismo en una sociedad evolucionada. De hecho, un signo de la evolución social —me refiero al desarrollo pleno, no apenas al desenvolvimiento material o tecnológico— es la racionalidad en la injerencia del Derecho y del Estado en la vida de los individuos. Hay amplias zonas del comportamiento que se hallan liberadas; no tienen más frontera que el dere-

⁵ Cfr. MORENO GONZÁLEZ, Rafael, "La responsabilidad profesional del médico cirujano", *Notas de un criminalista*, 2a. ed., México, Ed. Porrúa, 1996, p. 3.

⁶ Cfr. BAUDOUIN, Jean Luis, "La réforme de la responsabilité medicale: responsabilité ou assurance?", *Revue Générale de Droit* (Faculté de Droit, Section de Droit Civil, Université d'Ottawa), vol. 22, núm. 1, mars, 1991, p. 162. Al respecto Fernández Hierro señala que la responsabilidad civil se presenta cuando concurren los siguientes elementos: a) acción u omisión antijurídica del agente; b) culpa o dolo de éste; c) daño producido y d) relación causal entre la acción u omisión y el daño. *Sistema de responsabilidad...*, op. cit., p. 70. Por su parte, Martínez-Pereda refiere que los requisitos de la responsabilidad civil en el ámbito de la medicina son: a) un acto médico imprudente (incluye a la omisión); b) un daño y c) una relación de causalidad. *La responsabilidad civil y penal del anestesta*, Granada, E. Comares, 1995, pp. 32-34.

⁷ Cfr. AGUIAR, Asdrúbal, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Caracas, Monte Ávila Editores Latinoamericana-Universidad Católica Andrés Bello, 1997, p. 76. He señalado en otro lugar la siguiente secuencia, que ilustro con los preceptos del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU y presentado en informe a la Asamblea General en 1996, documento que figura en el Apéndice de la obra de Aguiar citada en esta nota (pp. 299 y ss.): "El Estado es responsable internacionalmente por sus hechos ilícitos (artículo 1o.); hay hecho ilícito cuando la acción u omisión correspondiente son atribuibles al Estado y constituyen violación de una obligación internacional a cargo de éste (artículo 3o.); y existe dicha violación 'cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él

cho ajeno.⁸ Y cuando el orden jurídico —es decir, el legislador— estima necesario regular la conducta y prever las consecuencias del incumplimiento de los deberes atribuidos por esa regulación, lo hace de manera gradual y selectiva.

En estos términos, no se acomoda a todas las faltas una misma consecuencia severísima: las sanciones penales. Se echa mano primero —y con preferencia— de otros remedios menos graves: sanciones civiles o administrativas. Por ello, los penalistas hablan de la “mínima intervención del Estado”, como regla de oro del Derecho penal contemporáneo de orientación democrática. Podemos ampliar esa expresión y hablar de la “racional intervención del Estado”, ya no sólo en materia penal, sino en todos los espacios de la vida social jurídicamente regulada. Y racional, en este caso, no quiere decir abundante, sino necesaria, suficiente, adecuada. Menos que eso, arruinaría la seguridad. Más que eso, comprometería la justicia.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL

1. *Obligaciones*

Lo que acabo de decir pudiera expresarse también, gráficamente, como una sucesión de “planos de responsabilidad” que se muestran en otros tantos círculos concéntricos. El primero —desde fuera— y más amplio es el correspondiente a la responsabilidad civil. Difícilmente se entendería la responsabilidad penal sin abordar también la civil, que

exige (una) obligación internacional (artículo 16)”. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “La jurisdicción interamericana sobre derechos humanos. Actualidad y perspectivas”, *Estudios jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, serie: Doctrina jurídica, núm. 30, p. 301. Ahora bien, algunas dificultades presenta la reparación del daño como resultado de un hecho ilícito, por ejemplo “cuando como resultado del incumplimiento de una obligación internacional, el Estado no ocasionó daño alguno y, por ello, no hay daño que indemnizar. En este caso es una imposibilidad jurídica intentar reparar un daño que no ha sido causado. Esto no impide que pudiera hablarse de la violación de una norma de Derecho internacional. Un obstáculo más a la teoría tradicional consiste en que se ha reconocido que un Estado puede tener el deber de reparar un daño como consecuencia de la realización de hechos ilícitos”. DÍAZ, Luis Miguel, *Responsabilidad del Estado y contaminación*. Aspectos jurídicos, México, Ed. Porrúa, 1982, pp. 52-53.

⁸ Al respecto, es importante la precisión contenida en la Declaración universal de los derechos humanos: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática” (artículo 29.1).

encierra elementos necesarios para ambos espacios de la regulación jurídica. Me detendré brevemente en el estudio de la ley común aplicable a la materia, no sin antes recordar que el trazo de la frontera entre la responsabilidad penal y la civil, y particularmente entre la licitud de ambas especies, es un tema muy explorado. Se ha entendido, siempre en medio de grandes controversias, que dicha frontera se establece a la luz de la trascendencia de los valores (de la persona y de la comunidad) que entran en juego en cada una de esas categorías,⁹ y de la gravedad de la lesión producida o del peligro creado.

Como dije, hablar de responsabilidad es aludir a ciertas consecuencias jurídicas de un hecho o un acto determinados. Esto nos coloca en el campo de las obligaciones. En los términos del Código Civil Federal,¹⁰ las fuentes de las obligaciones son: el contrato, la declaración unilateral de voluntad, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, los actos ilícitos y el riesgo profesional (artículos 1792 y siguientes).¹¹ Agreguemos: la ley, que a su turno regula todas las figuras mencionadas. Desde luego, existen otras clasificaciones, que no tiene caso pormenorizar ahora.¹² Para nuestro estudio poseen relevancia la ley, el contrato, el acto ilícito y el riesgo creado.

La ley es una fuente general de obligaciones; en ella se sustentan las restantes. Es obvio que ni el contrato, ni el acto ilícito, por ejemplo, pueden producir consecuencias que la ley no disponga o no permita; por lo demás, es precisamente en aquélla donde se hallan los conceptos mismos de contrato y acto ilícito. Inclusive si se acepta, como en un tiempo, que el convenio es *lex inter partes*, habrá que admitir que lo es porque otra norma —la ley, precisamente— reconoce eficacia a la voluntad de los particulares para engendrar deberes y derechos.¹³

⁹ En ese sentido, cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, t. V, *Obligaciones*, 5a. ed., México, Ed. Porrúa, 1985, vol. II, pp. 122-123.

¹⁰ Que citaré como Cc.

¹¹ Idénticas disposiciones encontramos en el Código Civil para el Distrito Federal (*Gaceta Oficial del Distrito Federal*, del 25 de mayo de 2000). Cuando no sea así, se hará el señalamiento correspondiente.

¹² Cfr. BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 15a. ed. México, Ed. Porrúa, 1997, pp. 62-64; ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, t. V, *Obligaciones*, 5a. ed., México, Ed. Porrúa, 1985, vol. I, p. 180; DE PINA, Rafael, *Elementos de Derecho civil mexicano*, 8a. ed., México, Ed. Porrúa, 1993, vol. III, pp. 59 y ss.; y BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones civiles*, 3a. ed., México, Ed. Harla, 1984, p. 31.

¹³ Ramón Sánchez Meda afirma que la “mencionada expresión que equipara la ley general al contrato como una ley de las partes, hay que aceptarla sólo en forma metafórica, en el sentido de que ninguna de las partes puede sustraerse al deber de observar el mismo contrato, sino que ha de cumplirlo y respetar la palabra dada

El Código Civil Federal, que ahora examinamos, tiene aquel rango precisamente: es una ley, que preside una buena parte de las relaciones jurídicas que comúnmente aparecen en el trato social cotidiano. Entre ellas se cuentan las relaciones entre los profesionales —los de la medicina y sus auxiliares, por ejemplo— y las personas que recurren a sus servicios.

El contrato ocupa un lugar muy destacado entre las fuentes de las obligaciones. Es una especie del género convenio. Éste es “el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones” y derechos (artículo 1792 Cc); y los contratos son “convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos” (artículo 1793). Conviene decir de una vez que la relación entre un profesional que actúa por su cuenta —no así el empleado de un organismo público de salud o seguridad social— y la persona que lo requiere y recibe sus servicios es una relación contractual. En efecto, entre esos sujetos surge un vínculo regulado por el Derecho, que trae consigo ciertas consecuencias para cada uno de ellos. Abajo aludiré al acto específico que en este orden interesa: el contrato de prestación de servicios profesionales.

En este punto es necesario revisar brevemente el concepto de capacidad, inherente a la personalidad jurídica y vinculado con nociones que revisten la mayor importancia para el estudio que estamos realizando, específicamente las relativas a disposición de bienes jurídicos y a consentimiento informado y eficaz.

Hay dos vertientes de la capacidad jurídica: de goce y de ejercicio. La primera se resume en la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones y la segunda en la de realizar actos propios con eficacia jurídica.¹⁴ Se distingue entre quienes cuentan con plena capacidad de

pacta sunt servanda”. De los contratos civiles. Teoría general del contrato. Contratos en especial. Registro Público de la Propiedad, 14a. ed., México, Ed. Porrúa, 1995, p. 83.

¹⁴ Cfr. el siguiente criterio jurisprudencial: “Tratándose de la capacidad jurídica se distingue entre la de goce y la de ejercicio; la primera es la cualidad de ser sujeto de derechos y obligaciones y, por consiguiente, es inherente e inseparable a toda persona, y la segunda consiste en la posibilidad de efectuar manifestaciones de voluntad jurídicamente eficaces; dicha capacidad de obrar tiene casos de excepción específicos, como son la interdicción, la minoría de edad, la falta de personalidad, mismas que constituyen un impedimento para efectuar actos jurídicos por sí mismo, como comparecer a juicio a deducir sus derechos”. Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis: VI.2o.150 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo VII, enero 1998, p. 1092, materia civil, precedente: Amparo en revisión 613/97, 9 de octubre de 1997, unanimidad de votos, ponente: Carlos Lora-Muñoz.

goce y ejercicio, y que por ello pueden autodeterminarse y actuar con libertad y eficacia, y quienes tienen capacidad limitada, cuyas restricciones hacen necesario que otra persona actúe en nombre y representación del incapaz.

La patria potestad y la tutela figuran entre los medios instituidos por la ley para la protección, el apoyo y la representación de personas con capacidad restringida o condicionada, en lo que respecta a diversas actuaciones relacionadas con la persona y los bienes del incapaz.¹⁵ La patria potestad se ejerce por los padres, los abuelos y los adoptantes de los menores de edad no emancipados.¹⁶ La tutela opera cuando no existe patria potestad. El objeto de la tutela es la “guarda de la persona y bienes de los que no están sujetos a patria potestad, tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede tener también por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley” (artículo 449 del Cc).

Hay diversas categorías de sujetos con incapacidad natural y legal: por una parte, los menores de edad; por la otra, “los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan interva-

¹⁵ Julián Gúitrón Fuentes, en su estudio sobre la protección jurídica al menor, considera que la protección al mismo, se ha plasmado en la Constitución, las leyes civiles mercantiles, penales, laborales, agrarias, administrativas, sanitarias y de seguridad social. Específicamente, alude a los siguientes artículos y leyes: artículo 31 constitucional, fracción I, que señala como obligación de los mexicanos, hacer que sus hijos o pupilos concurren a las escuelas para obtener la educación elemental; artículo 6o. de la Ley de Amparo, que autoriza al menor a solicitar amparo sin la intervención de su legítimo representante, cuando éste se halle ausente o impedido, en cuyo caso el juez competente deberá procurarle un representante; artículos 14, 29 y 175 de la Ley Federal del Trabajo que establece la prohibición de que los menores de 14 años trabajen, y ciertas restricciones protectoras del desarrollo físico y mental de los menores de 16 años; las leyes del ISSSTE y del Seguro Social respecto de la seguridad social de los menores e incapacitados; la Ley Federal de Radio y Televisión y Ley de Imprenta y el Reglamento de Revistas Ilustradas, respecto de la materia educativa; así como otras disposiciones que protegen al menor en su desarrollo, intelectual, físico, moral y cultural, en beneficio de los menores, de la familia y del Estado mexicano. Cfr. *¿Qué es el Derecho familiar?*, 3a. ed., México, Promociones Jurídicas y Culturales, S. C., 1987, pp. 104-108.

¹⁶ Por virtud de la institución de la patria potestad —se afirma— el Estado puede “intervenir y actuar como sustituto de los padres para aquellas personas que no son capaces de cuidarse por sí mismas o corren el riesgo de dañarse ellos mismos”. Incluso posee el Estado, “autoridad [...] para detener, con objeto de que reciban tratamiento y proteger a la sociedad, a aquellos individuos que son considerados peligrosos y para su propia protección”. KOLB, Lawrence C. y BRODIE, Keith H., *Psiquiatría clínica*, México, Ed. Interamericana, S. A. de C. V., 1987, p. 810.

los lúcidos, y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los sicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio” (artículo 450).¹⁷

La tutela se clasifica en testamentaria, legítima y dativa. Reviste un apreciable contenido ético y genera importantes obligaciones a cargo de quien la ejerce, puesto que, como ya señalé, se pretende proteger al pupilo tanto en su persona como en lo que respecta a sus bienes.¹⁸ En lo que atañe a la persona, hay que tomar en cuenta obligaciones de cuidado, educación y alimentación. Dentro de aquella categoría figuran deberes relativos al tema que revisamos: “el tutor debe cuidar la salud mental y física del pupilo. Deben tenerse los cuidados semejantes a los de un padre”.¹⁹ Por ello se establece, entre otras obligaciones, la de “destinar de preferencia, los recursos del incapaz a la curación de sus enfermedades o a su regeneración si es un ebrio consuetudinario o abusa habitualmente de las drogas enervantes” (artículo 537 fracción II). En estos casos el tutor debe “presentar al Juez de lo Familiar, en el mes de enero de cada año, un certificado de dos médicos psiquiatras que declaren acerca del estado del individuo suje-

¹⁷ En el Código Civil para el Distrito Federal tienen incapacidad natural y legal los menores de edad y “los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla” (artículo 450).

¹⁸ Es por ello que la ley “permite que la tutela se ejerza por personas que reúnan ciertas características como son: honestidad, edad suficiente y juicio de discernimiento; modo adecuado de vida y, sobre todo, tener la vocación de proteger a un menor o a un incapaz”. De esta manera se explica que exista imposibilidad de llevar a cabo la tutela respecto de ciertas personas: los que “hayan cometido delitos patrimoniales como son el robo, el abuso de confianza, estafa, fraude o, por delitos contra la honestidad. Igualmente quienes tengan conflictos económicos con el pupilo o el incapaz. Tampoco pueden ser tutores los jueces, magistrados y otros empleados de la administración de justicia o quienes padezcan una enfermedad crónica o contagiosa”. GÜTRÓN FUENTEVILLA, *¿Qué es el Derecho familiar?*, op. cit., p. 267.

¹⁹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *La familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*, México, Ed. Porrúa, 1992, p. 387.

to a interdicción, a quien para ese efecto reconocerán en presencia del curador”.²⁰

Ahora bien, para que un individuo quede sujeto a tutela en condición de incapaz, se requiere declaración judicial, que se obtiene mediante juicio seguido entre el solicitante y un tutor interino, ante un Juez de lo Familiar.²¹ Se trata, en la especie, del proceso de interdicción. Para tal fin hay que realizar determinadas diligencias prejudiciales contempladas en el artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, cuya constitucionalidad ha sido cuestionada.²²

La tutela concluye cuando desaparecen los supuestos de hecho y/o derecho que le dieron origen, es decir, cuando el menor alcanza la mayoría de edad, o bien, cuando el mayor de edad en interdicción “recupera plenamente el ejercicio de sus facultades y derechos”, lo cual se declara igualmente mediante sentencia judicial.²³

Con apoyo en las consideraciones precedentes, podemos continuar el examen del contrato en general, refiriéndonos a algunos de sus elementos con mayor pertinencia para nuestro estudio. En efecto, para que exista un contrato es preciso que se actualicen ciertos elementos.

²⁰ Dispone el artículo 618 que todos “los individuos sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además del tutor tendrán un curador, excepto en los casos de tutela a que se refieren los artículos 492 y 500”. El curador está obligado a “defender los derechos del incapacitado, en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor; [...] a vigilar la conducta del tutor y a poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado; [...] a dar aviso al juez para que se haga el nombramiento de tutor, cuando éste faltare o abandonare la tutela; [...] a cumplir las demás obligaciones que la ley señale” (artículo 626).

²¹ CHÁVEZ ASENCIO, *La familia...*, *op. cit.*, p. 380.

²² Se afirma en tesis jurisprudencial, que “la citada norma legal permite que se tomen determinaciones que restringen de manera absoluta la capacidad de ejercicio del señalado incapaz, con lo que se produce una afectación de tal entidad que constituye propiamente un acto de privación, sin que en ninguna parte del precepto legal se establezca la obligación de darle intervención desde el inicio del procedimiento de interdicción, para que esté en aptitud de alegar y probar su lucidez, además de que no existe un plazo perentorio para el ejercicio de la acción de interdicción, en el juicio ordinario que regula el artículo 905 del citado código adjetivo”. Novena época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia, tesis: P.XXXI/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XI, marzo de 2000, p. 93, materia constitucional, civil, precedentes: Amparo en revisión 579/99, 29 de noviembre de 1999, mayoría de siete votos, ponente: Mariano Azuela Güitrón.

²³ CHÁVEZ ASENCIO, *La familia...*, *op. cit.*, p. 397.

Uno de ellos, cuya comprensión tiene suma importancia para el tema que ahora examinamos, es el consentimiento.²⁴ Éste implica la aceptación de obligarse y adquirir derechos, la cual, a su vez, supone una información adecuada acerca de lo que se pretende y admite, y una voluntad libre, no viciada, por parte de los sujetos de la relación jurídica. Si no hay consentimiento, no hay contrato, como tampoco lo hay si la relación jurídica carece de objeto; es decir, de aquello que se quiere, se busca, se conviene; lo que se debe dar o no dar, o bien, en su caso, hacer o no hacer (artículo 1824). Sería impensable —en el orden jurídico— un contrato sin objeto y sin consentimiento de las partes. Añadamos que “el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo” (artículos 1812 y 1795 fracción II);²⁵ y que el hecho positivo o negativo que sea objeto del contrato debe ser posible y lícito (artículo 1827).

El consentimiento, esto es, la admisión informada, consciente y libre del compromiso, puede ser expreso o tácito (artículo 1803),²⁶ además, puede provenir del sujeto que adquiere el compromiso, en forma inmediata y directa, o de otra persona, que válidamente representa a aquél, sea porque lo dispone la ley, sea porque así lo han convenido el representante y el representado (artículos 1800 y 1801). Piénsese, por ejemplo, en el caso de los incapaces —menores de edad o enfermos mentales— que no pueden consentir válidamente por sí mismos, sino deben hacerlo por conducto de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad o la tutela, según corresponda.

Es indispensable, pues, que se reconozca la posibilidad de actuar y obligarse —o adquirir derechos— por medio de la representación, que existe “cuando una persona celebra un contrato o un acto jurídico en nombre y por cuenta de otra, de tal manera que los efectos se referi-

²⁴ Elemento esencial o de existencia del contrato. Cfr. SÁNCHEZ MEDAL, *De los contratos...*, *op. cit.*, p. 27.

²⁵ A decir de Sánchez Medal, aunque “exista el consentimiento en un contrato, puede ser deficiente por falta de conocimiento o por falta de libertad, esto es, por un vicio que afecte a la inteligencia (error o dolo) o por un vicio que afecte a la voluntad (violencia) o por un vicio que afecte a una y a otra facultad (la lesión)”, *ibidem*, p. 50.

²⁶ Es importante recordar el texto de ese artículo: “El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente: [...] Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y [...] El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente”.

rán al patrimonio y a la persona de aquel que no ha intervenido en el acto jurídico, denominado representado y no afectará el patrimonio del representante, que sí intervino en dicho acto”.²⁷

Una vez que las partes han consentido, el contrato es perfecto, a no ser que la propia ley exija determinada formalidad, o incluso cierta solemnidad; y cuando el contrato se ha celebrado, obliga “a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley” (artículos 1796 y 1832).

Supongamos, pues, que el contrato se ha celebrado debidamente y produce, por lo mismo, todos sus efectos. Esto implica que las partes han contraído obligaciones y derechos: deben cumplir aquéllas y pueden ejercer éstos. Sin embargo, cabe la posibilidad de que alguna de las partes —o ambas— incumpla el contrato, es decir, no atienda las obligaciones que tiene a su cargo en virtud del convenio. De aquí surge una responsabilidad civil de carácter contractual,²⁸ que apareja ejecución forzosa²⁹ y, en su caso, indemnización por el daño causado, cuyas características y alcance también regula el Cc.³⁰ Conviene precisar que esa responsabilidad de carácter civil puede entenderse como resultado de cualquier incumplimiento de esta misma naturaleza —res-

²⁷ ROJINA VILLEGAS, *Derecho civil...*, t. V, vol. I, *op. cit.*, p. 389.

²⁸ “La responsabilidad contractual es aquella que tiene su origen en la infracción de un vínculo obligatorio preexistente, es decir, la que tiene como presupuesto la existencia de una obligación, que exige, en caso de quedar incumplida, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento”. DE PINA, *Elementos...*, vol. III, *op. cit.*, p. 232.

²⁹ La efectividad de la obligación, no obstante el incumplimiento, se logra por la ejecución forzosa: directa, que “tiene como finalidad procurar al acreedor el objeto mismo de la obligación incumplida”, o indirecta, que se resume en “el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento, mediante la indemnización correspondiente”, *ibidem*, pp. 170-171.

³⁰ Marcelo Rodríguez Jordán señala que la responsabilidad no siempre es contractual y enumera algunas hipótesis a este respecto: “Cuando el servicio médico es requerido por una persona distinta del paciente y que no es su representante, cuando el médico comete un delito penal, cuando el contrato entre médico y paciente es nulo, cuando el médico actúa en contra de la voluntad del paciente, cuando la relación entre médico y paciente es impuesta coactivamente (ej.: examen médico para el servicio militar), etcétera. En tales supuestos su responsabilidad será medida en la órbita extracontractual”, *Mala praxis médica. Responsabilidad penal, civil y administrativa*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 157. Cfr. también, FAL, Marina A., “Seguro contra la responsabilidad civil-médica”, *Daño y protección a la persona humana*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1999, p. 247 y FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 44. Se ha sostenido que la responsabilidad médica generalmente tiene origen contractual; así lo advier-

ponsabilidad en sentido *lato*³¹ o como consecuencia de un hecho o acto ilícito. En este último caso, estaríamos en la órbita de la llamada responsabilidad aquiliana o extracontractual.³² Adelante volveré sobre el tema.

Para afrontar el incumplimiento, las partes pueden establecer en el propio contrato la llamada cláusula penal, que prevé “cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida”; si se fijó, pues, una pena convencional, el acreedor puede exigir el cumplimiento del contrato o el pago de aquélla; si ocurre lo segundo, la consecuencia del incumplimiento para el contratante omiso queda circunscrita a la pena convencional (artículos 1840 y 1846).³³

Vayamos a la otra posibilidad que interesa más para el objeto de nuestro estudio: no se cumple el contrato y no existe cláusula penal. En este supuesto, el Cc dispone: “El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo conve-

te la mayoría de los autores y jueces argentinos. Cfr. URRUTIA, Amílcar R. *et al*, *Responsabilidad médico-legal de los obstetras*. Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1995, p. 41. En el mismo sentido cfr. URRUTIA, Amílcar R. *et al*, *Responsabilidad médico-legal de los anestesiistas*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1996, pp. 46-47. Excepcionalmente se tratará de responsabilidad extracontractual, como en las siguientes hipótesis: “Las que pueden tipificarse como ilícito penal o como violación de disposiciones reglamentarias de la profesión; o en ausencia de todo contrato médico-paciente; o en caso de negativa del médico a cumplir con la obligación de prestar asistencia en casos urgentes y graves; o que se corresponden con la atención de un paciente en estado de inconsciencia o contra la voluntad del mismo”, *ibidem*, p. 47.

³¹ Manuel Bejarano Sánchez señala que la responsabilidad civil es “el nombre que toma la obligación generada por el hecho ilícito (y también por el ‘riesgo creado’ [...]), la cual se traduce en la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otros”. *Obligaciones...*, *op. cit.*, p. 222; asimismo, pp. 239-240. En otro lugar de su obra, el mismo autor señala que “responsabilidad civil es la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otro, por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo”, *ibidem*, p. 262.

³² “El orden legal argentino, contempla dos tipos de reparación de daños; el primero que surge de la violación de obligaciones privadas (contrato), y el segundo derivado de la violación a la ley, de donde surge la responsabilidad extracontractual o aquiliana”. ACHÁVAL, Alfredo, *Responsabilidad civil del médico. Libertad, verdad y amor en una profesión*, 2a. ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1992, p. 22.

³³ Se han establecido como características de la cláusula penal que, en caso de hacer uso de ésta, ya no se podrá intentar la reclamación de daños y perjuicios, y que la pena convencional “no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal [además], si la obligación fue cumplida en parte, la pena debe pagarse en la misma proporción”. JUÁREZ ZAMUDIO, Miguel, *Responsabilidad penal de los médicos*, México, Ed. Delma, 2000, p. 78.

nido, será responsable de los daños y perjuicios” (artículo 2104), en la inteligencia de que el daño es “la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación” (artículo 2108).³⁴ “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” artículo 2110).

Al lado del daño patrimonial puede aparecer un daño moral —contemplado por el Cc entre las obligaciones que nacen de los actos ilícitos—, que la ley entiende como “la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás” (artículo 1916).³⁵ El perjuicio consiste en “la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación” (artículo 2109). Tómese en cuenta, igualmente, que cuando el incumplimiento recaiga sobre un hecho que debió realizar el deudor —como lo es un trabajo en favor del acreedor— éste tiene el derecho de pedir que se ejecute por otro, si la sustitución es posible (artículo 2027).

Antes mencioné que tienen especial interés para este examen, además de la ley y el contrato, otras dos fuentes de obligaciones: el riesgo creado, del que se desprende una responsabilidad objetiva, y el acto ilícito. Sucede que ambas fuentes se hallan recogidas en el Cc bajo un solo concepto: “De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos” (capítulo V del título primero, en la primera parte del libro cuarto del citado código); esta recepción es errónea, porque la responsabilidad objetiva no implica un acto ilícito, como enseguida veremos.

Tradicionalmente, la responsabilidad jurídica dependió de un dato subjetivo del sujeto obligado: el dolo o la imprudencia con que actuaba. Esto bastó hasta la era de las máquinas. Se observó entonces que

³⁴ El daño es condición *sine qua non* de la responsabilidad civil; para que haya ésta se requiere —puntualiza Rojina Villegas— que existan culpa, daño y relación causal entre el hecho y el daño. Cfr. *Derecho civil...*, t. V, vol. II, *op. cit.*, p. 129.

³⁵ Este “es toda lesión sufrida por la víctima en sus valores espirituales: honor, honra, sentimientos y afecciones”. No es posible reparar los valores espirituales o el honor lesionados; por ello, el Derecho ha desarrollado la fórmula de una compensación económica para la víctima o sus herederos, además de la sanción penal, en su caso. Cfr. *ibidem*, pp. 130-131 y 138. Según Bejarano Sánchez, el daño moral “es la lesión que una persona sufre en sus sentimientos, afecciones, creencias, honor o reputación, o bien en la propia consideración de sí mismas como consecuencia de un hecho de tercero, antijurídico y culpable, o por un riesgo creado”. *Obligaciones...*, *op. cit.*, p. 246.

la incorporación de instrumentos complejos en los procesos de producción y prestación de servicios, traía consigo una vasta suma de riesgos que podían culminar en daños tan graves como frecuentes sobre las personas y las cosas, de manera totalmente desvinculada de la voluntad del dueño o administrador de esos instrumentos. En este orden, considérense los peligros que aparejan las máquinas utilizadas por los obreros en las faenas industriales; de éstas proceden incontables infortunios del trabajo, que merman la capacidad física o psíquica del operario, sin que esa disminución se origine, necesariamente, en la mala fe o la negligencia del patrón o sus representantes.³⁶ Tómese en cuenta, igualmente, el amplísimo conjunto de riesgos que involucra el transporte de personas y mercancías en vehículos impulsados por máquinas; así, el tránsito automovilístico en los grandes centros urbanos causa más defunciones, lesiones y daños que la mano armada de los delincuentes.³⁷

Para enfrentar ese fenómeno de la vida moderna, se ideó una teoría: la responsabilidad por el riesgo creado, desvinculada de toda consideración subjetiva acerca del sujeto que devendría responsable por los daños causados. Se trataba, pues, de una responsabilidad objetiva. Esta es “una fuente de obligaciones reconocida en algunos códigos de este siglo —escribe Rojina Villegas—, por virtud de la cual, aquel que hace

³⁶ La siguiente resolución es ilustrativa de esta situación: “La teoría de los riesgos profesionales, elaborada en torno del concepto de responsabilidad objetiva, como noción fundamental, en contraposición a la idea de responsabilidad subjetiva, pone a cargo de la empresa, como unión o concurrencia de los diversos factores de la producción, la responsabilidad por los infortunios de trabajo, en su doble aspecto de accidentes y enfermedades profesionales, cuando unos y otras sobrevienen con motivo o en ejercicio de la profesión o del trabajo que ejecutan los trabajadores, o del medio en que se ven obligados a laborar, de tal manera que la causa de la lesión o de la perturbación funcional debe radicar en el trabajo o ser consecuencia ordinaria de su naturaleza o del medio en que se desarrolla”. Sexta época, Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, parte: CXX, quinta parte, p. 92, precedente: Amparo directo 2025/60, 30 de octubre de 1963, unanimidad de 4 votos, ponente: Manuel Yáñez Ruiz. Cfr. sobre el tema, TISSEBAUM, Mariano R., *La prevención y reparación de los infortunios del trabajo; régimen legal nacional e internacional*, Santa Fe, Argentina, Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, 1938, y GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *Antecedentes del Seguro Social en Guatemala; la responsabilidad civil y los infortunios del trabajo*, Guatemala, Editorial Universitaria, 1964.

³⁷ En 1997 hubo 706 muertes y 6,764 lesiones por accidentes de tráfico terrestre; en tanto que fueron sentenciados 515 delincuentes por homicidio doloso y 1,342 por lesiones dolosas. Fuente: INEGI, *Anuario Estadístico del Distrito Federal, 1998*, <http://www.df.gob.mx>.

uso de cosas peligrosas, debe reparar los daños que cause, aun cuando haya procedido lícitamente”.³⁸

George Ripert describe la evolución de las ideas sobre responsabilidad civil. En un principio sólo se aceptaba la responsabilidad subjetiva —señala—, que fue gradualmente complementada a través de nuevas reglas.³⁹ Hasta aquel momento, cuando se presentaba un caso fortuito “sólo había que dejar a la víctima que gimiera bajo los golpes del destino”. Más tarde se resolvería de otra forma el dilema entre el débil y el fuerte: los riesgos debe soportarlos quien está en mejor posibilidad de hacerlo.⁴⁰ Así, cuando se actualiza el infortunio, el Derecho contemporáneo “mira del lado de la víctima, y no ya del lado del autor. Si el derecho no puede desinteresarse de la conducta de los hombres, ha de evitarse que a cada momento el juez deba apreciar esa conducta”.⁴¹

Ripert ilustra lo anterior de la siguiente manera: “Aglomerada alrededor del automóvil que acaba de atropellar a un peatón, la multitud no se pregunta si el chofer conducía correctamente, o si el atropellado fue imprudente; ¡grita con voz alta que el burgués que pasea en automóvil puede pagar el riesgo que ha creado él por divertirse!”⁴² En consecuencia, se tiende a sustituir la idea de responsabilidad por la de reparación.

A la hora de precisar a cargo de quién correría la obligación reparadora, la víctima se dirigió al sujeto más cercano en la relación contractual. Así, la responsabilidad proveniente de un delito dio paso a la responsabilidad contractual.⁴³ Primero, se pensó en el contrato de trabajo; el trabajador lesionado en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de ese contrato solicita de manera natural que el patrón lo indemnice, no obstante que éste no incurrió en culpa; para ello, el

³⁸ *Derecho civil...*, t. V, vol. II, *op cit.*, p. 67. Los elementos de esta nueva fuente de obligaciones, “producto principalmente del maquinismo y de la industria moderna”, son el uso de cosas peligrosas, un daño de carácter patrimonial y una relación causal entre el hecho y el daño, *ibidem*, p. 68.

³⁹ *El régimen democrático y el Derecho civil moderno*, trad. José M. Cajica Jr., México, Ed. José M. Cajica Jr., 1951, p. 267.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 280.

⁴¹ *Ibidem*, p. 267.

⁴² *Ibidem*, p. 280.

⁴³ *Ibidem*, p. 261.

obrero invoca el derecho a la seguridad en el trabajo.⁴⁴ Así se reconoció en sentencias influidas por un designio democrático. El contrato de trabajo genera una obligación de seguridad,⁴⁵ que tiene fuente legal, corresponde al orden público y se halla implícita en el convenio.⁴⁶

El Código Civil francés no incluyó el imperativo de que “en los contratos el acreedor deba soportar la carga de la seguridad del deudor”. Una disposición de esta índole, que establecería una especie de seguro, hubiera sido contraria a los principios individualistas y liberales. “En el cumplimiento de las obligaciones, cada contratante corre riesgos; a ellos corresponde estimarlos para exigir una remuneración mayor”.⁴⁷ Para superar este concepto, el juez y el legislador desplazaron el riesgo desde la víctima hacia el que está en aptitud para soportar la carga.⁴⁸ Este desplazamiento establece el equilibrio al imponer una carga al más fuerte; se trata de una obra de nivelación.⁴⁹ Este efecto se funda en diversas teorías: una de ellas, la de solidaridad social; otra, la que identifica en la sucesión de acontecimientos una cadena que atribuye el resultado fortuito a un acto inicial del hombre.⁵⁰

El principio de solidaridad social es bien conocido para el Derecho (que no puede separarse de los ideales e intereses sociales), pero generalmente se ha destacado más su carácter de facultad o prerrogativa, que la función que cumple en las relaciones sociales. Emparentada con el antiguo concepto de la fraternidad cristiana, sólo en nuestros tiempos se ha hecho de “la solidaridad una teoría científica, de bases biológicas, sociológicas y jurídicas”.⁵¹

⁴⁴ No “se trata más de una responsabilidad delictuosa basada en una falta o culpa, sino de una responsabilidad legal, que tiene su fundamento en que el riesgo de la empresa debe quedar a cargo de la propia empresa, es decir, de aquel que percibe de ella los principales beneficios”. JUÁREZ ZAMUDIO, *Responsabilidad penal...*, op. cit., p. 66.

⁴⁵ RIPERT, *El régimen democrático...*, op. cit., p. 270.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 269.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 291.

⁴⁹ Así lo sostiene también José Castán Tobeñas, al afirmar que: “razones de equidad hacen aconsejable adoptar el principio objetivo en aquellos casos excepcionales en los que la desigualdad de las situaciones haría notoriamente injusta la no reparación del daño causado sin culpa. En este sentido se van inspirando las legislaciones modernas”. *Hacia un nuevo Derecho civil*, Madrid, Editorial Reus, 1993, p. 121.

⁵⁰ RIPERT, *El régimen democrático...*, op. cit., p. 291.

⁵¹ CASTÁN TOBEÑAS, *Hacia un nuevo Derecho civil*, op. cit., p. 49.

El estatuto de solidaridad corrige los excesos que pudieran provenir del más amplio ejercicio de la libertad. Se infiltra en las instituciones de Derecho social y Derecho privado, transformándolas, dotándolas de un nuevo matiz y de un nuevo espíritu.⁵² La aplicación del principio de solidaridad renueva el sentido de la responsabilidad civil, dejando a un lado la idea de falta y aceptando la idea de riesgo creado.⁵³ La “doctrina moderna, no contenta con hacer más extensa la responsabilidad, llevando a su órbita casos e hipótesis que en los viejos Códigos escapaban a su acción, tiende a cambiar la base misma de aquélla, sustituyendo la idea de culpa por los nuevos principios y teorías de la responsabilidad causal (*Causalhaftung*), del riesgo y otros”.⁵⁴

En opinión de Ripert, la obligación reparadora deriva de la posesión de bienes materiales (de su uso, de su guarda, del poder); y sentencia: los juristas, que discuten sobre las nociones de presunción, contrato y guarda para fundamentar jurídicamente el deber de reparación a cargo de una persona que no ha incurrido en culpa, “no quieren ver la verdad, es decir, el poder de una acción política que desplaza el riesgo para proteger la debilidad y oprimir la riqueza”.⁵⁵

En suma, se llegó a la admisión de un principio general que deberá asegurar el orden social, permitiendo la reparación de todos los daños causados: sustituir la idea de culpa por la de riesgo, y la responsabilidad subjetiva, por la objetiva. Aquella conversión es una “conquista del espíritu moderno. El espíritu científico, que estudia la causalidad de los acontecimientos, debe sustituir al teológico que se ocupa de la moralidad de las acciones”.⁵⁶ Un medio para arribar a esta sustitución, consiste en renunciar a toda valoración de la conducta del autor, y sustentar la responsabilidad civil en el riesgo creado, es decir, “sustituir la idea de responsabilidad, por la de garantía y reparación”.⁵⁷

El Cc regula la responsabilidad objetiva en el artículo 1913, que tiene su raíz en la doctrina Demogue⁵⁸ —por lo que hace a la primera

⁵² *Idem*.

⁵³ *Ibidem*, p. 50.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 121.

⁵⁵ *El régimen democrático...*, *op. cit.*, p. 294.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 289.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ Esta doctrina acepta la teoría del riesgo creado: “cuando hay empleo de un organismo peligroso: la electricidad, automóvil, si aquel que lo utiliza no ha cometido ninguna falta o no ha cometido sino una falta ligera, debe ser plenamente responsable”. *Cit. BORJA SORIANO, Teoría general...*, *op. cit.*, p. 441. Señala el mismo

parte—, y en el Código Civil ruso —respecto de la reserva consignada en la parte final—: ⁵⁹ “Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente,⁶⁰ a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.⁶¹ El “núcleo de toda cuestión radica en la idea de daño ‘injustamente causado’

autor: “El hecho material de hacer uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosos por sí mismos, aunque se obre lícitamente, sin culpa alguna, produce la obligación de responder del daño que se cause”, *ibidem*, p. 442.

⁵⁹ Según lo afirma BORJA SORIANO, *idem*.

⁶⁰ Hay responsabilidad objetiva —que es una clase de la responsabilidad civil—, en concepto de Bejarano Sánchez, “si los daños provienen de una conducta lícita, jurídica, inculpable, consistente en aprovechar un objeto peligroso que crea riesgo de daños, responsabilidad fundada en dicho riesgo y que por consiguiente se llama responsabilidad objetiva, por tener su apoyo en un elemento externo como es el riesgo creado”. *Obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 244-245.

⁶¹ Sostiene Juárez Zamudio que la culpa grave de la víctima se encuentra entre las causas que excluyen la responsabilidad civil, junto con la “voluntad de las partes (cláusula de no responsabilidad y la cláusula penal o pena convencional)” y “el caso fortuito o fuerza mayor”. *Responsabilidad penal...*, *op. cit.*, p. 77. En la doctrina española se considera que la culpa de la víctima no es la única causa de exoneración de la responsabilidad; otras causas serían (aunque no lo diga la ley), los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, pues “la responsabilidad objetiva en el campo de la sanidad no implica una utópica garantía de curación, sino simplemente una garantía de indemnización cuando, sin que medie fuerza mayor ni culpa de la víctima, no se alcancen los resultados normalmente previsibles y exigibles”. BEROOVITZ, *cit.* YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “La responsabilidad por culpa en el ámbito médico”, *V Congreso nacional de Derecho sanitario, España*, s/f, p. 32. Por su parte, la doctrina argentina, que admite la responsabilidad objetiva aplicada a la práctica médica, establece algunos supuestos de culpa de la víctima (el paciente): “negativa a recibir asistencia, incumplimiento de prescripciones médicas esenciales y —como eximente parcial— agravamiento del daño”. *Cfr. URRUTIA et al., Responsabilidad médico-legal de los anestesiistas, op. cit.*, p. 223. Resulta interesante la opinión de Miguel Ángel Quintanilla García a este respecto. Este autor señala que la mayoría de los autores coinciden en que la responsabilidad civil a causa de las cosas peligrosas, estipulada en el artículo 1913 del Cc, es un ejemplo claro de la teoría del riesgo o responsabilidad sin culpa, y considera que esa apreciación es inexacta, porque en realidad se trata de un problema de prueba. En efecto, afirma, “nótese que la persona que hace uso de mecanismos peligrosos será responsable, es decir, se presume su culpa. Sin embargo, al agregar el precepto que podrá demostrar para su exoneración la culpa inexcusable la víctima, pensamos que también le es dable demostrar un caso fortuito, o bien la culpa de un tercero”. *Derecho de las obligaciones*, México, Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, Departamento de Publicaciones, 1979, pp. 97-98.

que no debe ser soportado por la víctima";⁶² más aún, la doctrina ha expuesto que no se responde sólo por el daño injustamente causado, sino por el que ha sido "injustamente sufrido", cuando "es injusto que lo soporte quien lo recibió".⁶³ El artículo 24 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, se orienta en el mismo sentido: "la persona que haya sufrido un daño injustificado como resultado de una intervención tendrá derecho a una reparación equitativa en las condiciones y modalidades previstas por la ley".

En principio, la regla sobre responsabilidad objetiva parecería aplicable a los practicantes de la medicina, que actúan bajo una relación contractual —formada con expreso o tácito consentimiento de las partes— con sus pacientes. En efecto, frecuentemente utilizan instrumentos con características que se aproximan o de plano se identifican con las mencionadas en dicho precepto.⁶⁴ Sin embargo, el propio Cc contiene una consideración específica sobre la responsabilidad de los profesionales, que invocaré al examinar, *infra*, el contrato de prestación de servicios profesionales.⁶⁵

La moderna doctrina sobre responsabilidad objetiva ha superado la consideración de que es el riesgo la única fuente generadora de este tipo de responsabilidad y sostiene que también existe responsabilidad objetiva cuando se ha generado una expectativa de confianza.⁶⁶

⁶² CARRILLO FABELA, Luz María Reyna *et al.*, *La responsabilidad profesional del médico*, México, Ed. Porrúa, 1998, p. 148.

⁶³ LÓPEZ OLACIREGUI, José M., *Esencia y fundamento de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, RDCO, Depalma, 1978, t. II, p. 941; *cit.* TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, "Responsabilidad objetiva derivada de la relación de confianza", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (directora) y PARELLADA, Carlos A. (coordinador), *Derecho de daños*. Segunda parte. *Homenaje al profesor doctor Félix A. Trigo Represas*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1996, p. 557.

⁶⁴ Carrillo Fabela señala que el solo manejo de equipo médico ya implica riesgo. *La responsabilidad profesional...*, *op. cit.*, p. 147. Se entiende por equipo médico a "los aparatos, accesorios e instrumental para uso específico, destinados a la atención médica, quirúrgica o a procedimientos de exploración, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de pacientes, así como aquellos para efectuar actividades de investigación biomédica" (artículo 262 de la Ley General de Salud).

⁶⁵ Se estableció en una jurisprudencia española que "la obligación contractual [...] o extracontractual [...] del médico y, más en general del personal sanitario, es una obligación de medios más que de resultados, descartándose en dicho ámbito de forma categórica toda clase de responsabilidad más o menos objetiva". *Cit.* FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 108-109.

⁶⁶ TRIGO REPRESAS, "Responsabilidad objetiva...", en KEMELMAJER (directora), *Derecho de daños...*, *op. cit.*, p. 542

En Estados Unidos se responsabilizó mediante la *strict liability* (atribución objetiva) a un vendedor de un producto defectuoso, debido a que era “irrazonablemente peligroso para el usuario o consumidor o para su propiedad”;⁶⁷ esa responsabilidad que se extiende al productor aparente, quien a pesar de no crear un riesgo, ni ser guardián del producto, genera confianza en el público a través del empleo de su marca; “de ahí que esta atribución de responsabilidad sea derivada de la noción de riesgo provecho, que nutre a su vez la concepción del riesgo de empresa de la doctrina italiana”.⁶⁸

En suma, la naturaleza de la responsabilidad ha evolucionado. Hoy día —afirma José Manuel Fernández— las “tendencias modernas en materia de responsabilidad civil apuntan hacia una mayor objetivación de la misma”.⁶⁹ Existe inclinación a fincar la responsabilidad sin culpa,⁷⁰ a encontrar responsables sin responsabilidad; por ello se ha afirmado que la responsabilidad fundada en la culpa corresponde a un sistema que tiende a desaparecer;⁷¹ a esto se opone que el régimen que funda la responsabilidad en la culpa es una ‘garantía’ que debería subsistir.⁷²

También el acto ilícito es fuente de obligaciones: “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 1910). Dejemos de lado esta última hipótesis —que existan culpa o negligencia de la víctima—, cuya prueba corresponde a quien sea demandado como sujeto responsable de un acto ilícito, y veamos la regla general que enuncia ese precepto.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 546-547.

⁶⁹ *Sistema de responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 91. Como “señala Santos Briz, la culpa civil ha recibido en nuestros días una colaboración social innegable y el requisito de la culpa ha sido modificado y algunas veces suprimido y en otras suavizado”, *ibidem*, p. 92.

⁷⁰ Así lo señaló Yvone Lambert-Faive, en 1987. La doctrina francesa observa que “la responsabilidad, de ser tratada como deuda del autor, evolucionó hasta adquirir virtualidad de crédito de la víctima. El viejo concepto, desde que el damnificado estaba precisado a establecer [...] todos los presupuestos de la responsabilidad civil: la antijuridicidad, el daño, la culpa, la relación causal. Pero, entendiéndose ahora que la producción del perjuicio es causa fuente de un crédito a favor de quien lo sufre, ese mismo principio de inercia actúa en sentido contrario: el crédito a favor de la víctima subsiste mientras el sindicato como responsable no demuestre lo necesario para desvirtuarlo”, *ibidem*, p. 558.

⁷¹ ROGEL VIDE, *cit. ibidem*, pp. 74 y ss.

⁷² *Idem*.

La ley y el convenio son guía para apreciar la licitud o ilicitud de la conducta; también las costumbres, los usos, es decir, las prácticas amplia y regularmente aceptadas por los individuos como regla de su trato ordinario; y asimismo la buena fe, esto es, la probidad activa, que aconseja ciertos comportamientos y reprueba otros, tomando en cuenta las circunstancias y condiciones en que se vive y trabaja. La actividad humana —y desde luego la específica de los profesionales, en el ejercicio de su actividad característica— deben ajustarse a esos principios y normas; si no sucede así, se incurrirá en una contravención —ilicitud— o se violarán los usos o la buena fe que debieron observarse. En fin de cuentas, el acto ilícito,⁷³ sea por dolo —intención— del responsable, sea por negligencia o imprudencia de éste, que tampoco son lícitas —pues existe un deber legal o convencional de cuidado—, desencadenan una responsabilidad de carácter civil,⁷⁴ en cuyos términos el agraviado puede exigir que se repare el daño causado; esto puede obtenerse, a elección del lesionado, por el restablecimiento de la situación anterior, que no siempre es factible, o el pago de daños y perjuicios (artículo 1915). Tráigase a colación en este punto lo que antes se dijo a propósito del daño patrimonial y moral, y agréguese la posibilidad de que un tercero afronte la reparación del daño causado por otro:⁷⁵ así las personas morales por sus representantes (artículo 1918), los padres, tutores o custodios por los menores de edad o pupillos (artículos 1919 a 1921), los maestros artesanos por sus obreros y dependientes (artículo 1924), los jefes de casa o dueños de hoteles o casas de hospedaje por sus sirvientes (artículo 1925), y el Estado —subsidiariamente, esto es, sólo por incapacidad del directamente res-

⁷³ Bejarano define el hecho ilícito civil como “conducta antijurídica, culpable y dañosa, la cual impone a su autor la obligación de reparar los daños y engendra a su cargo una responsabilidad civil. O dicho de otra manera: hecho ilícito es la violación culpable de un deber jurídico que causa daño a otro y que responsabiliza civilmente”. *Obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 221-222.

⁷⁴ La responsabilidad subjetiva —especie de la responsabilidad civil— que apareja resarcimiento de daños, aparece “cuando éstos han sido causados por una conducta culpable, antijurídica y dañosa —escribe Bejarano—, que tiene por fuente el hecho ilícito y por soporte [la] noción subjetiva de la culpa”; e incurre en culpa “quien proyecta voluntariamente su acción hacia un fin perjudicial y quien, debiendo preverlo no lo ha hecho o columbrándolo, no toma las medidas racionales para evitarlo”, *ibidem*, pp. 237 y 244.

⁷⁵ Que tradicionalmente se sustentó en una “supuesta presunción de culpa, por falta de vigilancia respecto a la conducta del menor o incapacitado o por la negligencia en la elección de las personas con las que existe una relación de trabajo”: *culpa in vigilando y culpa in eligendo*. DE PINA, *Elementos...*, vol. III, *op. cit.*, p. 237.

ponsable— por sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones (artículo 1928).

2. *Prestación de servicios profesionales*

Hasta aquí me he referido a las obligaciones derivadas de un convenio o de otras causas civilmente relevantes. Ahora bien, he dicho asimismo que la relación entre un profesional independiente y quien solicita y recibe sus servicios, suele ajustarse a la figura del contrato.⁷⁶ La relación que ahora analizo corresponde al tipo o especie de contrato estatuido en el Cc bajo el rubro “De la prestación de servicios profesionales”⁷⁷ (artículos 2606 y siguientes), que integra el capítulo II del título décimo —“Del contrato de prestación de servicios”⁷⁸— en la segunda parte del libro cuarto del código mencionado. Es preciso

⁷⁶ Se trata, dice Omaira Zurita, de un “contrato *intuitu personae*, de tracto sucesivo, sinalagmático perfecto a título oneroso y de naturaleza civil, por lo que la obligación que de él deriva es una obligación contractual”. “La responsabilidad civil del médico en el ejercicio liberal de la profesión”, *Revista de Derecho Privado*, Caracas, Venezuela, año 6, núm. único, enero-diciembre, 1989, p. 109. Rafael de Pina señala que este contrato es bilateral, oneroso, de tracto sucesivo o instantáneo (según la naturaleza del trabajo) y consensual”. *Elementos de Derecho civil mexicano*, 7a. ed., México, Ed. Porrúa, 1992, vol. IV, *op. cit.*, p. 165. Para Francisco Lozano Noriega es un contrato bilateral, oneroso, consensual, principal e *intuitu personae*. Cfr. *Cuarto curso de Derecho civil. Contratos*, 5a. ed., México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C., 1990, p. 295.

⁷⁷ Lozano Noriega proporciona el siguiente concepto sobre dicha figura civil: “Es un contrato por virtud del cual una de las partes, llamadas profesionista, mediante una remuneración que toma el nombre de honorario, se obliga a desempeñar en beneficio de la otra, a la que podríamos llamar cliente, ciertos trabajos que requieren una preparación técnica y, en ocasiones, un título profesional para su ejercicio”, *ibidem*, p. 294. Agreguemos que de acuerdo con una tesis jurisprudencial, lo que determina la existencia de este contrato son sus elementos subjetivos y objetivos, “como el que la persona prestataria del servicio sea profesionista, que el servicio lo preste con sus propios medios y se determine expresamente, contando con libertad para realizarlo tanto en su aspecto de temporalidad como en el aspecto profesional propiamente dicho; elementos que si no son debidamente probados en autos, debe estimarse que se trata de un contrato de trabajo para todas sus consecuencias legales”, novena época, Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, tesis: I.1o.T.118 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, septiembre de 1999, p. 792, precedente: A. D. 10521/99.

⁷⁸ Bajo el extenso concepto del título décimo se hallan los siguientes contratos, en sucesivos capítulos: Capítulo I. “Del servicio doméstico, del servicio por jornal, del servicio a precio alzado en el que el operario sólo pone su trabajo y del contrato de aprendizaje”, régimen civil cuya importancia ha decaído en la medida en que las actividades correspondientes se hallan contempladas en otra rama del Derecho: la legislación del trabajo. Capítulo II. “De la prestación de servicios profesionales”. Capítulo III. “Del contrato de obras a precio alzado”. Capítulo IV. “De los porteadores y alquiladores”, y Capítulo V. “Del contrato de hospedaje”.

advertir que las normas sobre obligaciones —varias de las cuales fueron citadas anteriormente— son aplicables a todos los contratos, a no ser que en la regulación de cada figura contractual existan normas específicas; en tal caso, éstas prevalecen sobre aquéllas.⁷⁹

No es necesario que el contrato de servicios profesionales se realice por escrito, detalladamente; basta con el acuerdo tácito de voluntades, conforme a prácticas más o menos conocidas. Esto sucede extensamente en el caso de la medicina, cuyos practicantes atienden a sus pacientes bajo la figura del contrato, sin que aquéllos y éstos suscriban algún documento en el que consten recíprocas obligaciones y facultades. En el caso que nos ocupa, la ley no exige forma especial para la celebración del contrato entre el médico y el solicitante de sus servicios, sin olvidar, por supuesto, que determinados actos médicos deben hallarse autorizados bajo formas estrictas, como sucede en diversas hipótesis. La posibilidad de que exista contrato sin que se hubiese pactado la retribución para el profesional a cambio de sus servicios, se desprende del artículo 2607 del Código Civil Federal.⁸⁰ El paciente adquiere el derecho principal de recurrir al facultativo y recibir de éste una atención ética y técnicamente adecuada, y el tratante, que debe brindar aquella atención esperada, tiene a su turno el derecho de recibir determinada contraprestación por sus servicios.

Pudiera resultar sencillo acreditar que las partes (o supuestas partes) realmente quisieron obligarse, comprometiéndose en un convenio sobre servicios profesionales; pero también pudiera haber cuestión para establecer de qué manera y en qué términos aceptaron obligarse. Obviamente, todo esto se esclarece si el facultativo o el encargado de la unidad de salud requieren al paciente la manifestación de su conformidad en forma expresa y escrita. Se trataría, en el fondo, de preconstituir una prueba,⁸¹ habida cuenta del problema que aquí surgiría,

⁷⁹ Téngase en cuenta lo estipulado en el Cc: “Los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentos en este ordenamiento” (artículo 1858). Continúa este ordenamiento: “Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos” (artículo 1859).

⁸⁰ “Cuando no hubiere habido convenio, los honorarios se regularán atendiendo juntamente a las costumbres del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o caso en que se prestaren...”, etcétera.

⁸¹ Pruebas constituidas o preconstituidas —escribe Ugo Rocco— son “las que existen desde antes de la constitución y del desarrollo del proceso”; los documen-

aunque luego no lo haya —o sea menor— para demostrar que hubo cierto acuerdo de voluntades.⁸²

La mayoría de las disposiciones específicas del Cc sobre prestación de servicios profesionales se destina a regular los honorarios de los “profesores”, que es como denomina el código, heredando la tradición de los ordenamientos precedentes, a quienes hoy llamamos, corrientemente —con mayor o menor acierto terminológico— profesionales o profesionistas. Desde luego, es relevante el punto de la prestación material a cargo del cliente,⁸³ a tal punto que algunos autores rechazan la posibilidad de que exista el contrato que ahora examino cuando no se prevé la retribución de los servicios profesionales; habría, dicen, “un servicio de beneficencia o un servicio amistoso”,⁸⁴ pero no verdadero contrato de servicios profesionales.

Hay disposiciones interesantes cuyo contenido central no es patrimonial. Las mencionaré enseguida.

tos —lo es, por ejemplo, el contrato asentado por escrito— “son los medios de prueba preconstituidos, susceptibles de producirse y alegarse por las partes y que representan la fuente más importante de la prueba”. *Teoría general del proceso civil*, trad. Felipe de J. Tena, México, Ed. Porrúa, 1959, pp. 420 y 423.

⁸² Cfr. ROJINA VILLEGAS, *Derecho civil...*, t. V, vol. I, *op. cit.*, p. 327.

⁸³ Que constituye la obligación primordial del cliente o, en su caso, del paciente. La falta de pago puede significar un incumplimiento civil con las consecuencias jurídicas correspondientes, pero en casos extremos podría constituir un ilícito penal. Podría aparecer aquí un delito de fraude, e incluso privación ilegal de garantías. Para esto último, tómese en cuenta el artículo 365, fracción I, del Cp, con idéntica disposición en el Cpdf que sanciona con tres días a un año de prisión y multa “al que obligue a otro a prestarle trabajos o servicios personales sin la retribución debida, ya sea empleando violencia física o moral o valiéndose del engaño, de la intimidación o de cualquier otro medio”. Es evidente la diferencia entre el fraude y la violación de garantías cuando el autor de ésta se vale de la violencia, la intimidación u otro medio semejante; no lo es cuando recurre al engaño, pues la concurrencia de éste para hacerse ilícitamente de algo —obtener un servicio profesional sin la contraprestación debida— es característica del fraude (artículo 386 Cp). Se podría decir, sin embargo, que en los términos del artículo 365 Cp el violador de garantías “obliga” a su víctima a hacer o suministrar algo, en tanto que el defraudador no obliga, propiamente, al ofendido. En mi concepto, el tipo de violación de garantías está erróneamente formulado. Por otra parte, no faltaría quien considere que un particular no viola garantías (constitucionales), porque éstas aparezcan derechos que sólo son exigibles u oponibles ante el Estado, no así ante particulares. La violación, pues, no es de garantías, sino de derechos a propósito de bienes jurídicos, cuyo respeto se exige de cualquier persona bajo un concepto jurídico diverso del que contempla las relaciones entre el poder público y los individuos: libertad, patrimonio, seguridad, etcétera. Cfr., en sentido similar, CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl, *Código Penal anotado*, 20a. ed., México, Ed. Porrúa, 1997, pp. 895-896.

⁸⁴ Así, DE PINA, *Elementos...*, *op. cit.*, t. IV, p. 165.

El artículo 2608 dispone que quienes presten servicios profesionales sin tener el título correspondiente, serán sancionados y no tendrán derecho a retribución por aquéllos. En realidad, aquí se trata de una usurpación, más que de un servicio profesional; aquélla constituye un delito. Obviamente, nadie puede obtener lucro legítimo de su conducta ilícita. El terminante texto excluye la contraprestación incluso en el caso en que el cliente o paciente hubiese alcanzado buenos resultados por el servicio que le proporcionó el falso profesionista.

A su turno, el artículo 2614 regula el relevo del prestador de servicios, por circunstancias de éste: cuando “no pueda” continuar prestando sus servicios. Queda obligado a avisar esta situación “oportunamente a la persona que lo ocupe”; si no da el aviso “con oportunidad” deberá satisfacer los daños y perjuicios que se causen.⁸⁵ En la breve fórmula del artículo 2614, la ley menciona dos veces la oportunidad en el aviso; evidentemente, se quiere proteger el legítimo interés del usuario del servicio.

Parece razonable entender que un aviso es oportuno, en el sentido del Cc, cuando permite, dadas las circunstancias del caso —no en abstracto, que pudiera ser una situación totalmente divorciada de la realidad que se tiene a la vista—, sustituir al prestador del servicio por otra persona que pueda brindarlo en condiciones semejantes.⁸⁶ Es posible considerar, pues, en bien del cliente, que la oportunidad no sólo atañe al tiempo de notificación, sino a la posibilidad de que en ese periodo se sustituya razonablemente al prestador del servicio. ¿Qué utilidad tendría dar el aviso con semanas o meses de anticipación, si es absolutamente imposible que el destinatario de aquél se haga atender por otro profesional, y por ende queda totalmente expuesto a los daños y perjuicios que sólo podría evitar quien asumió la atención

⁸⁵ El artículo 2614 agrega otro punto, aplicable solamente a los abogados, y para ello remite al artículo 2589 Cc: “El procurador o abogado que acepte el mandato de una de las partes no puede admitir el del contrario, en el mismo juicio, aunque renuncie al primero”. Para la debida comprensión del asunto, agreguemos que los abogados o patronos incurrir en delito (prevaricación) “por patrocinar o ayudar a diversos contendientes o partes con intereses opuestos, en un mismo negocio o en negocios conexos, o cuando se acepta el patrocinio de alguno y se admite después el de la parte contraria” (artículo 232, fracción I, del Cp. Encontramos idéntica disposición en el Cpdf, artículo 232, fracción I).

⁸⁶ Sánchez Medal, al mencionar las formas de terminación del contrato de prestación de servicios profesionales, incluye la imposibilidad subjetiva del profesionista de seguir prestando los servicios, ante lo cual éste “deberá [...] avisar con oportunidad al cliente para que lo sustituya, pues de lo contrario incurriría aquél en daño y perjuicios”. *De los contratos...*, op. cit., p. 344.

del caso? No desconozco las complicaciones que trae consigo esta interpretación, pues implica, de hecho, una continuidad en el trabajo a pesar de la voluntad del inicialmente obligado. Empero, esta continuidad, hasta la culminación natural del asunto, es inherente a la prestación de servicios profesionales en determinadas actividades.

Destaquemos la opinión de Sánchez Medal a este respecto. El autor afirma que el profesionista puede “desistir” del contrato por justa causa, teniendo derecho al reembolso de los gastos erogados y al pago de los servicios prestados, tomando en consideración el resultado útil que de este trabajo haya derivado para el cliente. Para este efecto, es menester que el “desistimiento” se efectúe de modo tal que evite perjuicios al cliente. El autor fundamenta esta solución en el Código Civil italiano y afirma que con base en la “lógica jurídica y la justicia de estas normas de derecho comparado”, la misma puede tomarse en cuenta como criterio o solución ante los casos similares que se presenten en nuestro derecho.⁸⁷

Finalmente, hemos de recordar el artículo 2615: “El que preste servicios profesionales sólo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito”. Este texto amerita algunos comentarios. Por una parte, existe un deslinde entre las responsabilidades penal y civil que trae consigo una misma conducta ilícita. La civil reviste, por fuerza, carácter patrimonial o, se traduce en esta forma, y la penal acarrea otras consecuencias sancionadoras.⁸⁸ Hay un fondo común de ilicitud, porque se ha violado cierta norma civil y profesional.

Por otra parte, es necesario subrayar que la responsabilidad en estos casos sólo aparece cuando quien incumplió o violó la obligación contraída en el contrato de prestación de servicios (que no sólo obliga, como ya señalamos al invocar el artículo 1796 Cc, al “cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza —en la especie, la prestación de servicios profesionales—, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley”) actuó por negligencia, impericia o dolo. La negligencia es el descuido o la inobservancia de la *lex artis*; una desatención de los principios y las normas —jurídicos, pero también técnicos— que debió observar. La impe-

⁸⁷ *Ibidem*, p. 345.

⁸⁸ Nuestros Cp y Cpdf todavía entienden —a diferencia de los modernos códigos penales de Morelos (1996) y Tabasco (1997)— que la reparación del daño a cargo del responsable de un delito tiene el carácter de pena pública y forma parte de la sanción pecuniaria (artículo 34).

ricia es la falta de competencia personal, la ineptitud, la incapacidad de quien brinda el servicio.⁸⁹ El dolo tiene otra naturaleza; no corresponde a la falta de diligencia, sino a una diligencia de signo indeseable: la mala fe, el propósito de dañar, el menosprecio activo de los bienes jurídicos, la intensión lesiva. De manera general, la infracción deliberada de tales deberes, constituiría una actuación dolosa, en tanto que si “la infracción no es consciente entraríamos de nuevo bajo la óptica de la culpa”.⁹⁰

El Cc no prevé expresamente la obligación del profesional de prestar por sí mismo, sin intervención ajena, el servicio de que se trata. Empero, si se recuerda que la doctrina suele establecer el carácter *intuitu personae* —esto es, considerando precisamente las características de las personas— de ese contrato, habida cuenta de que el paciente que recurre a un profesional en particular, no a cualquiera lo hace con determinadas expectativas sobre la capacidad e idoneidad de aquél, y con la creencia de que será él quien lo asista profesionalmente,⁹¹ se concluirá que el profesional debe asumir personalmente las tareas que derivan del contrato. Esta conclusión se afianza a la luz del artículo 2614, acerca del aviso en caso de que el profesional no pueda continuar brindando sus servicios.

No obstante lo anterior, también se distingue entre la naturaleza de los servicios que se prestan: los hay, por una parte, que pueden correr a cargo de auxiliares —e incluso existe al respecto tácito o expreso consentimiento del usuario—; y por la otra, que sólo puede cumplir personalmente el profesional contratado.⁹² Vale pensar en un tratamiento quirúrgico para el que un paciente elige a cierto destacado cirujano: habría flagrante incumplimiento si éste delegase la operación en uno de sus auxiliares; en cambio, la preparación del sujeto para el

⁸⁹ Pero habrá que tomar en cuenta las circunstancias en que actuó el sujeto, que pudieran modificar drásticamente el juicio *prima facie* sobre negligencia e impericia, no así el correspondiente a dolo o mala fe.

⁹⁰ FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 79.

⁹¹ En efecto, “desempeña un papel importantísimo la identidad misma de las partes que celebran el contrato, principalmente, la de profesionista, por los conocimientos, por su capacitación técnica, por su solvencia, su actividad, etcétera. Estas son las cualidades que se han tomado en cuenta para encomendar la ejecución de determinados trabajos o servicios, dentro de su especialidad, dentro de su profesión”. LOZANO NORIEGA, *Cuarto curso...*, *op. cit.*, p. 295.

⁹² Cfr. DE PINA, *Elementos...*, *op. cit.*, vol. IV, pp. 167-168.

acto quirúrgico puede quedar —y suele quedar— en manos de auxiliares del cirujano.⁹³

Del incumplimiento del contrato o de la inadecuada prestación del servicio —que es, en esencia, un incumplimiento— derivarán las consecuencias civiles inherentes a este género de faltas.⁹⁴ La controversia que se suscite entre las partes, por lo que toca a sus fundamentos y consecuencias civiles, deberá resolverse conforme a lo previsto en el código de la materia o a su interpretación jurídica, en la inteligencia de que a falta de ley el conflicto se resolverá conforme a los principios generales del Derecho.⁹⁵ Por otra parte, la falta de ley expresa aplicable a la controversia determina que ésta se decida “a favor del que trate de evitarse perjuicios”, y no “del que pretenda obtener lucro”.⁹⁶

Por supuesto, el incumplimiento puede ser imputable al médico o al paciente. Procede tomar en cuenta que la obligación derivada de este contrato puede ser “de medios” (es decir, de poner todos los medios necesarios que, acordes con la *lex artis*, tiendan a obtener el fin preestablecido), o bien, “de resultados” (en la que se promete “el

⁹³ Este asunto tiene implicaciones penales en orden al consentimiento jurídicamente relevante para excluir la incriminación, que también son orientadoras en lo que respecta a la materia civil. Roxin señala que “si en un hospital se llevan a cabo intervenciones mínimas, contra lo que esperan los pacientes, no por un médico, sino por estudiantes de medicina igualmente capacitados a tal efecto, ello no se justifica por consentimiento presunto de los pacientes que podían haber sido consultados al respecto, pero que no lo han sido, sino porque su consentimiento de la intervención, en una interpretación adecuada a la situación real, se ha extendido también al tratamiento por un estudiante de medicina competente”. *Derecho penal. Parte general*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remsal, Madrid, Ed. Civitas, 1997, p. 770.

⁹⁴ Pedro Carmona Sánchez, citando a Royo Villanova y Morales, indica que las fallas relacionadas con el ejercicio médico consisten en negligencia, descuido, inadvertencias, distracciones, imprevisiones, impericia, morosidad, apatía o precipitación. “Comentario”, *El ejercicio profesional del médico ante la apertura comercial, Canadá, Estados Unidos de América, México*, México, 1993, p. 162.

⁹⁵ Dispone el artículo 14 constitucional, cuarto párrafo: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del Derecho”. Por su parte, el artículo 19 del Cc, señala: “Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del Derecho”.

⁹⁶ Previene el artículo 20 del Cc: “Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados”.

medio llegado a su fin”-.⁹⁷ En general, la obligación del médico es de medios (excepcionalmente de resultados, *v. gr.* en cirugías estéticas), y dado que el profesional no está obligado al éxito, sino sólo al buen servicio, la atención que trae consigo resultados insatisfactorios —no obstante desempeñarse conforme a las exigencias de la práctica y de la *lex artis*— no acarrea por fuerza responsabilidad a cargo del facultativo. Así se colige del artículo 2613 del citado ordenamiento, que dispone cubrir honorarios al profesional prestador del servicio,⁹⁸ éste sólo es responsable “hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito” (artículo 2615). Evidentemente, la negligencia, la impericia y el dolo contravienen los requerimientos de la ética o de la *lex artis*, o de ambos órdenes, en sus respectivos casos.

Existe otro tipo de obligación que va implícita en todos los contratos que “comprometen la actividad de la persona humana”. Se trata de la obligación “de seguridad”, por la cual uno de los contratantes está obligado a soportar “la carga legal de los riesgos”.⁹⁹ Georges Ripert, señala que no obstante que el Código Civil francés no estipula la obligación de seguridad, ha sido necesario suplir el silencio de la ley y suponer esta obligación en los contratos que comprometen la actividad de la persona humana. Esta obligación sólo se puede suponer en ese tipo de contratos, pues de lo contrario “habría una estipulación de seguro, agregada a otra estipulación, lo que no puede suponerse, ni siquiera con la más audaz interpretación de la probable voluntad de las partes”.¹⁰⁰

Nuestro Cc tampoco regula de manera expresa esta obligación, pero se puede deducir del contenido de los artículos 1796 (al que aludí *supra*) y 1837. El primero de los mencionados estipula que los contra-

⁹⁷ Cfr. ACHÁVAL, *Responsabilidad civil del médico...*, *op. cit.*, pp. 24 y ss.; GHERSI, Carlos Alberto et al., *Responsabilidad profesional*, Buenos Aires, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1996, pp. 13, 14 y 52; JIMÉNEZ SUÁREZ, Debra, “El estándar de debido cuidado del farmacéutico en acciones por negligencia profesional”, *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, Facultad de Derecho, vol. XX, septiembre-diciembre, 1985, p. 90; y KRAUT, Jorge Alberto, *Los derechos de los pacientes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 142.

⁹⁸ El precepto señala: “Los profesores (hoy diríamos, comúnmente, los profesionales o los profesionistas) tienen derecho a exigir sus honorarios, cualquiera que sea el éxito del negocio o trabajo que se les encomiende, salvo convenio en contrario”.

⁹⁹ RIPERT, *El régimen democrático...*, *op. cit.*, p. 269.

¹⁰⁰ *Idem*.

tos, desde que se perfeccionan, “obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley”; el segundo señala que “los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley”. Es evidente que el profesional de la medicina deberá llevar a cabo los actos tendientes a garantizar la seguridad, puesto que ésta es una consecuencia de la prestación de servicios conforme a la buena fe, al uso, a la costumbre y a la naturaleza ordinaria del contrato. Por ello, es posible señalar que si no se cumple esta obligación, se incurrirá en responsabilidad.¹⁰¹

En este punto debo recordar la consideración que antes formulé sobre coexistencia o exclusión recíproca de las fuentes de obligaciones: responsabilidad contractual, por una parte y, extracontractual (así, acto ilícito y riesgo creado), por la otra.¹⁰² Bajo una corriente de opinión se trataría de fuentes diversas que pueden coexistir; esto es, la una no excluye a la otra, puesto que sus orígenes son diversos.¹⁰³

En efecto, se afirma que para que surja responsabilidad contractual es preciso que exista un daño causado al acreedor por la inejecución de la obligación imputable al deudor. En el caso de contrato de prestación de servicios profesionales, el incumplimiento de las obligacio-

¹⁰¹ Destaca la obligación de seguridad respecto de los establecimientos asistenciales. La doctrina y jurisprudencia argentinas “mayoritarias son coincidentes en que la prestación asumida por los establecimientos sanitarios lleva implícita una obligación tácita de seguridad, la cual posibilita preservar los derechos del contratante que resulta dañado como consecuencia de la ejecución del contrato”. URRUTIA *et al*, *Responsabilidad médico-legal de los anestesiistas*, *op. cit.*, p. 199.

¹⁰² De acuerdo con Irving Dobler López, existe responsabilidad civil contractual cuando se presenta un acuerdo entre el prestador de servicios y el cliente; en cambio, habrá responsabilidad extracontractual “cuando la prestación se hace en calidad de ‘intermediario’ o bien cuando la ley indique una obligación”. *La responsabilidad en el ejercicio médico*, México, Ed. El Manual Moderno, 1999, pp. 123-124.

¹⁰³ En el ordenamiento jurídico español se distingue entre “una responsabilidad civil contractual (el daño se deriva del incumplimiento de una obligación nacida de un negocio jurídico) y extracontractual (el causante del daño no infringe una concreta obligación nacida de un negocio jurídico, sino del deber general de no dañar a otros que afecta a todos los ciudadanos, estén o no unidos por un vínculo negocial)”. DE MIGUEL PAJUELO, FRANCISCO y DOMÍNGUEZ OLIVERA, RAFAEL, “El régimen de responsabilidad médico privado”, en PALOMAR OLMEDA, ALBERTO (coordinador), *Manual jurídico de la protección médica*, Madrid, Ed. Dykinson, 1998, p. 642.

nes contraídas genera a cualquiera de las partes responsabilidad contractual.

La responsabilidad extracontractual resulta de la realización de un hecho que señala la norma jurídica y puede ser subjetiva u objetiva.¹⁰⁴ La subjetiva implica una conducta culpable, antijurídica y dañosa que tiene por fuente el hecho ilícito. Si un profesionista causa daños o perjuicios por la realización de un hecho ilícito será responsable por ello, tal como lo estipula el artículo 2615 del Cc, que reconoce como responsable al prestador de servicios profesionales que actúe con negligencia, impericia o dolo. Por otra parte, la responsabilidad objetiva, se genera aún cuando la conducta del sujeto haya sido lícita, jurídica y no culpable, pues consiste en el aprovechamiento de un objeto que crea riesgos. Conforme a esta corriente de opinión se considera que el profesional que haga uso de aparatos, mecanismos o sustancias peligrosas, puede incurrir en este tipo de responsabilidad, nada impide que un prestador de servicios profesionales que haya actuado lícitamente y con toda pericia, sea responsable del daño que haya causado con la máquina o el instrumento o sustancia peligrosa, por su simple utilización.

En cambio, otra corriente se atiene al texto claro del artículo 2615, que rige específicamente la materia de servicios profesionales y constituye una militante explícita y deliberada a la aplicabilidad de otras fuentes de obligación; si no hubiese sido ésta la intención del legislador, acaso no habría sido necesario incorporar dicho precepto específico y limitativo.

Conforme a la segunda corriente de opinión mencionada, si nos atenemos al texto estricto del artículo 2615, que responsabiliza al prestador de servicios profesionales sólo por negligencia, impericia o dolo, debemos entender que no se actualiza responsabilidad extracontractual alguna a su cargo cuando aparecen en la escena otros factores genéricos de responsabilidad; aquí la norma específica —el artículo 2615— impedirá la aplicación de normas generales en materia de obligaciones y responsabilidad civil. Un supuesto desechable, por ende,

¹⁰⁴ “Lo que está detrás del binomio responsabilidad subjetiva-responsabilidad objetiva es solamente un problema de factores o criterios de atribución: por razón de culpa en la primera y sin culpa en la segunda. Pero los restantes elementos de la responsabilidad civil continúan en pie, y entre ellos, la relación de causalidad”. YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad...”, *V Congreso nacional de Derecho sanitario*, op. cit., p. 32.

es la responsabilidad objetiva por el riesgo creado; si entendiésemos que el profesional es responsable civilmente por el riesgo creado —a causa de las máquinas o los instrumentos que utiliza, por ejemplo (artículo 1913)—, ya no estaríamos aplicando la norma rotunda del artículo 2615: sólo por negligencia, impericia o dolo.

En tal virtud, para que en esta hipótesis surja la responsabilidad civil sería necesario que el daño que se causó con la máquina o el instrumento, la corriente, el artefacto o la sustancia peligrosos, se hubiese debido a la negligencia, la impericia o el dolo del profesional. Si éste se ajustó a las reglas aplicables al caso y no actuó, en momento alguno, de manera culposa o dolosa, no responderá del daño causado.¹⁰⁵

Es interesante el criterio que sigue un sector de la doctrina española, que sostiene la posibilidad de que haya responsabilidad objetiva sólo cuando la obligación es de resultados, pues existiendo obligación de medios (característica de la práctica médica), no hay responsabilidad sin culpa. Se agrega: aun habiendo culpa, si el paciente no sufre daños, no existirá responsabilidad civil.¹⁰⁶

En contrapartida, habiendo una obligación de resultado, el médico no puede librarse de la obligación de reparar, ni aun demostrando que la causa del problema fue un factor exógeno. La misma consideración

¹⁰⁵ Dobler López señala que “existe una laguna interpretativa que queda al criterio de quien lo razone [pues] el contrato de prestación de servicios profesionales menciona que [...] sólo es responsable hacia las personas a quienes se sirve, por negligencia, impericia o dolo. De tal manera que de no comprobarse lo anterior, la responsabilidad no tiene existencia”. *La responsabilidad...*, op. cit., p. 127.

¹⁰⁶ “Si, a pesar de la diligencia, sobrevienen daños, [el médico] no responde civilmente: sin culpa probada no hay responsabilidad cuando la obligación es de medios (lo más probable es que se deban a causa ajena, faltando entonces no sólo la culpabilidad sino también la causalidad)”. YZQUIERDO TOLSADA, “*La responsabilidad*”, *V Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, op. cit., p. 4. Una resolución judicial española sostiene: “La medida de la culpabilidad no está en la clásica diligencia del buen padre de familia, sino en el cumplimiento de los deberes médicos; no es aplicable la doctrina jurisprudencial de la responsabilidad objetiva, ni la de la creación del riesgo; no procediendo tampoco la presunción de culpabilidad que supone una inversión de la carga de la prueba, favorecedora de la posición del perjudicado, correspondiendo por tanto la obligación de probar la culpabilidad del médico al paciente que la alega, salvo la existencia de indicios muy cualificados por anormales, y los casos de las actuaciones que lleven aparejada una obligación de resultado (cirugía estética)”. *Cit* DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Responsabilidad médica e inversión de la carga de la prueba”, *ibidem*, p. 7. En la jurisprudencia española se ha emitido un sinnúmero de resoluciones en este sentido; al respecto, *cfr.* DE MIGUEL PAJUELO y DOMÍNGUEZ OLIVERA, “El régimen de responsabilidad...”, en PALOMAR OLMEDA (coordinador), *Manual jurídico...*, op. cit., pp. 650 y ss.

ha sido acogida por el Tribunal de Casación francés y se fundamenta sobre la idea de que la reparación no entra en el campo de las obligaciones contractuales del médico con su paciente.¹⁰⁷

Es preciso señalar que en algunas ocasiones concurren la responsabilidad contractual y la extracontractual. En estos casos se ha llegado a hablar de una “responsabilidad extracontractual derivada del contrato”. Esta situación generalmente se presenta en el contrato de servicios profesionales, y en mayor medida en la prestación de servicios médicos. La anterior consideración es aceptada ampliamente por la doctrina y jurisdicción españolas, que “entienden que entre el médico y su paciente puede existir un contrato de servicios, pero que cuando el incumplimiento del contrato trae consigo la lesión de los derechos de la personalidad del paciente (vida, salud, etcétera), está justificado aplicar las reglas extracontractuales”, en virtud de que se violan los requerimientos de la *lex artis*, obligación que no deriva del contrato, por ser imperativo legal y profesional que constituye auténtico deber de importancia general frente al público.¹⁰⁸

Aun existe debate en algunos países respecto de la concurrencia de responsabilidades. Así, por ejemplo, en Francia los tribunales toman partido contra los intentos de intrusión de la normativa extracontractual en el ámbito de la contractual.¹⁰⁹ Fernández Hierro, autor español, afirma que hoy día existe la “tendencia a la superación real de la

¹⁰⁷ El 29 de junio de 2000, el Tribunal de Casación de Francia determinó que en materia nosocomial, un médico tiene con su paciente una obligación de resultado de la que no puede librarse ni demostrando que el causante fue un factor exógeno. De esta manera, el médico es responsable a pesar de no haber incurrido en falta. BENKIMOUN, Paul, “La Cour de cassation décharge les médecins de l’obligation de réparation de l’aléa thérapeutique”, *Le Monde*, 11 de noviembre de 2000, p. 40.

¹⁰⁸ YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad...”, *V Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, op. cit., pp. 5-6. Cfr. asimismo, *ibidem*, p. 16. Una sentencia del Tribunal Supremo español, del 27 de septiembre de 1994, puntualizó: “Cuando un hecho dañoso es violatorio de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativas o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello a favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible; siempre, claro está, que en algún supuesto concreto no se revele como insoslayable alguna incompatibilidad, como, por ejemplo, en materia de prescripción”. Cit. DE MIGUEL PAJUELO y DOMÍNGUEZ OLIVERA, “El régimen de responsabilidad...”, en PALOMAR OLMEDA (coordinador), *Manual jurídico...*, op. cit., pp. 644-645.

¹⁰⁹ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad...”, *V Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, op. cit., p. 18.

diferencia entre ambas, y a la admisión de la acumulación de las dos, a pesar de las diferencias que todavía subsisten”.¹¹⁰

Normalmente, el titular del derecho quebrantado será acreedor a la reparación, que se cubre en sustitución de la prestación debida —el tratamiento, por ejemplo—; empero, esta natural atribución del derecho al resarcimiento suscita cuestiones dignas de especial consideración cuando ha fallecido la persona que resintió el daño. Hay dos posibles respuestas sobre la titularidad del derecho a recibir la compensación *post mortem*, que me limito a mencionar, sin examinar el tema en detalle.

Si se admite, en ese supuesto de muerte, que el daño lo sufre la víctima, la consecuencia será que sólo los herederos estarán materialmente legitimados para recibir la reparación de dicho daño, independientemente de que tengan o no necesidad económica y de que hubiesen dependido o no, también económicamente, de la persona que perdió la vida. En cambio, si se considera que no es el lesionado y posteriormente fallecido quien sufre el daño, sino que éste se causa en forma directa a terceras personas, probablemente se concluirá que el derecho y la reclamación se hallan en manos de los dependientes económicos del fallecido, pues serán ellos los afectados por la pérdida de su fuente de recursos.¹¹¹ En suma, hay que distinguir entre derechos transmisibles a tercero y derechos surgidos de un título propio. Evidentemente, el conflicto se resolverá en los términos de la solución convencional que provean los reclamantes o, en su defecto, de la resolución judicial que ponga fin al litigio.

Es preciso deslindar las consecuencias del incumplimiento de una obligación, que puede obedecer a diversas causas, no necesariamente ilegítimas, de las que acarrea un acto ilícito. Evidentemente, el practicante de la medicina, como el de otras profesiones, puede verse en cualquiera de esos casos. El obrar ilícito trae consigo una responsabilidad civil que se traduce en la obligación de reparar los daños y perjuicios causados (artículo 1910); el incumplimiento de la obligación también implica el deber de reparar (artículo 2104). Las reglas específicas en materia de contratos prevalecen sobre las generales acer-

¹¹⁰ *Sistema de responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 90.

¹¹¹ Cfr. ROJINA VILLEGAS, quien examina la insuficiente solución aportada en el artículo 1916 Cc, que habla de indemnización equitativa, a título de reparación moral, “en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquella muere”, *Derecho civil...*, t. V, vol. II, *op. cit.*, pp. 105 y ss.

ca de las obligaciones civiles: unas y otras concurren para integrar el “estatuto” de cada figura jurídica contractual.

III. *RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA*

1. *Faltas*

Hasta aquí, la responsabilidad civil. Refirámonos ahora al segundo círculo de las responsabilidades, yendo de la periferia al centro —es decir, de lo menos grave a lo más grave—, que corresponde a la responsabilidad administrativa. Bajo este rubro quedan varias categorías. Hablo, por supuesto, en términos llanos y generales, en el entendido de que cada una de aquéllas se halla sujeta a discusiones, precisiones y matices, cuyo examen no me compromete ahora.

Existe una responsabilidad administrativa de los particulares —no de los servidores públicos o del Estado mismo— por las faltas cometidas —es decir, por conductas ilícitas relativamente leves—, que puede dar lugar a sanciones también menores, impuestas por las autoridades administrativas sin que intervenga necesariamente el aparato judicial. A esto se alude cuando la ley o el uso mencionan la “justicia de faltas”. Algunos autores hablan aquí de un Derecho penal administrativo, “constituido por preceptos exclusivamente administrativos de policía o de hacienda) sancionados penalmente”.¹¹² Como se ve, concurren —pero la teoría y la legislación permiten deslindes adecuados— las infracciones de policía, las contravenciones y las faltas contempladas por numerosos ordenamientos del Derecho administrativo. Se puede afirmar que existirá infracción administrativa cuando “se viole el orden establecido por la Administración Pública, para la consecución de sus fines, tales como mantener el orden público (en su labor de policía) y prestar un servicio eficiente en la administración de servicios”.¹¹³

El hecho de que las faltas no quebranten bienes o intereses jurídicos mayores —si se les compara con la antijuricidad que caracteriza a los delitos, en sentido estricto—, no significa que deban quedar sustraídas al régimen de legalidad. El artículo 21 constitucional todavía

¹¹² MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho penal*, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, EDIAR Editores, 1948, t. I, vol. I, pp. 143-144.

¹¹³ ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría general del Derecho administrativo. Primer curso*, 12a. ed., México, Ed. Porrúa, 1995, p. 1029.

considera la existencia de reglamentos autónomos —es decir, reglamentos que derivan inmediatamente de la Constitución, no de una ley secundaria— en materia de faltas de policía y buen gobierno. Una interpretación progresista permitió que se expidiera la Ley de Justicia en Materia de Faltas de Policía y Buen Gobierno, en 1983; posteriormente se retrocedió en este camino, para recaer, con gran rudeza jurídica, en el sistema de regulación puramente administrativa.¹¹⁴ Finalmente, se publicó la nueva Ley de Justicia Cívica para el Distrito Federal¹¹⁵ que abrogó el Reglamento Gubernativo de Justicia Cívica para el Distrito Federal de 1993 (artículo segundo transitorio del decreto) y creó el denominado “Consejo de Justicia Cívica del Distrito Federal” (artículo tercero transitorio).¹¹⁶ Bajo el nuevo régimen jurídico del Distrito Federal se intenta deshacer el entuerto cometido en 1993 en la medida en que un ordenamiento de rango legal prevé los aspectos que la norma de esta naturaleza puede abarcar en la actualidad, dejando la precisión de las faltas y sus sanciones, en especie, a los reglamentos autónomos que todavía contempla el artículo 21 constitucional.¹¹⁷

La responsabilidad de los servicios públicos, en la vertiente que ahora nos interesa, aparece regulada por el título cuarto de la Constitución, que abarca, con diversa amplitud, las responsabilidades política (generadora del juicio de la misma naturaleza), penal, adminis-

¹¹⁴ Acerca del tema, en general, *cfr.* mi exposición en: *Los derechos humanos y el Derecho penal*, 2a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 155 y ss. A favor de la interpretación del artículo 21 constitucional que permitió, en su hora, la expedición de la Ley de Justicia en Materia de Faltas, de 1983, se pronunciaron distinguidos juristas: Antonio Carrillo Flores, Felipe Tena Ramírez, Antonio Martínez Báez, Fernando Román Lugo y Eduardo Andrade Sánchez. *Cfr. La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, México, Procuraduría General de la República, 1984. Sobre el retroceso que significó el sistema de justicia cívica del Distrito Federal, bajo el reglamento del 15 de julio de 1993, *cfr.* mi *Derecho penal*, 3a. ed., México, Mc Graw Hill-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, pp. 181-182.

¹¹⁵ *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 1o. de junio de 1999.

¹¹⁶ Se trata de un organismo con muy importantes atribuciones, entre las que se encuentran “el diseño de las normas internas de funcionamiento, la supervisión, el control y la evaluación de los juzgados cívicos” (artículo 55 de la ley).

¹¹⁷ Una arriesgada —pero no deleznable— interpretación de la norma constitucional y de sus repercusiones secundarias pudiera entender que el mínimo garantizador previsto en la ley fundamental se satisface con la existencia de reglamentos, y que un paso adelante en el régimen de garantías —habida cuenta de que la Constitución sólo consagra el estatuto mínimo, siempre sujeto al mejoramiento que depare la ley secundaria— sería la franca admisión del principio de legalidad en todo el ámbito de las faltas de policía.

trativa y civil.¹¹⁸ Destaquemos que el servidor público —como lo es un médico que labora en un hospital del servicio público— puede ser el sujeto de más de un tipo de responsabilidad por una misma conducta. En este sentido se pronuncia la siguiente tesis jurisprudencial: “El vínculo existente entre el servidor público y el Estado, acorde al sistema constitucional y legal que lo rige, involucra una diversidad de aspectos jurídicos en sus relaciones, entre los que destacan ámbitos legales de naturaleza distinta, como son el laboral, en su carácter de trabajador, dado que efectúa una especial prestación de servicios de forma subordinada, el administrativo, en cuanto a que el desarrollo de su labor implica el de una función pública, ocasionalmente el político cuando así está previsto acorde a la investidura y, además el penal y el civil, pues como ente (persona), sujeto de derechos y obligaciones debe responder de las conductas que le son atribuibles, de manera que al servidor público le pueda resultar responsabilidad desde el punto de vista administrativo, penal, civil e inclusive político en los supuestos que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o la Constitución local correspondiente y así mismo la laboral”.¹¹⁹

En lo que hace a la responsabilidad administrativa, el artículo 113 constitucional invoca los principios que han de regir la función de los servidores públicos.¹²⁰ Con este fundamento, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, del 30 de diciembre de 1982, publicada el 31 del mismo mes, establece el ámbito subjetivo de validez de sus normas, es decir, señala quiénes pueden incurrir en responsabilidad administrativa: “los servidores públicos mencionados en el párrafo primero y tercero del artículo 108 constitucional y

¹¹⁸ Cfr. *Mi Curso de Derecho procesal penal*, 5a. ed., México, Ed. Porrúa, 1989, pp. 779 y ss.

¹¹⁹ Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, agosto de 1999, tesis IV. lo. A. T. 16 A, p. 799, materia administrativa, tesis aislada, precedente: revisión fiscal 31/99.

¹²⁰ Artículo 113: “Las leyes sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos determinarán sus obligaciones, a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, economía y eficacia en el desempeño de sus empleos, cargos y comisiones”. Al referirse a este punto, la exposición de motivos de la iniciativa de Ley Federal de Responsabilidades de Servidores Públicos señaló que dichas “bases de la responsabilidad administrativa [...] orientan a la Administración Pública y [...] garantizan el buen servicio público”. DE LA MADRID H., Miguel, *El marco legislativo para el cambio. Diciembre 1982*, México, Presidencia de la República, 1983, t. I, p. 126.

todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos federales” (artículos 2 y 46).

Por ello, de conformidad con el artículo 108 constitucional, son sujetos de dicha responsabilidad los representantes de elección popular, los miembros de los poderes judicial federal y judicial del Distrito Federal y “los funcionarios y empleados y, en general [...] toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal” (primer párrafo), y los gobernadores de los Estados, diputados a las legislaturas locales y magistrados de los correspondientes tribunales superiores de justicia y en su caso, los miembros de los consejos de las judicaturas locales, tanto por violaciones a la Constitución de la República y a las leyes federales, “como por el manejo indebido de fondos y recursos federales” (tercer párrafo).

Las faltas se hallan en sendas fracciones del artículo 47 de la citada ley; las consecuencias punitivas consisten en apercibimiento privado o público, amonestación privada o pública, suspensión, destitución del puesto, sanción económica e inhabilitación temporal (artículo 53); el procedimiento para la aplicación de sanciones se regula en los artículos 54 y siguientes.

Desde luego, hay otro conjunto de disposiciones en materia de faltas, contenido en ordenamientos que miran específicamente el tema de la salud. Tales son los casos de la Ley General de Salud y de las leyes de la materia en las entidades federativas; entre éstas, la Ley de Salud para el Distrito Federal, del 19 de diciembre de 1986, publicada el 15 de enero de 1987.¹²¹ Téngase presente que ambos ordenamientos se hallan dirigidos a cualesquiera personas —físicas y morales— que realicen actividades relacionadas con la materia regulada por aquéllos, lo mismo prestadores y usuarios de servicios, que productores, comerciantes y adquirentes de bienes diversos, e igualmente los habitantes de la República o de la entidad, en general. Por ende, no interesan sólo a los médicos y practicantes de las disciplinas de la salud, pero éstos han de tener especial cuidado en atender la regulación sanitaria contenida en tales ordenamientos, así como en los reglamentos y en otros actos de carácter administrativo, que gobiernan sus tareas profesionales o técnicas.

¹²¹ Con importantes reformas publicadas en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 29 de diciembre de 1998 y el 30 de marzo de 1999 (fe de erratas publicada el 29 de abril de 1999).

También existen sanciones de carácter administrativo en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización (de 1992), que regula la creación, modificación y observancia de las normas oficiales mexicanas, régimen que también debe acatar el profesional de la medicina, pues tiene carácter obligatorio (artículo 52 de la ley). Señala el artículo 112 de ese ordenamiento que “el incumplimiento a lo dispuesto en esta ley y demás disposiciones derivadas de ella, será sancionado administrativamente”,¹²² y el artículo 112-A, fracción I estipula una multa de quinientas a ocho mil veces el salario mínimo cuando “se contravengan las disposiciones contenidas en las Normas Oficiales Mexicanas” (inciso D).

Es imposible mencionar aquí todas las faltas consideradas en este sector del Derecho administrativo; son muy numerosas y se hallan recogidas en diversos estatutos. La Lgs advierte que “las violaciones a los preceptos de esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones que emanen de ella, serán sancionadas administrativamente por las autoridades sanitarias,¹²³ sin perjuicio de las penas que correspondan cuando sean constitutivas de delitos” (artículo 416). Las sanciones aplicables son amonestación con apercibimiento, multa, clausura temporal o definitiva —en ambos casos, parcial o total— y arresto hasta por treinta y seis horas (artículo 417). En forma semejante abordan la materia, por lo que toca al Distrito Federal, los artículos 89 —facultad

¹²² Este artículo ha sido tachado de inconstitucional. En una tesis jurisprudencial se sostiene: “El citado precepto viola las garantías de legalidad y seguridad jurídica, pues si bien establece diversas sanciones que pueden imponerse con motivo de las infracciones que se cometan, sin embargo, omite establecer los parámetros necesarios que permitan a la autoridad determinar el tipo de infracción que da lugar a la imposición de las sanciones especificadas”. Novena época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo VI, noviembre de 1997, tesis P./J. 83/97, p. 24, materia administrativa constitucional, precedente: amparo en revisión 236/96.

¹²³ Que son el Presidente de la República, el Consejo de Salubridad General, la Secretaría de Salud y los gobiernos de las entidades federativas, entre ellas el del Distrito Federal (artículo 4 Lgs.). Asimismo, corresponde a la Secretaría de Salud “actuar como autoridad sanitaria, ejercer las facultades en materia de salubridad general que las leyes le confieren al Ejecutivo Federal, vigilar el cumplimiento de la Ley General de Salud, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables y ejercer la acción extraordinaria en materia de Salubridad General” (artículo 39, fracción XXI de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal). En el ámbito local, en 1999 se creó la Secretaría de Salud del Distrito Federal, que cuenta con la atribución de “vigilar, en la esfera de su competencia, el cumplimiento de la Ley General de Salud, la Ley de Salud para el Distrito Federal y demás disposiciones aplicables” (fracción I, artículo 29 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal).

sancionadora— y 90 —sanciones aplicables: multa, clausura, arresto y amonestación con apercibimiento— de la Ley de Salud para el Distrito Federal.

La sanción administrativa debe imponerse mediante resolución debidamente fundada y motivada, en la que la autoridad tome en cuenta los daños que se han producido o pueden producirse en la salud de las personas, la gravedad de la infracción, las condiciones socio-económicas del infractor y la calidad de reincidente de éste, en su caso (artículo 418 Lgs).

2. *Medidas de seguridad administrativa*

Para cerrar la referencia a este asunto, conviene mencionar que el Derecho sanitario ofrece características singulares inherentes a la necesidad de que la salud pública se atienda con prontitud, eficacia y suficiencia. De ahí que consagre medidas extrañas a otros ámbitos del sistema jurídico mexicano, sobre todo de carácter preventivo.¹²⁴ Se ha definido al Derecho sanitario, “en tanto que disciplina, como el conjunto de acciones preventivas que lleva a cabo el Estado para normar y controlar las condiciones sanitarias del hábitat humano, los establecimientos, las actividades, los productos, los equipos, los vehículos y las personas que puedan representar riesgo o daño a la salud de la población en general, así como para fomentar paralelamente el cuidado de la salud, a través de prácticas de repercusión personal y colectiva”.¹²⁵

Las particularidades de las medidas sanitarias se observan en el doble plano de la Constitución y de la ley secundaria. Por lo que toca a la norma suprema del país, con desarrollo en disposiciones secundarias, vale recordar las notables atribuciones del Consejo de Salubri-

¹²⁴ La regulación sanitaria, según Jaime Martuscelli, “protege la salud al detectar y prevenir los factores que generan riesgos y daños a la salud, en especial en la fabricación, distribución y comercialización de los productos, insumos, bienes y servicios que se consumen, al detectar y prevenir también el deterioro de los ecosistemas y al abatir los riesgos que se generan en el ámbito ocupacional como factores determinante de daños a la salud del trabajador”, “Introducción”, *Sistema Nacional de Regulación, Control y Fomento Sanitarios*, México, Secretaría de Salud, Subsecretaría de Regulación Sanitaria y Desarrollo, 1998, p. 10.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 18.

dad General y las potestades que se asignan a las autoridades sanitarias (artículo 73 constitucional, fracción XVI)).¹²⁶

Un rubro destacado de estas amplias facultades administrativas se halla en la visita de verificación, a la que se refiere el antepenúltimo párrafo del artículo 16 constitucional. Para comprender esta actividad, digamos que la ley suprema consagra diversas garantías conducentes a preservar el ámbito íntimo de los individuos, el espacio de su privacidad. Esto tiene que ver con el pensamiento y la comunicación, pero también con la circunstancia física en que se desarrolla la vida personal: de ahí la tutela del domicilio, calificado alguna vez como el “santuario inviolable” del individuo. Empero, esa inviolabilidad del domicilio no es absoluta, ni podría serlo. Las salvedades se hallan en la persecución de los delitos, que aparea la posibilidad de allanamientos legítimos, denominados cateos, mediante orden escrita de la autoridad judicial; y en la verificación del cumplimiento de disposiciones sanitarias, de policía y fiscales. Es posible, pues, que la autoridad sanitaria practique visitas domiciliarias por mandamiento administrativo. La Lgs y las leyes locales de salud, en sus respectivos órdenes de competencia, establecen un amplio catálogo de medidas de seguridad. Éstas no tienen naturaleza punitiva, como las sanciones por faltas administrativas; no se fundan en la existencia de una infracción actual, sino en la presencia de una situación de riesgo o peligro para la salud general, aun cuando pueden concurrir ambos supuestos: la infracción y el peligro.¹²⁷ No obstante su carácter no punitivo, dichas medidas implican importantes restricciones a la libertad personal: aislamiento, cuarentena, vacunación, suspensión de trabajos, aseguramiento y destrucción de objetos, etcétera (artículo 404 Lgs).

¹²⁶ Este poderoso órgano de la Administración Pública Federal depende “directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna secretaría de Estado y sus disposiciones generales son obligatorias en el país” (artículo 73, fracción XVI, 1a.); por otra parte, la autoridad sanitaria “será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del país” (*ibidem*, 3a.); dicha autoridad posee facultades muy amplias para prevenir epidemias de carácter grave o invasión de enfermedades exóticas, así como para adoptar medidas “contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo y degeneran la especie humana”, y para “prevenir y combatir la contaminación ambiental” (*ibidem*, 2a. y 4a.).

¹²⁷ Son “medidas de seguridad las disposiciones que dicte la autoridad sanitaria competente, de conformidad con los preceptos de esta ley y demás disposiciones aplicables, para proteger la salud de la población. Las medidas de seguridad se aplicarán sin perjuicio de las sanciones que, en su caso, corresponden” (artículo 402 Lgs.).

3. Responsabilidad del servidor y de la administración pública

Hay una zona límite en la responsabilidad que corresponde, individualmente, a los servidores públicos que contravienen las normas administrativas o penales, cuando esa contravención se realiza en el desempeño de las funciones a cargo del servidor público y trae consigo la obligación de resarcir por el daño causado. Obviamente, si se trata de una violación al margen del desempeño oficial, la responsabilidad en que incurre el servidor público es la misma que incumbe a cualquier persona. Digo que existe aquí una zona límite, porque la fuente de la obligación radica en el ilícito administrativo o el ilícito penal y la consecuencia es de carácter patrimonial: reparación de daños y perjuicios, exactamente como sucede en los casos de ilícito civil.

Existe una responsabilidad de la Administración Pública —o más ampliamente del Estado, porque la voz “Administración” no abarca ni a los órganos legislativos ni a los jurisdiccionales, como se indica en otro lugar de este trabajo— frente a los particulares, cuando la deficiente prestación de un servicio o el despacho inadecuado de una función pública, con quebranto de alguna norma aplicable al caso, generan consecuencias adversas para el ciudadano.¹²⁸

Se ha superado la antigua idea de que el gobernante era *legibus solutus*, o sea, se hallaba sustraído a la ley y, por ende, no debía responder de sus actos ante las instancias sancionadoras regulares. Otro tanto hay que decir del sustituto natural del gobernante absoluto: el Estado moderno. Éste actúa sobre los particulares, en múltiples direcciones; puede, por ello, generar beneficios para los gobernados, pero también causar molestias o producir perjuicios injustos, que acarrearán un detrimento en el patrimonio, la seguridad o la tranquilidad de aquéllos. En este caso, el Estado debe responder de los daños causados. Actualmente no hay duda razonable sobre la justificación de semejante deber de resarcimiento. En tal virtud se ha desarrollado el régimen jurídico de la responsabilidad a cargo del Estado.¹²⁹ Empero,

¹²⁸ En el mismo sentido, FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad... op. cit.*, p. 47.

¹²⁹ En ese sentido se pronuncia Alvaro Castro Estrada, al manifestar que desde “el punto de vista técnico jurídico, en la actualidad contamos con una dualidad de sistemas de responsabilidad del Estado: uno de naturaleza civil y otro de naturaleza administrativa. El primero, de carácter subjetivo e indirecto, generalmente subsidiario y excepcionalmente solidario. El segundo, también de carácter subjetivo e indirecto, mas no subsidiario o solidario”. *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Ed. Porrúa, 1997, p. 251.

en nuestro país existe todavía un largo camino por recorrer para contar con resoluciones expeditas y autónomas sobre responsabilidad administrativa del Estado y lograr que éste asuma, en la práctica, las consecuencias que de ahí derivan.¹³⁰

IV. RESPONSABILIDAD LABORAL

1. Consideraciones sobre el Derecho laboral

Nos encontramos frente a un derecho que no pertenece ni al Derecho público,¹³¹ ni al Derecho privado; se trata más bien de un Derecho social, es decir, un orden que aporta medios para corregir la desigualdad social y que reconoce derechos a ciertos agregados humanos.¹³² Este Derecho destacó en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917, primera Constitución socialista en el mundo, en concepto de Karl Lowenstein.¹³³ En esa Declaración de derechos sociales —como ha sido nombrada— se consagran artículos que protegen al trabajador, es decir, a quien se encuentra en desventaja dentro de la

¹³⁰ Cfr. FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, 35a. ed., México, Ed. Porrúa, 1997, pp. 419 y ss. El atraso en que se ha encontrado hace que el autor citado señale: "Bien puede decirse que no se ha logrado en nuestro país un verdadero Estado de Derecho", tomando en cuenta que, como dice Legaz Lacambra, citado por Fraga, "un sistema de responsabilidad de la Administración [...] es esencial a la existencia del Estado de Derecho". *Idem*, en el mismo sentido, Álvaro Castro Estrada señala que "en un intento de resumir la evolución de nuestro sistema mexicano de responsabilidad del Estado, diríamos que ha sido vacilante y discontinuo, deficiente e insuficiente, disperso y complejo, contradictorio y rezagado". *Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, p. 251.

¹³¹ Al respecto, Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera manifiestan que las normas del trabajo no son de orden público, ya que éste se encuentra constituido por normas de subordinación, en tanto que la legislación del trabajo es "de integración social en beneficio de los trabajadores [...] Las normas del trabajo no sólo son proteccionistas o tuitivas de la clase obrera, sino que tienen una función reivindicatoria". *Ley Federal del Trabajo. Comentarios, Prontuario, Jurisprudencia y Bibliografía*, 78a. ed., México, Ed. Porrúa, 1997, p. 25.

¹³² Al respecto cfr. mi artículo "Raíz y horizonte de los derechos 'sociales' en la Constitución mexicana", *Estudios jurídicos*, *op. cit.*, pp. 18-21.

¹³³ Este autor manifiesta que "un conocido ejemplo de constitución condicionada ideológicamente es la mexicana de 1917, con su expresa orientación hacia un orden social de tipo socialista". *Teoría de la Constitución*, México, Ed. Porrúa, 1982, p. 212. Cfr. asimismo, GARCÍA RAMÍREZ, "Raíz y horizonte...", *Estudios jurídicos*, *op. cit.*, pp. 36-38.

lucha entre los factores de la producción: el capital y la fuerza de trabajo. El derecho laboral protege la “energía de trabajo del hombre”.¹³⁴

El precepto que consolidó el carácter social del Derecho laboral fue el artículo 123 constitucional, cimiento del derecho tutelar de la clase trabajadora, al que deben sujetarse las normas secundarias de esta materia (atendiendo a una jerarquía de leyes). Es importante señalar que el artículo 5o. de la Ley Federal del Trabajo¹³⁵ —que regula las relaciones laborales ordinarias— “fija los caracteres formales del derecho del trabajo: son normas de orden público, circunstancia que les otorga el carácter de derecho imperativo, lo que excluye la renuncia, por parte de los trabajadores, a sus derechos, beneficios y prerrogativas”,¹³⁶ es decir, la legislación del trabajo está dotada de imperatividad absoluta y son irrenunciables los beneficios que en ella se consagran a favor de los trabajadores. Lo anterior, en virtud del carácter protector de este Derecho que por otra parte se refleja, en concepto de Mario de la Cueva, “en el deber impuesto a los trabajadores de exigir el respeto de sus derechos, y es así porque quien no hace respetar su derecho, daña a la clase a la que pertenece”.¹³⁷

Tómese en cuenta el principio consagrado en el artículo 18 de la Lft, que impone la obligación de interpretar la ley conforme a la finalidad de las normas de trabajo (el equilibrio y la justicia social entre patrones y trabajadores); en “caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador”.

La relación que se establece entre el Estado y sus trabajadores, conocidos como servidores públicos, no deriva de la lucha de clases, pues el interés estatal debe ser el de la colectividad; por ello esta relación de trabajo no se encuentra regulada por la Lft. Sin embargo, obviamente se trata también de un esfuerzo humano que debe quedar amparado por la ley. Por ello cuenta con una regulación específica depositada en el apartado B) del artículo 123 constitucional y en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria

¹³⁴ DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo Derecho mexicano del trabajo. Historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales*, 11a. ed., México, Ed. Porrúa, 1988, p. 195.

¹³⁵ En lo sucesivo Lft.

¹³⁶ Exposición de motivos del artículo 5o. de la Ley Federal del Trabajo, *cit. en*: DE LA CUEVA, *El nuevo Derecho mexicano del trabajo...*, *op. cit.*, p. 100.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 101.

de dicho apartado.¹³⁸ La disciplina jurídica que estudia esta relación laboral se denomina Derecho burocrático.¹³⁹

2. *Naturaleza de la relación laboral del médico*

Analicemos aquí las relaciones de trabajo que pueden presentarse en la práctica de la medicina. Los servicios que brinda el médico generalmente corresponden a la prestación de servicios profesionales, con las especificaciones que se desarrollaron en el apartado respectivo. Sin embargo, en ocasiones pueden quedar abarcados en una relación individual de trabajo, conforme al apartado A) del artículo 123 constitucional, es decir, “la prestación de un trabajo personal subordinado¹⁴⁰ a una persona mediante el pago de un salario” (artículo 20 Lft). De esta última relación me ocuparé en el presente apartado.

El artículo 487 Lft establece el derecho que tienen los empleados a recibir “asistencia médica y quirúrgica”, que puede quedar a cargo del Instituto Mexicano del Seguro Social (artículo 8o. transitorio Lft), pero en el caso de que las empresas no se encuentren inscritas en dicho organismo deben prestar el servicio médico por sí mismas; y para esos efectos, el artículo 504 señala la correspondiente obligación de los patrones. Este deber se cumple de acuerdo con el número de trabajadores con que cuente la empresa; por ello se afirma que la norma sigue un criterio numérico.¹⁴¹

¹³⁸ En lo sucesivo Lftse.

¹³⁹ El Derecho burocrático es la “rama del derecho que estudia (o regula) la relación laboral entre el Estado y los servidores públicos, derivada ésta de la capacidad de acción denominada función pública”. MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., “Derecho burocrático”, en *Derecho burocrático*, México, Ed. Harla, 1999, Biblioteca Diccionarios Jurídicos Temáticos, vol. 5, p. 30.

¹⁴⁰ La subordinación diferencia la relación de trabajo de otro tipo de prestación de servicios. “Por subordinación se entiende, de una manera general, la reacción jurídica que se crea entre el trabajador y el patrono, en virtud de la cual está obligado el primero, en la prestación de sus servicios, a cumplir sus obligaciones y las instrucciones dadas por el segundo para el mejor desarrollo de las actividades de la empresa”. Exposición de motivos de la ley de 1970, DE LA CUEVA, *El nuevo Derecho mexicano del trabajo...*, op. cit., pp. 201-203. Se ha destacado que la subordinación es incompatible con el ejercicio de la profesión médica (de acuerdo con un fallo de la Corte de Buenos Aires CA-pelCC. San Martín, Sala I, en fallo del 28 de septiembre de 1979), cit. RODRÍGUEZ JORDÁN, *Mala praxis médica...*, op. cit., p. 136. En efecto, el médico debe contar con autonomía al aplicar sus conocimientos técnicos y científicos siguiendo las reglas de la *lex artis*, pero se encontrará subordinado a decisiones del patrón en cuestiones meramente operativas, es decir, existirá dependencia operativa. En ese sentido *ibidem*, p. 158.

¹⁴¹ DE BUEN, Néstor, *Derecho del trabajo. Tomo primero. Conceptos generales. Introducción al Derecho del trabajo. Historia del movimiento obrero y del Derecho*

La fracción II del artículo que se comenta dispone que cuando el patrón tenga a su servicio más de cien trabajadores deberá establecer “una enfermería, dotada con los medicamentos y material de curación necesarios para la atención médica y quirúrgica de urgencia. Estará atendida por personal competente, bajo la dirección de un médico cirujano”. Asimismo, la fracción III ordena que cuando tenga a su servicio más de trescientos trabajadores deberá instalar un hospital, con el personal médico y auxiliar necesario.¹⁴² Estas son las fracciones que interesan, habida cuenta de que el médico cirujano que preste sus servicios dentro de la empresa adquiere el carácter de empleado (con puesto de planta o de confianza), y por ende, se le atribuyen todos los derechos y obligaciones inherentes a ese desempeño.

El médico será un trabajador de confianza, si desarrolla funciones de esta naturaleza, independientemente de la designación que se atribuya al puesto que ocupe. Dichas funciones se encuentran detalladas en el artículo 9 de la Lft.¹⁴³ Esta relación laboral cuenta con una regulación específica en el capítulo II del título sexto, sección segunda, de la primera parte de la Lft. Cabe destacar que a pesar de que la Lft estipula que las condiciones generales de trabajo a que estén sujetos los trabajadores de confianza no podrán ser inferiores a las que rijan en trabajos semejantes dentro de la empresa, ni a las previstas en el contrato colectivo del trabajo, lo cierto es que el principio de estabilidad en el empleo¹⁴⁴ no funciona de manera estricta para aquéllos,

del trabajo. Derecho internacional del trabajo. Teoría general del trabajo, 7a. ed., México, Ed. Porrúa, 1989, p. 606.

¹⁴² Esta fracción III se ha considerado un “gazapo”, ya que “en la práctica resulta imposible a las empresas que tengan más de 300 trabajadores instalar un hospital, con el personal médico y auxiliares necesarios”. CAVAZOS FLORES, *Baltazar et al.*, *Nueva Ley Federal del Trabajo, tematizada y sistematizada*, 27a. ed., México, Ed. Trillas, 1995, p. 331. En el mismo sentido se pronuncia Miguel Borrel Navarro, señalando que este supuesto es “casi imposible que se cumpla, pero se resuelve por mediación del Seguro Social o a través de los contratos que se celebren con clínicas, hospitales o sanatorios cercanos a la empresa”. *Análisis práctico y jurisprudencial del Derecho mexicano del trabajo*, 4a. ed., México, Ed. Sista, 1994, p. 303.

¹⁴³ Que refiere: “Son funciones de confianza las de dirección, inspección, vigilancia y fiscalización, cuando tengan carácter general y las que se relacionen con trabajos personales del patrón dentro de la empresa o establecimiento”.

¹⁴⁴ Señala Mario de la Cueva que “la estabilidad en el trabajo es un principio que otorga carácter permanente a la relación de trabajo y hace depender su disolución únicamente de la voluntad del trabajador y sólo excepcionalmente de la del patrono, del incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador y de circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación, que hagan imposible su continuación”. *El nuevo Derecho mexicano del trabajo...*, op. cit., p. 219.

puesto que la sola pérdida de la confianza argumentada por el patrón (siempre que sea por motivo razonable), es una causa de rescisión de la relación laboral sin responsabilidad para el mismo.¹⁴⁵ Salvo estas excepciones, todos los trabajadores (incluyendo a los de planta)¹⁴⁶ se regirán por la regulación respecto a sanciones que examinaré *infra*.

El médico no sólo puede estar vinculado a una relación laboral de carácter privado (trabajador-patrón, regulada por el apartado A) del artículo 123 constitucional y la Lft), sino también a una relación laboral que se establezca entre los “Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores” (apartado B) del artículo 123 constitucional). Este vínculo laboral ofrece rasgos propios. En esta hipótesis ya no reviste fundamental importancia la relación de subordina-

¹⁴⁵ La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que “siendo la pérdida de confianza un elemento subjetivo, deben establecerse los hechos objetivos en que se basa, para poder apreciar si existió el fundamento suficiente que amerite esa pérdida de confianza, pues en caso de no hacerlo, se deja a la parte contraria en estado de indefensión”. Sexta época, Cuarta Sala, *Seminario Judicial de la Federación*, parte XXIV, quinta parte, p. 118, procedente: Amparo directo 3295/58, 29 de junio de 1959, 5 votos, ponente: Agapito Pozo. El mismo tribunal estableció que tratándose “de un puesto de confianza, el médico que no se presenta a la guardia que le corresponde crea en forma lógica y natural en el patrón una incertidumbre sobre los servicios que le presta, lo que implica un demérito de la confianza que le había merecido anteriormente dicho trabajador. Tal inasistencia a la guardia, independientemente de que hubiese o no resultado daño de la misma, engendra una desatención de obligaciones que resulta grave, y lleva a establecer un motivo razonable de pérdida de confianza, en los términos del artículo 185 de la Ley Federal del Trabajo”. Cuarta Sala, *Seminario Judicial de la Federación*, parte 90, quinta parte, p. 9, precedente: Amparo directo 1548/76, 21 de junio de 1976, unanimidad de 4 votos, ponente: Jorge Saracho Alvarez. El trabajador de confianza tiene derecho a demandar el pago de una indemnización, cuyo monto dependerá del tipo de relación de trabajo existente: por tiempo determinado (menor o mayor a un año), o por tiempo indeterminado (artículo 50 Lft); y carece del derecho a obtener la reinstalación cuando ha sido indemnizado (artículo 49, fracción III). Al respecto Baltazar Cavazos Flores ha señalado que “la fracción III de este artículo también excluye y deja sin la protección constitucional a los trabajadores de confianza, convirtiéndolos en ‘los patitos feos’ de nuestro Derecho laboral”. *Los trabajadores de confianza*, México, Ed. Trillas, 1993, p. 28.

¹⁴⁶ “Los trabajos de planta son todos aquellos cuyo conjunto constituye la actividad normal y necesaria de la empresa o establecimiento, aquellos cuya falta haría imposible su funcionamiento, los que son indispensables para la obtención de los productos o servicios proyectados, por lo tanto, aquellos sin cuya ejecución no podrían alcanzarse los fines de la negociación”, DE LA CUEVA, *El nuevo Derecho mexicano del trabajo*..., *op. cit.*, p. 226.

ción, sino el nombramiento,¹⁴⁷ o bien, que el trabajador figure en las listas de raya. Así, el trabajador es “toda persona que preste un servicio físico, intelectual o de ambos géneros, en virtud de nombramiento expedido o por figurar en las listas de raya de los trabajadores temporales”, según dispone el artículo 3o. Lftse, ley aplicable para determinar la responsabilidad laboral de los servidores públicos, como son los médicos que laboren en un hospital de servicio público (como el IMSS, ISSSTE o ISSFAM, por ejemplo).

Bajo el régimen de esta ley, se distingue también entre trabajadores de base y de confianza. Contrariamente a lo que sucede al amparo de la Lft, son trabajadores de confianza (también denominados funcionarios) aquéllos cuya función se encuentre expresamente señalada en la ley con ese carácter (artículo 123, apartado B), fracción XIV); los demás son de base. La Lftse no es aplicable a los trabajadores de confianza (artículo 8).

En resumen, la relación laboral puede corresponder al régimen ordinario de trabajo (apartado A) del artículo 123 constitucional), o a la prestación de servicios públicos (apartado B) del artículo 123 constitucional). Analicemos la responsabilidad laboral en ambos casos.

3. Responsabilidad derivada de las relaciones laborales ordinarias

Como se mencionó, la responsabilidad nace cuando se incumple alguna obligación. A pesar de que se ha estudiado ampliamente la responsabilidad en que incurre el patrón (sobre todo en lo que se refiere a riesgos de trabajo), ha sido poco estudiada la responsabilidad del trabajador, debido al carácter tutelar de la disciplina laboral. Sin embargo, ante la necesidad de evitar las conductas contrarias a derecho, se ha regulado la responsabilidad en que puede incurrir el trabajador, aunque su alcance sea realmente limitado.¹⁴⁸ Es importante no perder de vista que el título decimosexto de la Lft, denominado “Responsabilidades y Sanciones”, se ocupa específicamente de este asunto, así como el artículo 992 del mismo ordenamiento, que constituye la base para sancionar la violación de obligaciones.

¹⁴⁷ Nombramiento es el “documento por medio del cual se nombra o se designa a una persona para ocupar un puesto, cargo o empleo determinado. El nombramiento hecho por la autoridad competente, origina una relación de Derecho público, dentro de ésta se comprende a la burocracia propiamente dicha; funcionarios y empleados”, ACOSTA ROMERO, Miguel, *Derecho burocrático mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1995, p. 8.

¹⁴⁸ DE BUEN L., *Derecho del trabajo...*, op. cit., pp. 579-580.

Los deberes que deben cumplir los trabajadores se encuentran en diversos ordenamientos y en gran medida en el reglamento interior que rija en cada caso. En la Lft existe una regulación genérica de esos deberes, además de algunas obligaciones especiales relativas a distintos trabajos. Tienen carácter general las obligaciones de prestar el trabajo personalmente y con la eficiencia debida, así como otras inherentes o derivadas de aquélla,¹⁴⁹ que se encuentran en el artículo 134 de la Lft y se refieren básicamente al cumplimiento de las normas de trabajo y de las medidas preventivas y a la ejecución del “trabajo con la intensidad, cuidado y esmero apropiados y en la forma, tiempo y lugar convenidos” (fracción IV).

Además de las obligaciones de los trabajadores en general, que deben observar los médicos que tengan ese carácter, éstos se hallan sujetos a las obligaciones que la Lft estipula para los médicos de las empresas. Tales obligaciones se refieren, sobre todo, al supuesto de los riesgos de trabajo¹⁵⁰ que se actualicen en éstas. En tal caso, los médicos “están obligados: I. Al realizarse el riesgo, a certificar si el trabajador queda incapacitado para reanudar su trabajo. II. Al terminar la atención médica, a certificar si el trabajador está capacitado para reanudar su trabajo. III. A emitir opinión sobre el grado de incapacidad y, IV. En caso de muerte, a expedir certificado de defunción” (artículo 506).

La prestación de servicios del médico puede realizarse bajo la calidad de “médico residente”.¹⁵¹ Se ha discutido la naturaleza de esta relación, que bajo la Lft está sujeta a una regulación especial, en cuyos términos se agregan a las obligaciones generales de los trabajadores ciertos deberes especiales encaminados al cumplimiento del objetivo inherente a la residencia. Son obligaciones especiales las pre-

¹⁴⁹ DE LA CUEVA, *El nuevo Derecho mexicano del trabajo...*, op. cit., pp. 391-394.

¹⁵⁰ Riesgos de trabajo “son los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivo del trabajo” (artículo 473 de la Lft). Esta definición no es acertada, ya que puede haber riesgo sin que exista accidente o enfermedad, en tanto que éstos son la consecuencia del riesgo.

¹⁵¹ De conformidad con el artículo 353 A de la Lft, médico residente es el “profesional de la medicina con título legalmente expedido y registrado ante las autoridades competentes, que ingrese a una unidad médica receptora de residentes, para cumplir con una residencia”, y residencia es el “conjunto de actividades que deba cumplir un médico residente en periodo de adiestramiento; para realizar estudios y prácticas de posgrado, respecto de la disciplina de la salud a que pretenda dedicarse, dentro de una unidad médica receptora de residentes, durante el tiempo y conforme a los requisitos que señalen las disposiciones académicas respectivas”. La norma oficial mexicana 090-SSA1-1994 para la organización y funcionamiento de residencias médicas, recoge estos conceptos.

vistas en el artículo 353-D de la Lft a saber: cumplir cabalmente los programas, respetar las órdenes de adiestramiento, acatar las disposiciones internas de la unidad receptora y satisfacer las actividades académicas.

Existen reglas especiales para determinar la responsabilidad en el trabajo,¹⁵² pero la general se localiza en el artículo 32 de la Lft. Éste determina que la responsabilidad derivada de la violación de normas laborales tiene carácter civil; obviamente, el trabajador puede incurrir en responsabilidad penal cuando cometa un delito.

También incurre en responsabilidad el trabajador que contravenga lo dispuesto en el artículo 135 de la Lft, que establece, en general, prohibiciones de poner en peligro la seguridad (fracciones I y VI), incumplir deberes (fracciones II y VII), cometer faltas de honradez (fracción III) y probidad (fracciones IV y V), así como conductas incompatibles con el desempeño de su trabajo (fracciones VIII, IX y X). A mayor abundamiento, la responsabilidad derivada de la separación del empleo por decisión del trabajador, genera responsabilidad civil —siempre que se trate de un trabajador por tiempo indefinido, o eventual, con duración mayor de un año, antes de que éste se cumpla—, y sólo podrá exigírsele el pago de daños y perjuicios.

La responsabilidad civil (que detallé en un apartado precedente) generada por el incumplimiento del trabajador, admite algunas variantes, sobre todo en lo que atañe a la teoría de las nulidades. Así, mientras la falta de consentimiento genera inexistencia del contrato (artículo 2224 Cc), en materia laboral resulta poco relevante el consentimiento del patrón, ya que las relaciones laborales pueden establecerse aún sin el consentimiento de éste. Basta que exista la relación de trabajo para que tenga aplicación la Lft. Puede presumirse la existencia de dicha relación.¹⁵³

Por otra parte, el artículo 2226 del Cc previene que “la nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad”. En materia laboral es imposible que se destruyan retroactivamente los efectos, a pesar de que se declare nula una relación laboral. Esto impediría que continúe la

¹⁵² Cfr. DE BUEN, *Derecho del trabajo...*, *op. cit.*, p. 580.

¹⁵³ Al respecto, el artículo 21 Lft dispone: “Se presumen la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe”.

relación, pero no implicaría que se prive al trabajador del producto de su trabajo: el salario.¹⁵⁴

Las sanciones que genera el incumplimiento de obligaciones por parte del trabajador, pueden ser de diversa índole, pero en general son de poca entidad: desde la aplicación de medidas disciplinarias, hasta el despido. Analicémoslos en forma genérica.

A pesar de que la Constitución de 1917 desechó el poder disciplinario del patrón, una modalidad de éste subsiste en la Lft bajo diversas formas.¹⁵⁵ Al regular el reglamento interior de trabajo,¹⁵⁶ la Lft dispone que en aquel se contendrán “las disposiciones disciplinarias y procedimientos para su aplicación”. La suspensión del trabajo no excederá de ocho días y se aplicará previa audiencia del interesado. Este derecho de audiencia se traduce en la oportunidad de que el trabajador sea escuchado de manera respetuosa y pueda designar para que lo asista a un miembro de su sindicato. Con esto se pretende evitar prácticas dictatoriales por parte de las empresas.¹⁵⁷

En cuanto a la multa derivada de violaciones a las normas de trabajo, el artículo 1002 de la Lft establece los límites para imponerla. Serán por el equivalente a entre 3 y 315 veces el salario mínimo general. Existen disposiciones relacionadas con la aplicación de esta sanción a los trabajadores. Tal es el caso del artículo 1002 segundo párrafo de la Lft: cuando se imponga multa a un trabajador, ésta no podrá exceder el importe de su salario o jornal de un día. Sin embargo, el artículo 107 de la Lft establece la prohibición de imponer multas a los trabajadores “cualquiera que sea su causa o concepto”.

Otra regla general para la imposición de sanciones, específicamente por lo que hace a descuentos, se halla en el artículo 110 Lft, que estipula, en principio, la prohibición de aplicar descuentos al salario del trabajador, excepto cuando se trate de “deudas contraídas con el patrón por anticipo de salarios, pagos hechos con exceso al trabajador, errores, pérdidas, averías o adquisición de artículos producidos por la

¹⁵⁴ DE LA CUEVA, *El nuevo Derecho mexicano del trabajo...*, op. cit., pp. 207-208.

¹⁵⁵ Cfr. MACHERA, Armando David, “El poder disciplinario en las relaciones de trabajo”. *Estudios de Derecho del trabajo en memoria de Alejandro M. Unsain*, pp. 323 a 325, cit. en TRUEBA URBINA, Alberto, *Nuevo Derecho administrativo del trabajo. Teoría integral*, México, Ed. Porrúa, 1979, t. I, p. 153.

¹⁵⁶ “Reglamento interior de trabajo es el conjunto de disposiciones obligatorias para trabajadores y patrones en el desarrollo de los trabajos en una empresa o establecimiento” (artículo 422 Lft).

¹⁵⁷ TRUEBA URBINA, *Nuevo Derecho administrativo...*, op. cit., p. 154.

empresa o establecimiento”, siempre que la cantidad exigible no sea mayor al equivalente a un mes de salario y el descuento no sea superior al 30% del excedente del salario mínimo. Sin embargo, el artículo 97 Lft prohíbe aplicar descuentos, con motivo de responsabilidad del trabajador, cuando éste percibe salario mínimo. Además, el plazo para que opere la prescripción en el caso de descuento es sumamente breve: un mes (artículo 517, fracción I).

La suspensión de obligaciones de la relación laboral implica el cese temporal de la prestación del servicio por parte del trabajador y del pago de salario por parte del patrón, sin responsabilidad para ninguno de éstos (artículo 42 Lft, que además contempla las causas de suspensión).

La rescisión de la relación laboral¹⁵⁸ es la sanción más grave que se puede imponer por el incumplimiento de una obligación por parte del trabajador, toda vez que se le priva de su fuente de ingreso y subsistencia.

Existe un amplio catálogo de causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón (artículo 47 Lft, y las demás que estimen las Juntas de Conciliación y Arbitraje). Éste sólo puede dar por terminada la relación laboral cuando se presente alguna de dichas causales; sin embargo, el trabajador la puede dar por terminada en cualquier momento. En efecto, el trabajador en ningún caso está obligado a prestar sus servicios por más de un año (artículo 40 Lft), y si da por terminada la relación antes del año sólo será responsable civilmente por daños y perjuicios.

La fracción XI del artículo 47 Lft, faculta al patrón a dar por terminada la relación laboral cuando el trabajador desobedezca sus instrucciones relacionadas con el trabajo. De nuevo se halla aquí la característica de subordinación, inherente a la relación laboral. La fracción citada señala el alcance de la infracción: “Sin causa justificada, siempre que se trate del trabajo contratado”. Debemos tener presente que tratándose de trabajos profesionales especializados, como el que realiza un médico de empresa, el trabajador seguirá lineamientos generales, pero aplicará la *lex artis* relativa a la medicina.

Interesa también el contenido de la fracción VII, que prohíbe al trabajador comprometer por imprudencia o descuido la seguridad del

¹⁵⁸ Según Néstor de Buen, rescisión es “el acto, a virtud del cual, uno de los sujetos de la relación laboral da por terminada ésta, de manera unilateral, invocando una causa grave de incumplimiento imputable a otro sujeto”. *Derecho del trabajo...*, op. cit., p. 568.

establecimiento o de las personas que se encuentran en él, deber mayormente exigible cuando se trata de un profesional de la medicina. La fracción VIII prohíbe realizar actos inmorales, en el establecimiento o lugar de trabajo.

La fracción IX impone la obligación de guardar el secreto en asuntos de carácter reservado. Podría incurrirse en violación del secreto profesional exigido a diferentes profesionistas, como los médicos. Finalmente, la fracción XII sanciona la negativa del trabajador a adoptar medidas preventivas o procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; obviamente, el cumplimiento de este deber tiene significado especial cuando se trata de un médico.

Hay causas especiales de rescisión de la relación de trabajo del residente, encaminadas a proteger el mínimo ético en la prestación de servicios de salud. La relación puede rescindirse por violación de las normas técnicas (normas oficiales mexicanas) o administrativas aplicables en la Unidad Receptora en que se presta la residencia, o incluso, por la "comisión de faltas a las normas de conducta propias de la profesión médica, consignadas en el Reglamento Interior de Trabajo de la Unidad Médica Receptora de Residentes" (artículo 353 fracciones II y III).

En materia laboral no procede la aplicación de sanciones privativas de libertad. Existe prohibición expresa: "el incumplimiento de las normas de trabajo por lo que respecta al trabajador sólo da lugar a su responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona" (artículo 32 Lft).

4. *Responsabilidad derivada de las relaciones laborales en el servicio público*

Bajo la óptica del derecho burocrático, las obligaciones de los servidores públicos se contemplan en el artículo 44 de la Lftse, que de manera general incluye deberes de diligencia, obediencia, legalidad, discreción, puntualidad, observancia de buenas costumbres, abstención de propaganda en los lugares de trabajo y capacitación. Con base en lo anterior, la responsabilidad en que incurra el trabajador podrá acarrear el término de la relación laboral, siempre que cometa fallas de probidad, honradez o moralidad, o cuando se muestre imprudente, negligente o descuidado, revele secretos, desobedezca órdenes, destruya objetos relacionados con el trabajo, falte por más de tres días consecutivos a su trabajo sin causa justificada, o asista habitualmente

bajo los efectos del alcohol o de alguna droga, incumpla las condiciones generales de trabajo, o esté sujeto a prisión decretada en sentencia firme (artículo 46).

También podría darse la suspensión temporal de las relaciones laborales, cuando se presenten las siguientes causas: que “el trabajador contraiga alguna enfermedad que implique peligro para las personas que trabajan con él”, “la prisión preventiva del trabajador, seguida de sentencia absolutoria o el arresto impuesto por autoridad judicial o administrativa, a menos que, tratándose de arresto el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, resuelva que debe tener lugar el cese del trabajador” (artículo 45).

V. RESPONSABILIDAD PENAL

En el círculo central, el más reducido y riguroso de la serie a la que me he referido, se instala la responsabilidad penal. Aquella sirve para enfrentar las conductas más lesivas o peligrosas en que puede incurrir una persona —trátese de un particular, trátese de un servidor público—, y por eso mismo entraña medidas de reacción muy severas: las más intensas de que dispone el control jurídico. En el Derecho penal se despliega todo el poder del Estado; ahí se manifiesta, en su máximo rigor, el monopolio de la fuerza —la violencia— que corresponde al Estado:¹⁵⁹ es una forma de fuerza abrumadora, legitimada, que menoscaba o suprime bienes personales de suma importancia.

La responsabilidad penal se sustenta, dicho sea en forma sintética, en la conducta ilícita más grave que pueda desplegar una persona: el delito, y trae consigo reacciones jurídicas externas, si se les compara con las inherentes a las responsabilidades civil, administrativa y laboral, que ya he analizado. En el catálogo de estas reacciones, llamadas penas —también hay medidas de seguridad—, figuran sanciones tales como la muerte —ampliamente desacreditada— y la prisión, que es hoy día la sanción penal más importante y la más frecuentemente prevista por las leyes de la materia, aunque existan vientos favorables al relevo general o particular de la prisión por otras sanciones menos graves y más útiles, social e individualmente.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Cfr. WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2a. ed. en español de la 4a. en alemán, 9a. reimpresión, trad. José Medina Echavarría et al., México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 1056-1060.

¹⁶⁰ Cfr. mi trabajo “Desarrollo de los sustitutos penales”, *Las penas sustitutivas de prisión*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, cuadernos para la Reforma de la Justicia, núm. 22.

VI. LA CRECIENTE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD

El quehacer profesional de los médicos puede generar todas las formas de responsabilidad mencionadas. De hecho, las ha desencadenado con creciente fuerza, como antes dije. Esta tendencia no mengua sino arrecia. Los tiempos cambian. Un médico, el doctor Roberto Kretschmer Schmid, definió así la situación que prevaleció anteriormente y la que pudiera existir en adelante: “Hasta hace poco, los médicos mexicanos vivíamos en Arcadia en lo que concernía a responsabilidad jurídica de nuestras acciones. El esquema moral dentro de nosotros —para citar a Kant— y las tradiciones hipocráticas inculcadas por nuestros maestros creaban la suficiente responsabilidad como para que la población nos siguiera respetando, a pesar de nuestros inevitables desaciertos. La autovigilancia, y la vigilancia que ejercen nuestros cuerpos colegiados (academias, consejos, etcétera), que con carácter moral —que no legal— sancionan al buen quehacer médico, tratan de proveer una tersa y aparentemente suficiente infraestructura de confianza. Todo parece indicar, sin embargo, que esto no seguirá así y que, imitando al modelo norteamericano, las demandas por *mala praxis* se multiplican en nuestro medio”.¹⁶¹

Ya señalamos que el alud de reclamaciones judiciales contra los médicos o las instituciones de salud es impresionante en los Estados Unidos, donde ha llegado a extremos insólitos la litigiosidad en esta materia. “Se dice que alrededor del 40% de los médicos será demandado alguna vez (en dicho país) por negligencia médica durante su carrera, aunque alrededor del 60% será exonerado. En los casos de negligencia médica, el costo promedio del veredicto contra los médicos se estima en 180,000 dólares, aunados a los costos de tribunal, honorarios y gastos de abogados y peritos, que bien pueden ser otros 100,000 dólares, o más”.¹⁶² También en Inglaterra ha crecido extraor-

¹⁶¹ Comentarios a la ponencia “Retos y perspectivas de la responsabilidad del médico”, *La responsabilidad profesional del médico y los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Academia Nacional de Medicina, 1995, p. 121.

¹⁶² MOCTEZUMA BARRAGÁN, “Retos y perspectivas de la responsabilidad profesional del médico”, *La responsabilidad profesional...*, *op. cit.*, p. 101. Timothy Aspinwall examina los elevados costos del seguro médico en los Estados Unidos. “La cuenta total para estas primas, el seguro pagado por los médicos en Estados Unidos, que luego se transfiere a los pacientes, los que aseguran a los pacientes, es de aproximadamente mil millones de dólares por año. En la industria esto representa menos de 1 por ciento de toda la cuenta de cuidados médicos”. El mismo expositor advierte que el tiempo empleado para la solución de las demandas en este campo

dinariamente el costo por contiendas judiciales como consecuencia de actos médicos: “Lo único que se incrementa más que la cuenta por los servicios han sido los costos legales”.¹⁶³ Lo mismo sucede en Francia: en el curso de ocho años aumentaron en 82% los litigios sobre responsabilidad civil de médicos. En España se repite el fenómeno: los procesos “han ido *in crescendo* en los últimos años”.¹⁶⁴ De igual manera en Argentina.¹⁶⁵

En México, no tenemos una cultura de la demanda,¹⁶⁶ pero las quejas ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico se han incrementado, específicamente en un veinte por ciento entre 1999 y 2000.¹⁶⁷

La exigencia de responsabilidad es una medalla de doble cara. Por una parte, pone de manifiesto la creciente “conciencia del derecho”, un poco al estilo del inglés inflexible en *La lucha por el Derecho*, la obra de Rodolfo Ihering.¹⁶⁸ Asimismo, puede —más todavía, debe— acentuar el cuidado en el ejercicio profesional y poner en guardia a la autoridad pública y a la sociedad para el despliegue de una más efi-

es de tres años en promedio; el veinticinco por ciento alcanza siete años. “Un 60 por ciento de los 9 mil millones de dólares que se pagan en primas de seguros se gastan en costos administrativos y legales y sólo así el 40 por ciento de cada dólar de seguro sirve para compensar a los pacientes que lo ameritan”. “Experiencia internacional en la resolución de conflictos en la relación médico-paciente. Estados Unidos”, *Memoria 1er. Simposio Internacional. Por la calidad de los servicios médicos y la mejoría de la relación médico-paciente. (9, 10 y 11 de diciembre de 1996)*, México, Comisión Nacional de Arbitraje Médico, 1997, pp. 129 y ss.

¹⁶³ POLYWKA, Susan, “Experiencia internacional en la resolución de conflictos en la relación médico-paciente. Inglaterra”, *ibidem*, p. 112.

¹⁶⁴ FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁵ Cfr. URRUTIA *et al.*, *Responsabilidad médico-legal de los obstetras*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁶⁶ Mucho menos de legalidad, advierte Rosa María Martínez de Castro; lo que tenemos es una historia de abusos que data de aproximadamente 50 o 60 años atrás, “una historia que viene cargando el pueblo mexicano y que va a ser difícil que revirtamos”. “Expectativas de la sociedad civil”, *Memoria del II Simposio Internacional. Por la calidad de los servicios médicos y la mejoría de la relación médico-paciente. (24, 25 y 26 de noviembre de 1997)*, México, Comisión Nacional de Arbitraje Médico, 1998, p. 257.

¹⁶⁷ CONAMED, *Cuarto informe de actividades, junio 1999-mayo 2000*, México, 2000, p. 19. También así sucede respecto de algunas especialidades, como la psiquiatría, en cuya práctica también “se ha solicitado la ayuda de administradores psiquiátricos y de personal de psiquiatras empleados en sistemas o instituciones estatales como defensores en el curso de juicios para establecer los derechos de pacientes”. KOLB y BRODIE, *Psiquiatría clínica*, *op. cit.*, p. 806.

¹⁶⁸ Me refiero a la siguiente obra: IHERING, Rodolfo, *La lucha por el Derecho*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1992, serie: Grandes Juristas.

ciente supervisión en el desempeño profesional. Pero, por otra parte, modifica la práctica profesional en forma no siempre conveniente, exacerba sus costos y fomenta un espíritu de litigiosidad al servicio de todo género de causas: desde las estupendas hasta las reprobables.

Entre esas modificaciones preocupantes se halla la llamada “medicina defensiva”. Esto implica que los médicos se refugian en una práctica conservadora y limitada de la medicina, dice Muñoz Machado. “Excluyen decisiones que impliquen riesgos y, además, tratan de avallar su opinión reclamando informes, solicitando análisis y contrastes que les ofrezcan la máxima seguridad de diagnóstico, aun en los casos en que puede prescindirse, sin perjudicar el acierto del acto médico, de procesos de diagnóstico o terapéuticos tan detallados”.¹⁶⁹

La medicina es “defensiva —recuerda Kretschmer Schmid, evocando un mensaje del presidente Clinton—, en tanto que [los médicos] ordenan ahora costosas pruebas y estudios que con el antiguo sentido común médico no solicitarían, sólo para cubrir cualquier futura inquisición. Igualmente defensiva, en tanto que a sus pacientes ya los ven en un futuro como potenciales demandantes y así, desde ahora, los tratan con objetiva frialdad, haciéndoles leer y firmar largos y complejos documentos con el fin de parapetarse con ellos, algún día, en la Corte. Defensiva, finalmente, porque a sus honorarios ahora tienen que agregar un previsto para pagar la prima del seguro de *mala praxis*

¹⁶⁹ “Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria”, *Documentación administrativa*, Instituto Nacional de Administración Pública, España, núms. 237-238, 1994, p. 257. “En un estudio recientemente llevado a cabo en Estados Unidos de Norteamérica, se hizo un análisis sobre la utilidad de una serie de pruebas diagnósticas preoperatorias. Se llegó a la conclusión de que de los 6,200 exámenes practicados a 2,000 enfermos, más del 60% no estaban justificados por la historia clínica o por la exploración física. En otra auditoría de carácter multicéntrico del mismo país, se demostró que el 17% de las endoscopias del aparato digestivo realizados no tenían una indicación precisa. Quizá más preocupante sea el descubrimiento de que el 17% de una serie de 1,677 angiografías coronarias no tenían una indicación clara”. VELASCO SUÁREZ, Manuel *et al.*, “Problemas bio-éticos de la tecnología médica moderna”, *Un médico de verdad*, México, Publicidad Paksz, S. A. de C. V., 1997, pp. 36-38. Desde luego, hay que distinguir entre las medidas médicas sustentadas en un propósito defensivo, y aquellas otras que pudieran carecer de cualquier explicación o justificación diagnóstica o terapéutica y que por ello deben ser reprobadas invariablemente. Acerca de este tipo de actos indebidos, véase GUARNER, Vicente, “Las cirugías innecesarias: un problema ético y moral”, *Universidad de México*, núms. 584-585, vol. LIV, septiembre-octubre 1999, pp. 25 y ss.

que los proteja”.¹⁷⁰ Es así como la relación médico-paciente, que ha constituido un “modelo de confianza”, deriva hacia el patrón opuesto.¹⁷¹ En los nuevos términos, prolifera la preconstitución de pruebas, ya no con el horizonte cierto del tratamiento, sino con el incierto horizonte del litigio.

La constante posibilidad de ser demandados “genera en los profesionales desaliento, intranquilidad e inseguridad, todos factores que inciden indirectamente en la relación médico-paciente y provocan un estado anímico que en nada favorece la actividad asistencial”.¹⁷²

¹⁷⁰ “Comentarios a la ponencia...”, *La responsabilidad profesional...*, op. cit., p. 120.

¹⁷¹ En el mismo sentido VÉLEZ CORREA, Luis Alfonso, *Ética médica. Interrogantes acerca de la medicina, la vida y la muerte*, 2a. ed., Medellín, Colombia, Corporación para Investigaciones Biológicas, 1996, p. 41.

¹⁷² POGGI, “Cuestiones médico-legales”, *Responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles, penales, médico-legales y deontológicas*, 2a. ed., Buenos Aires, Ed. Universidad, 1992, pp. 281-282. Cfr. asimismo, BAUDOUIN, “La réforme de la responsabilité...”, *Revue Générale...*, op. cit., pp. 153-155; y URRUTIA et al. *Responsabilidad médico-legal de los obstetras*, op. cit., p. 27.