

II. CONTRADICCIÓN DE TESIS 93/2011

1. ANTECEDENTES

El Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito denunció ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la posible contradicción de tesis entre los criterios sostenidos por éste y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, respecto de que si conforme al artículo 2070 del Código Civil del Estado de Tabasco,¹ de redacción similar al 1913 del Código Civil para el Distrito Federal,² la

¹ ARTÍCULO 2070.- Concepto

Cuando una persona utilice como poseedor originario o precario, por sí o por medio de un subordinado, mecanismos, instrumentos, aparatos, substancias o bienes peligrosos 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 o no exista culpa de su parte, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

La responsabilidad establecida en este artículo existirá aun cuando el daño se haya causado por caso fortuito o fuerza mayor.

Si el daño se debiera a la culpa de un tercero, éste será el responsable. Deberá existir una relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.

² ARTÍCULO 1,913.- Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por

anestesia debe considerarse una sustancia peligrosa para el caso de responsabilidad civil objetiva.

El Presidente de la Primera Sala del Alto Tribunal ordenó formar y registrar la denuncia de contradicción de tesis y, para integrar debidamente el expediente, giró oficio al Presidente del Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, para que remitiera el amparo directo 109/1995 y los asuntos en los que haya sostenido criterio similar.

Remitidos los asuntos a la Primera Sala, su Presidente consideró debidamente integrado el expediente, ordenó dar parte al Procurador General de la República para que emitiera pedimento y turnó los autos al Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea para que formulara el proyecto de resolución respectivo.

2. PEDIMENTO DEL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL

Derivado de lo anterior, el agente del Ministerio Público de la Federación sostuvo que sí existe contradicción de tesis, debiendo prevalecer el criterio de que la anestesia debe considerarse como una sustancia peligrosa que provoca un riesgo a terceros, por lo que cae dentro de la figura jurídica de la responsabilidad civil objetiva.

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, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

En todos los casos, el propietario de los mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o sustancias peligrosas, será responsable solidario de los daños causados.

3. COMPETENCIA Y LEGITIMIDAD

La Primera Sala se reconoció competente para conocer y resolver la contradicción de tesis en virtud de que se trata de criterios de naturaleza civil (penal), materia de su especialidad.³

Además, determinó la legitimidad de la denuncia de contradicción de tesis, ya que la formularon los Magistrados integrantes del Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito.

Hecho lo anterior, para resolver la contradicción de tesis y determinar el criterio que debía prevalecer, realizó lo siguiente:

4. DETERMINACIÓN DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS

a) Análisis de las ejecutorias que participan en la contradicción de tesis

i. Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito

Al resolver el amparo directo 421/2010 determinó amparar al quejoso que había sido condenado, en forma solidaria, al pago de la indemnización por la muerte de un menor, derivada de la

³ Lo que fundamentó en los artículos 107, fracción XIII, párrafo primero, de la Constitución Federal; 197-A de la Ley de Amparo (vigente hasta el 2 de abril de 2013); 21, fracción VIII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en relación con los puntos segundo, tercero, fracción VI, y cuarto del Acuerdo General 5/2001, y la decisión del Tribunal en Pleno derivada de la contradicción de tesis 259/2009.

hipoxemia que generó la aplicación negligente de la anestesia, al considerar que:

- La anestesia en sí misma no constituye una cosa peligrosa por estar permitido su uso en el tratamiento de enfermos, quienes participan expresamente en el procedimiento de aplicación, por lo que no debe aplicarse el artículo 2070 del Código Civil para el Estado de Tabasco, pues éste prevé la responsabilidad por riesgo creado, la cual se constituye como fuente de obligaciones de naturaleza extracontractual, por la que se vincula a una reparación del daño causado por el uso de instrumentos, herramientas o cualquier cosa en sí misma peligrosa, independientemente de la ilicitud en la conducta asumida por el causante del daño, salvo prueba de haberse producido por negligencia inexcusable de la víctima.
- Los elementos de la acción para reclamar la reparación de un daño por responsabilidad objetiva, son: 1) el uso de un mecanismo peligroso por sí mismo, 2) que se cause un daño, 3) que exista una relación causa efecto-entre el hecho y el daño, y 4) que no exista culpa inexcusable de la víctima.
- El uso de la anestesia en los procedimientos quirúrgicos, a pesar de representar un riesgo, no puede desvincularse de la aceptación del paciente de los procedimientos quirúrgicos, por lo que su origen no puede ser propio de una causa de responsabilidad objetiva, inherente al riesgo creado, sino contractual, en la cual, el uso de la sustancia es aceptado tanto por el sujeto activo como por el pasivo. Esto es, no puede considerarse que la

anestesia represente un riesgo en abstracto, que justifique la aplicación de la teoría del riesgo creado, pues es consecuencia de la aplicación de normas contractuales, en donde el paciente conoce y acepta los riesgos del uso de dicho bien.

- Aun cuando los afectados en el amparo directo plantearon que los daños que sufrieron fueron resultado de la administración negligente de la anestesia, no era determinante analizar la posible negligencia, ya que los daños ocasionados por el uso de la anestesia fueron aceptados por el paciente.

ii. Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito

Al resolver el amparo directo 109/95, determinó no amparar al quejoso en contra de la demanda que lo condenó a pagar por los daños físicos y morales ocasionados por la conducta negligente en el uso de la anestesia que provocó en una menor de edad hipoxia y que la condujo a un estado de total incapacidad.

El Tribunal, al resolver, argumentó lo siguiente:

- Que según el artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal, la peligrosidad de las cosas no sólo depende de su naturaleza o características inherentes, sino también de su naturaleza funcional. Esto es, su peligrosidad depende de la función que cumpla y del fin que realice; son sustancias u objetos peligrosos, porque sólo podrán cumplir con un fin en tanto que originen un riesgo.

- Que la anestesia, por los efectos que produce (depresora intensa del sistema nervioso central), es peligrosa por el riesgo que origina su funcionamiento, ya que contiene otro tipo de sustancias que provocan la disminución de las funciones vitales.
- Que el daño originado por la anestesia genera responsabilidad objetiva, prevista en el referido artículo 1913, por el uso de una sustancia peligrosa, sin que sea necesario determinar si hubo o no culpa del agente o si las instituciones, equipo e instrumental médico del hospital demandado funcionaron adecuadamente.
- Que era irrelevante analizar el elemento subjetivo de la responsabilidad, ya que se estaba en presencia de una sustancia peligrosa que actualiza una responsabilidad objetiva.

b) Determinación de la contradicción de tesis

Previo a determinar si existía o no la contradicción de tesis, la Sala precisó que el objeto de resolverla radica en unificar los criterios contendientes y, con ello, generar seguridad jurídica, por lo que analizó diversas características emanadas de los criterios del Alto Tribunal.⁴

⁴ Entre las características a analizar, están las siguientes:

1. No es necesario que los criterios deriven de elementos de hecho idénticos, pero es esencial que estudien la misma cuestión jurídica, arribando a decisiones encontradas —así lo determinó el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 36/2007-PL, de la que emanaron las tesis P./J. 72/2010 y P. XLVII/2009—.

2. Que los tribunales contendientes hayan resuelto alguna cuestión litigiosa en la que se vieron en la necesidad de ejercer el arbitrio judicial a través de un ejercicio interpretativo mediante la adopción de algún canon o método, cualquiera que fuese.

Hecho esto, la Sala consideró que sí existe la contradicción de tesis denunciada y consiste en determinar el tipo de responsabilidad civil que generan los daños ocasionados por el uso negligente de la anestesia, toda vez que:

- Los Tribunales Colegiados contendientes analizaron un punto jurídico idéntico, consistente en determinar qué tipo de responsabilidad generan los daños ocasionados por el uso de la anestesia.

Así, el Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito, al resolver el amparo directo 421/2010, consideró que, independientemente de que la anestesia pudiera representar un riesgo, no se justificaba la aplicación de la teoría del riesgo creado, pues su uso se debe a un acuerdo de voluntades en donde el paciente conoce y acepta los riesgos que conlleva, por lo que el daño generado por su uso origina una responsabilidad contractual y no la prevista en el artículo 2070 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

- Por su parte, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver el amparo directo

³ Que entre los ejercicios interpretativos respectivos exista, al menos, un tramo de razonamiento en el que la diferente interpretación ejercida gire en torno a un mismo tipo de problema jurídico, ya sea el sentido gramatical de una norma, el alcance de un principio, la finalidad de una determinada institución o cualquier otra cuestión jurídica en general.

⁴ Que lo anterior pueda dar lugar a la formulación de una pregunta genuina acerca de si la forma de acometer la cuestión jurídica es preferente con relación a cualquier otra que, como la primera, también sea legalmente posible.

⁵ Que aun cuando los criterios sustentados por los tribunales contendientes no constituyan jurisprudencia debidamente integrada, ello no es requisito indispensable para proceder a su análisis y establecer si existe la contradicción planteada y, en su caso, cuál es el criterio que debe prevalecer —así lo determinó la Suprema Corte, funcionando en Pleno, en la tesis L/94, de rubro: "CONTRADICCIÓN DE TESIS. PARA SU INTEGRACIÓN NO ES NECESARIO QUE SE TRATE DE JURISPRUDENCIAS."; publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo 83, noviembre de 1994, página 35; Reg. Digital: 205420.

109/95, consideró que la anestesia, por los efectos que produce (depresora intensa del sistema nervioso central), es peligrosa por el riesgo que origina su funcionamiento, por lo que determinó que el daño derivado de su aplicación genera una responsabilidad de naturaleza objetiva, prevista en el artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal.

5. RESOLUCIÓN DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS

La Sala acudió a la legislación, a la jurisprudencia y a la doctrina, a fin de precisar y establecer qué tipo de responsabilidad se genera por el uso negligente de la anestesia, cuál es su naturaleza, objetiva o subjetiva, y a quién corresponde probar que se actuó con diligencia.

a) Estudio de algunas generalidades de la responsabilidad civil

i. Responsabilidad civil

Conforme a la teoría de la responsabilidad civil, el que causa un daño a otro está obligado a repararlo.⁵ Este daño puede ser originado por el incumplimiento de un contrato o por la violación del deber genérico de toda persona de no dañar a otra. En el primer caso, las partes están vinculadas con anterioridad al hecho productor de la responsabilidad, por lo que la responsabilidad contractual emana de un acuerdo de voluntades que ha sido transgredido por alguna de las partes; en el segundo, el vínculo nace por la realización de los hechos dañosos, esto es, la res-

⁵ La Sala se apoyó para resolver en los artículos 1910 y 2023 de los Códigos Civil para el Distrito Federal y para el Estado de Tabasco, respectivamente.

ponsabilidad extracontractual deriva del incumplimiento del deber genérico de no afectar a terceros.

Por otro lado, para que exista responsabilidad contractual basta con que se incumpla con la obligación pactada, mientras que la extracontractual puede tratarse de responsabilidad objetiva o subjetiva. La responsabilidad de índole subjetiva se funda en un elemento de carácter psicológico, ya sea porque existe la intención de dañar o porque se incurre en descuido o negligencia. En cambio, en la responsabilidad objetiva se encuentra ausente el elemento subjetivo, esto es, la culpa o negligencia.

ii. Responsabilidad civil médico-sanitaria

Este tipo de responsabilidad es la que se genera por los daños ocasionados en el ejercicio de la labor médica,⁶ la cual puede tener un origen contractual expreso o tácito, consistente en la prestación de servicios del médico, o puede derivar de la prestación del Estado de un derecho social, como los servicios de salud públicos.

Las actividades comprendidas en la responsabilidad médica contractual, son aquellas que se suscribieron en específico entre el médico y el paciente,⁷ es decir, aquellos deberes que por virtud de dicho contrato de prestación de servicios deben cumplir tanto

⁶ En este punto, la Sala consideró que aún se discute sobre el tipo de jurisdicción para reclamar el daño ocasionado por la actuación negligente y, en apoyo, resaltó el caso español en donde, de ser una responsabilidad de índole objetiva, pasó a ser subjetiva, toda vez que se requiere el elemento de la culpa o negligencia; y en donde, además, se optó por la unidad de la responsabilidad civil, en la cual convergen la responsabilidad contractual y la extracontractual, para lo cual no se requiere alegar un tipo especial de responsabilidad, sino que el Tribunal debe resolver aplicando las normas que más beneficien al afectado.

⁷ Puede considerarse a la obligación médica de resultado cuando se pacta un fin determinado, por ejemplo, una cirugía estética.

el médico como el paciente, por ejemplo, el pago de los servicios, la fecha del procedimiento; el lugar de la intervención médica, entre otros.

En la prestación de los servicios de seguridad social no existe un contrato entre particulares, sino que se origina una responsabilidad de índole administrativa, al ser el Estado responsable de los daños causados por el "actuar irregular" de sus agentes (médicos e instituciones del sector público).⁸

Sobre estos puntos, la Sala señaló que, independientemente del origen de la relación entre el médico y el paciente, la responsabilidad no debe regirse únicamente por las reglas propias del incumplimiento contractual, sino que pueden coexistir responsabilidades de naturaleza contractual y extracontractual,⁹ porque la responsabilidad de los médicos va más allá de la relación contractual, pues están obligados a actuar de acuerdo con los estándares de su profesión –ya sea por disposición en las Normas Oficiales Mexicanas o por sujetarse a las técnicas, médicas o científicas exigibles¹⁰ (*lex artis ad hoc*) o, simplemente actuar con diligencia (*lex artis*).¹¹

⁸ La Sala, para argumentar este punto, se apoyó en la jurisprudencia P./J. 42/2008, de rubro: "RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO OBJETIVA Y DIRECTA. SU SIGNIFICADO EN TÉRMINOS DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 113 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS."; publicada en el *Semanario ... op. cit.*, Novena Época, Tomo XXVII, junio de 2008, página 722; Reg. Digital: 169424.

⁹ Apoya la conclusión anterior, en la tesis de rubro: "RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA Y OBJETIVA, COEXISTENCIA DE LAS."; publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Volúmenes 169-174, Cuarta Parte, página 166; Reg. Digital: 240456.

¹⁰ Véase la tesis 1a. CLXXII/2014 (10a.), de rubro: "RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA PRESTACIÓN DEFICIENTE DE LOS SERVICIOS DE SALUD PÚBLICA. CUÁNDO SE CONFIGURA LA NEGLIGENCIA MÉDICA EN ESTOS CASOS."; publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, página 818; Reg. Digital: 2006252.

¹¹ De las conclusiones arribadas por la Sala derivó la tesis aislada 1a. CXLI/2012 (10a.), de rubro: "RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA. REBASA LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.";

Así, para determinar el tipo de responsabilidad derivada de los daños generados por los profesionales médico-sanitarios, deberá analizarse el cumplimiento o incumplimiento de las prescripciones de la ciencia médica en el momento del desempeño de sus actividades, esto es, que cumplan su deber en concreto, derivado del contrato de prestación de servicios, pero también con el genérico que va más allá de lo pactado, consistente en observar la diligencia correspondiente a su profesión.

En este sentido, la Sala estimó que los daños generados al paciente ocasionados por el actuar negligente de los médicos no pueden quedar comprendidos dentro de la responsabilidad contractual, ya que no puede ser materia de un contrato la afectación indebida a la integridad física, o a la vida, por tratarse de valores indisponibles.¹²

iii. Responsabilidad extracontractual en el caso del suministro negligente de la anestesia

Para conocer qué tipo de responsabilidad se actualiza en el caso del suministro negligente de anestesia, la Sala realizó un estudio en el que, en primer lugar, planteó la perspectiva que tuvo para resolver el Tribunal Colegiado en Materias Civil y del Trabajo del Décimo Circuito, el cual argumentó que debido a que la normativa aplicable —NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-170-SSA1-1998, PARA LA PRÁCTICA DE ANESTESIOLOGÍA—¹³ exige

publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XI, agosto de 2012, Tomo 1, página 495; Reg. Digital: 2001472. Visible en la página 59 de este documento.

¹² La Sala destacó que en el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo Español en la STS de 24 de julio de 1964, página 253.

¹³ El punto 16.1.1 de la NOM en comento, exige la firma del paciente en la que asegura conocer el riesgo de la administración de la anestesia.

el consentimiento del paciente para la aplicación de la anestesia, significa que los posibles daños generados por aquélla ocasionan una responsabilidad de tipo contractual, ya que el paciente conoce los riesgos derivados de tal procedimiento médico.

Al respecto, consideró que el deber impuesto por la referida NOM autoriza al médico a intervenir en los derechos de salud e integridad física del paciente, pues éste tiene derecho a decidir libremente sobre la aplicación de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos ofrecidos, ya que, de otro modo, se vulnerarían sus derechos fundamentales de libertad personal y a la auto-disposición sobre el propio cuerpo.¹⁴

Además, precisó que la exigencia del consentimiento también está establecida en la Ley General de Salud,¹⁵ al señalar que es

¹⁴ Para lo cual se refirió a lo que ha establecido en cuanto al consentimiento informado la Sala 1a. del Tribunal Supremo Español — SSTS, 1a., 12 de enero de 2001, RJ 2001/3, y 11 de mayo de 2001, RJ 2001/6197—.

¹⁵ Ley General de Salud. CAPÍTULO IV. Usuarios de los Servicios de Salud y Participación de la Comunidad

ARTÍCULO 50.- Para los efectos de esta Ley, se considera usuario de servicios de salud a toda persona que requiera y obtenga los que presten los sectores público, social y privado, en las condiciones y conforme a las bases que para cada modalidad se establezcan en esta Ley y demás disposiciones aplicables.

ARTÍCULO 51 Bis 1.- Los usuarios tendrán derecho a recibir información suficiente, clara, oportuna, y veraz, así como la orientación que sea necesaria respecto de su salud y sobre los riesgos y alternativas de los procedimientos, diagnósticos terapéuticos y quirúrgicos que se le indiquen o apliquen.

ARTÍCULO 51 Bis 2.- Los usuarios tienen derecho a decidir libremente sobre la aplicación de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos ofrecidos. En caso de urgencia o que el usuario se encuentre en estado de incapacidad transitoria o permanente, la autorización para proceder será otorgada por el familiar que lo acompañe o su representante legal; en caso de no ser posible lo anterior, el prestador de servicios de salud procederá de inmediato para preservar la vida y salud del usuario, dejando constancia en el expediente clínico.

Los usuarios de los servicios públicos de salud en general, contarán con facilidades para acceder a una segunda opinión.

ARTÍCULO 77 Bis 37.- Los beneficiarios del Sistema de Protección Social en Salud tendrán además de los derechos establecidos en el artículo anterior, los siguientes:

V. Recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz, así como la orientación que sea necesaria respecto de la atención de su salud y sobre los riesgos y alternativas de los procedimientos diagnósticos, terapéuticos y quirúrgicos que se le indiquen o apliquen;

VII. Contar con su expediente clínico;

un derecho del paciente otorgar o no su consentimiento, válidamente informado, en la realización de tratamientos o procedimientos médicos, por lo que, para poder intervenir al paciente, es necesario que se le den a conocer las características de éstos, así como los riesgos que implica tal intervención.

Lo anterior, excepto cuando se trate de situaciones de emergencia, donde la normativa señala que cuando el paciente se encuentre en estado de incapacidad transitoria o permanente, la autorización para intervenirlo será otorgada por el familiar que lo acompañe o por su representante legal; pero, de no ser posible, el médico podrá intervenir al paciente, dejando constancia en el expediente clínico.¹⁶

Por otro lado, la Sala señaló respecto del consentimiento en un sentido genérico, que por medio de éste pueden autorizarse o consentirse situaciones en las que el ordenamiento jurídico deja los bienes o derechos lesionados a la libre disponibilidad del titular, pero que éste no puede prestarse para la intromisión o lesión de derechos que hayan quedado fuera de la disposición del sujeto.

VIII. Decidir libremente sobre su atención;

IX. Otorgar o no su consentimiento válidamente informado y a rechazar tratamientos o procedimientos.

¹⁶ Así, lo prevé la Ley General de Salud en su artículo 51 Bis 2, que dispone: "Los usuarios tienen derecho a decidir libremente sobre la aplicación de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos ofrecidos. En caso de urgencia o que el usuario se encuentre en estado de incapacidad transitoria o permanente, la autorización para proceder será otorgada por el familiar que lo acompañe o su representante legal; en caso de no ser posible lo anterior, el prestador de servicios de salud procederá de inmediato para preservar la vida y salud del usuario, dejando constancia en el expediente clínico.

Los usuarios de los servicios públicos de salud en general, contarán con facilidades para acceder a una segunda opinión."

Así, afirmó que el paciente, mediante el consentimiento informado, asume los riesgos y consecuencias inherentes o asociados a la intervención autorizada, pero no excluye la responsabilidad médica cuando exista una actuación negligente de los médicos o las instituciones de salud involucradas.¹⁷

La Sala precisó que dentro de la ciencia médica existen riesgos aceptados que pueden presentarse aun cuando las intervenciones en el paciente se realicen bajo los más altos estándares que exija la profesión; riesgos que, en algunos casos, permiten estimar el tipo de daños que pueden generar, así como la probabilidad de su ocurrencia.¹⁸ Sin embargo, existen otro tipo de daños que no derivan de los procedimientos médicos, sino del actuar negligente de los profesionales médicos, los que son inaceptables por el paciente cuando decide someterse a una intervención quirúrgica, ya que se encuentran fuera del ámbito contractual.

Concluyó que, aun cuando el paciente acepte el uso de la anestesia, si se determina que se suministró negligentemente, o bien, que los cuidados post-operatorios fueron inadecuados, se

¹⁷ De esta conclusión derivó la tesis 1a. XLIII/2012 (10a.), de rubro: "CONSENTIMIENTO INFORMADO. DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS PACIENTES."; publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XI, agosto de 2012, Tomo 1, página 478; Reg. Digital: 2001271. Visible en la página 58 de este documento. Por otro lado, destaca que para llegar a hipótesis la Sala se refirió a la STSJ de Navarra 22/2001, de 27 de octubre, que señala "la consecuencia fundamental de su otorgamiento es la asunción por el paciente de los riesgos y consecuencias inherentes o asociadas a la intervención de que haya sido previamente informado, siempre que no resulten imputables al negligente proceder del facultativo interviniente o al mal funcionamiento del centro o servicio médico en que se práctica (SSTS 23 de abril de 1992, RJ 1992/3323; 26 de septiembre de 2000, RJ 2000/8126; STSJ Navarra 6 de marzo de 1996, RJ 1996/1941" y a la jurisprudencia de la Sala 3a. del Tribunal Supremo que insiste en que "existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada" (SSTS, 3a., 10 de octubre de 2000, RJ 2000/7804; 7 de junio de 2001, RJ 2000/4198."

¹⁸ Como ejemplo de estos riesgos, la Sala señaló el uso de la quimioterapia empleada para tratar el cáncer de mama, la cual, comúnmente, afecta la fertilidad debido a que causa insuficiencia ovárica temporal o permanente.

actualiza una responsabilidad extracontractual, ya que los daños sufridos por ello no pueden aceptarse mediante un contrato de prestación de servicios entre el médico y el paciente, al tratarse de bienes jurídicos indisponibles, como la salud, la integridad física o la vida.

iv. Responsabilidad subjetiva médico-sanitaria

La Sala, después que determinó que los daños ocurridos por el actuar negligente de los profesionales médico-sanitarios generan una responsabilidad de carácter extracontractual, verificó si ésta es de naturaleza subjetiva, es decir, si debe probarse la culpa o negligencia del que causó el daño.

Precisó que la doctrina clasifica la responsabilidad extracontractual en subjetiva cuando los daños y perjuicios han sido causados por una conducta culpable; y, en objetiva, cuando provienen de una conducta consistente en aprovechar un objeto peligroso.¹⁹

Así, señaló que la ausencia del elemento subjetivo en la teoría del riesgo creado se funda en el argumento de justicia, que consiste en que es razonable que quien genera un riesgo para los demás, a través de una actividad con la que se procura algún provecho, pague los daños ocasionados por realizarla.

Que la responsabilidad subjetiva consiste en reparar el daño ocasionado a un tercero cuando éste haya sido provocado por

¹⁹ Para lo cual se apoyó en la tesis aislada, emitida por la Tercera Sala, de rubro: "RIESGO, FUNDAMENTO DE LA TEORIA DEL."; publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Volumen LVIII, página 1954; Reg. Digital: 356349.

la culpa o negligencia del demandado, mientras que la responsabilidad objetiva es aquella derivada del daño generado por el uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosos aunque no se obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.²⁰

Que tanto la doctrina especializada como los tribunales de otros países, han determinado que la responsabilidad médico-sanitaria es de carácter subjetivo, esto es, que es necesario probar el elemento de la culpa o el actuar negligente del profesionista para que exista el deber de indemnización.²¹ Además, que la obligación de los médicos es de medios, no de resultados, pues no se trata de obtener, en todo caso, la recuperación del enfermo (curarlo), sino hacer todo lo que esté a su alcance para la consecución de dicho objetivo, según las exigencias de actuar con diligencia (*lex artis*).

Que el ejercicio de la ciencia médica conlleva riesgos que no siempre pueden evitarse, por lo que para responsabilizar al

²⁰ ARTÍCULO 2024.- Obligación de reparar los daños y perjuicios

El autor de un hecho ilícito debe reparar los daños y perjuicios que con tal hecho cause a otra persona, a menos que demuestre que el daño o el perjuicio se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Esta responsabilidad puede ser a cargo de una persona que no sea la autora del hecho ilícito, en los casos en que así lo disponga la ley.

ARTÍCULO 2070.- Concepto

Cuando una persona utilice como poseedor originario o precario, por sí o por medio de un subordinado, mecanismos, instrumentos, aparatos, substancias o bienes peligrosos 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 o no exista culpa de su parte, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

La responsabilidad establecida en este artículo existirá aun cuando el daño se haya causado por caso fortuito o fuerza mayor.

Si el daño se debiera a la culpa de un tercero, éste será el responsable. Deberá existir una relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.

²¹ Para este supuesto señalé como ejemplo el caso de España, donde se requiere el elemento de la culpa para que se configure la responsabilidad.

personal médico-sanitario por los daños ocasionados en los procedimientos a su cargo, debe probarse que actuaron negligentemente; de ahí que su responsabilidad sea de índole subjetiva, cuyos elementos son: el daño, la culpa y el nexo causal entre dicho daño y culpa.

Esto se justifica porque en la práctica de la medicina confluyen numerosos elementos aleatorios como para que pueda llegar a fundamentarse una responsabilidad objetiva que, supondría una carga tan grande que llevaría a los profesionistas a ejercer un tipo de medicina defensiva que terminaría perjudicando al paciente en último término.

Respecto de la anestesia, que era claro el beneficio social que genera su uso, pues protege valores como la salud y la integridad física, como lo señala en términos generales la introducción de la NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-170-SSA1-1998, PARA LA PRÁCTICA DE ANESTESIOLOGÍA; ya que su administración es imprescindible para el tratamiento de diversas afectaciones médicas, por lo que su uso tiene un fin social, razón por la cual, para responsabilizar a los profesionales médicos o a las instituciones que participan en el proceso anestésico, debe acreditarse que la administración de la anestesia se realizó con infracción o sin sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para los mismos —*lex artis ad hoc*—, como son los cuidados que exige la referida NOM, y si se cumplió con el deber de diligencia que le exige la profesión.

La Sala estableció que, acorde con la mencionada NOM, la responsabilidad del médico especialista en anestesiología va desde el estudio y valoración del paciente, previo a la aplicación de la anestesia, para seleccionar el procedimiento de menor

riesgo y más apropiado a cada situación; la aplicación correcta y oportuna del mismo, vigilando permanentemente las condiciones trans-operatorias del paciente; hasta la recuperación post-anestésica, que implica la eliminación del estado provocado y la estabilidad completa de sus funciones.

Así, determinó que el cuidado anestésico es un proceso que abarca tres etapas pre, trans y post-anestésica y que, durante dicho procedimiento, el médico especialista tiene diversas obligaciones que debe cumplir con diligencia, ya que de otro modo será responsable de los daños que se originen.

Derivado de lo anterior, la Sala concluyó que si bien el uso de la anestesia debe realizarse bajo los más altos estándares de la profesión médica, por los riesgos que involucra, no puede llegarse al extremo de determinar que cualquier daño que genere su administración deba resarcirlo el médico especialista que la administra, pues también debe ponderarse su actuación.

v. Presunción de actuación negligente de los daños originados por el suministro de la anestesia

La Primera Sala señaló que, en atención al derecho de indemnización de la víctima, la carga de la prueba de la diligencia recae en los médicos y/o en las instituciones médicas, en virtud de que para el afectado resulta difícil probar la culpa de éstos, por lo que se desplaza la carga de la prueba para que, por ejemplo, sea el médico quien demuestre que al aplicar la anestesia lo hizo conforme a los cuidados establecidos en la normativa de la materia y al deber de diligencia que le exige la profesión.

Además, porque de acuerdo a los principios de facilidad y proximidad probatoria, debe satisfacer la carga de la prueba la parte que dispone de los medios de prueba o puede producirla o aportarla al proceso a un menor coste para que pueda valorarse por el Juez, lo que recae en los profesionales médicos y/o en las instituciones de salud, quienes pueden acceder con mayor facilidad a ellos para demostrar su actuar diligente, además de que poseen los conocimientos necesarios para determinar qué información puede ser relevante en el proceso, como son la documentación del procedimiento anestésico²² y el expediente médico del paciente.²³

Lo anterior, no implica que el médico tenga que acreditar que su actuación no fue la que causó el daño, pues la inversión de la carga de la prueba no abarca otros elementos de la responsabilidad, como la existencia de una relación de causalidad entre la conducta y el daño, sino que, exclusivamente, se limita al elemento subjetivo de la responsabilidad, cuyos elementos son el daño, la culpa y el nexo causal entre dicho daño y la culpa.

²² Norma Oficial Mexicana NOM-170-SSA1-1998 PARA LA PRÁCTICA DE ANESTESIOLOGÍA, numerales 11 a 11.10:

11. Documentación del procedimiento anestésico.

11.1 Documentar los signos vitales. Cuando se utilice ventilación mecánica tendrá que emplearse una alarma para detectar desconexión.

11.2 Registrar el inicio del procedimiento anestésico.

11.3 Registrar el inicio del procedimiento quirúrgico.

11.4 Registrar las dosis de los medicamentos o agentes usados y los tiempos en que fueron administrados.

11.5 Anotar la técnica utilizada.

11.6 Tipo y cantidades de líquidos intravenosos administrados, incluyendo sangre y sus derivados.

11.7 Registrar las contingencias.

11.8 Anotar la duración del procedimiento quirúrgico.

11.9 Anotar la duración de la anestesia.

11.10 Registrar el estado del paciente al concluir la anestesia.

²³ La Sala, al arribar a esta conclusión, hizo referencia a que en términos similares se pronunció el Tribunal Supremo Español en el asunto STS, 1a. de 25 de junio de 2002.

En consecuencia, el revertir la carga de la prueba de la culpa significa que será el profesional médico el que deberá demostrar que no actuó negligentemente, esto es, acreditar que el suministro de la anestesia se realizó bajo los estándares legales y profesionales de diligencia que les son exigibles.

La Sala precisó que si el médico aceptara que su responsabilidad es objetiva sería al acreditarse que se ocasionó un daño, sin importar si su conducta se adecuó a los estándares de actuación que le exige la normativa y la *lex artis* de la profesión.

Así, debe distinguirse la responsabilidad objetiva de la subjetiva, donde es el demandado quien debe probar que actuó diligentemente, por lo que si no logró hacerlo, será responsable por los daños ocasionados por el suministro de dicha sustancia.

En ese sentido, la Sala reiteró que sí existe la contradicción mencionada, como lo había precisado.

6. CRITERIO QUE DEBE PREVALECER

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que debe prevalecer la siguiente tesis de jurisprudencia 1a./J. 22/2011 (10a.):

DAÑOS ORIGINADOS POR LA APLICACIÓN NEGLIGENTE DE LA ANESTESIA. GENERAN UNA RESPONSABILIDAD CIVIL DE ÍNDOLE SUBJETIVA (LEGISLACIÓN CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE TABASCO).—Aun cuando el paciente haya otorgado su consentimiento informado para la administración de la sustancia denominada anestesia, los daños generados por la administración negligente

de la misma actualizan una responsabilidad de índole extracontractual, al estar en juego valores indisponibles para el paciente como el derecho a la salud y el derecho a la vida. Ahora bien, tal responsabilidad extracontractual es de carácter subjetivo, por lo que para exigir la reparación de los daños generados por el uso de anestesia debe probarse el elemento subjetivo de la conducta. No obstante, existe la presunción de que los daños ocasionados por la anestesia fueron originados por un actuar negligente, por lo que le corresponderá desvirtuar dicha presunción al personal médico que participó en las etapas que abarca el cuidado anestésico.²⁴

Contradicción de tesis 93/2011. Suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito. 26 de octubre de 2011. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos en cuanto a la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Unanimidad de cinco votos respecto al fondo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Ana María Ibarra Olguín y Arturo Barcena Zubieta.

Tesis de jurisprudencia 22/2011 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha treinta de noviembre de dos mil once.

7. TESIS AISLADAS DERIVADAS DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 93/2011

Además de determinar el criterio jurisprudencial que debe regir, la Primera Sala consideró pertinente emitir dos criterios aislados,

²⁴ Tesis publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XI, agosto de 2012, Tomo 1, página 235; Reg. Digital: 2001287.

que aunque no constituyen jurisprudencia, porque no resuelven el tema de la contradicción denunciada, son orientadores, dada la importancia de lo que sostienen. Dichos criterios son:

CONSENTIMIENTO INFORMADO. DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS PACIENTES.—El consentimiento informado

es consecuencia necesaria o explicitación de derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia, el cual consiste en el derecho del paciente de otorgar o no su consentimiento válidamente informado en la realización de tratamientos o procedimientos médicos. En tal sentido, para que se pueda intervenir al paciente, es necesario que se le den a conocer las características del procedimiento médico, así como los riesgos que implica tal intervención. A través de éste el paciente asume los riesgos y consecuencias inherentes o asociados a la intervención autorizada; pero no excluye la responsabilidad médica cuando exista una actuación negligente de los médicos o instituciones de salud involucrados.²⁵

Contradicción de tesis 93/2011. Suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito. 26 de octubre de 2011. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos en cuanto a la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Unanimidad de cinco votos respecto al fondo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Ana María Ibarra Olguín y Arturo Bárcena Zubieta.

Nota: Esta tesis no constituye jurisprudencia, ya que no resuelve el tema de la contradicción planteada.

²⁵ Tesis 1a. XLIII/2012 (10a.), publicado en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XI, agosto de 2012, Tomo 1, página 478; Reg. Digital: 2001271.

RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA. REBASA LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.—

La responsabilidad médico-sanitaria puede tener un origen contractual expreso o tácito, el cual consiste en la prestación de servicios del médico, o bien, puede derivar de la prestación del Estado de un derecho social, como son los servicios de salud públicos. En el primer supuesto, las actividades comprendidas en la responsabilidad médica contractual, son aquellas que se suscribieron en específico entre el médico y el paciente. En contraposición, en la prestación de los servicios de seguridad social no existe un contrato entre particulares, sino que se origina una responsabilidad de índole administrativo, al ser el Estado responsable de los daños causados por el "actuar irregular" de sus agentes, médicos e instituciones del sector público. No obstante, la responsabilidad de los profesionales médico-sanitarios va más allá de los deberes contenidos o derivados de la relación contractual, ya que están obligados a actuar de acuerdo con los estándares de su profesión, los cuales pueden derivar tanto de disposiciones reglamentarias, como de los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica.²⁶

Contradicción de tesis 93/2011. Suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito. 26 de octubre de 2011. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos en cuanto a la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Unanimidad de cinco votos respecto al fondo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Ana María Ibarra Olguín y Arturo Bárcena Zubieta.

Nota: Esta tesis no constituye jurisprudencia, ya que no resuelve el tema de la contradicción planteada.

²⁶ Tesis 1a. CXLII/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XI, agosto de 2012, Tomo 1, página 495; Reg. Digital: 2001472.