

III. COMENTARIO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA POR APLICACIÓN NEGLIGENTE DE ANESTESIA

*Dra. Elvia Lucía Flores Ávalos**

1. ANTECEDENTES

El comentario versa sobre la jurisprudencia formada por la contradicción de tesis existente entre resoluciones del Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito y del Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, respecto del artículo 2070 del Código Civil del Estado de Tabasco, en redacción similar al artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal, relativos a la responsabilidad civil objetiva por considerar a la anestesia como una sustancia peligrosa y, por tanto, en caso de generar daños a la salud o la muerte del paciente, existe la obligación de reparar el daño moral.

Los antecedentes de los asuntos resueltos y que dan lugar a la contradicción son:

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

a) El Tribunal Colegiado en Materia Civil y de Trabajo del Décimo Circuito

- *** y ***, el primero en nombre y representación de ***, en su carácter de tutor interino, y la segunda, en nombre y representación del menor ***, en ejercicio de la patria potestad, demandaron en vía ordinaria civil la responsabilidad civil y reparación del daño moral, en contra del *** y *** de las personas físicas, doctores *** y ***, por la muerte del menor derivada de la hipoxemia que generó la aplicación negligente de la medicación anestésica.
- Seguido del juicio por sus fases legales, la Juez de primera instancia dictó sentencia en la que declaró que los actores no acreditaron los elementos constitutivos de su acción y absolvió a los demandados de las prestaciones reclamadas.
- Inconformes los actores con esa sentencia, interpusieron recurso de apelación, en el que la Sala dictó resolución revocando la de primera instancia, condenándose a los demandados, en forma solidaria, al pago de la indemnización por la muerte de ***.
- Inconforme con lo anterior, ***, promovió demanda de amparo directo, que amparó al quejoso, al considerar como argumento principal que "Las características de la anestesia se encuentran descritas en la NOM-170-SSA1-1998, de la que se desprende que su uso en los procedimientos quirúrgicos, a pesar de representar un riesgo, no puede desvincularse de la aceptación del paciente

para someterse a los procedimientos quirúrgicos que habrán de tener lugar, luego su origen no puede ser propio de una causa de responsabilidad objetiva, inherente al riesgo creado, sino contractual, en el cual la utilización de la sustancia es aceptado tanto por el sujeto activo como por el sujeto pasivo.

b) El Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito

- *** y ***, por su propio derecho y en ejercicio de la patria potestad de su menor hija ***, ocurrieron a demandar del ***, la indemnización por los daños materiales causados a la menor por la conducta negligente del personal que labora para la demandada, ya que por el uso de la anestesia la menor sufrió hipoxia, la que al final la condujo a un estado total de incapacidad.
- Agotados los trámites legales, se dictó sentencia en la que se condenó a la demandada a pagar a la parte actora, los daños físicos y morales que le fueron ocasionados como consecuencia de la operación a la que se sometió en el nosocomio.
- En contra de la sentencia anterior, la demandada interpuso recurso de apelación, mismo que se resolvió por la Sala responsable quien la confirmó.
- Inconforme con esa resolución se tramitó el juicio de amparo directo, donde se confirmó la resolución de la Sala, al considerar que es aplicable la responsabilidad objetiva por el riesgo existente al utilizar la anestesia, por los efectos que produce (depresora intensa del sis-

tema nervioso central) es peligrosa por el riesgo que origina su funcionamiento, pues si bien el quejoso argumenta que dicha sustancia contiene el oxígeno necesario para la vida, ello no quiere decir que por ese solo hecho deje de ser una sustancia peligrosa, ya que contiene otro tipo de compuestos que, al funcionar, provocan la disminución de las funciones vitales.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL

Existen elementos comunes a toda responsabilidad civil que emanan de la premisa general establecida en el artículo 1910 del Código Civil Federal que establece: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que se demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima." La regla general es responder por los daños causados ilícitamente a otro. Esto deriva en la obligación de indemnizar por el daño generado; en palabras de Santos Briz todo tipo de responsabilidad civil "responde a un mismo principio común de Derecho y a la misma finalidad reparadora comprendida en el concepto genérico de la indemnización,"¹ misma que se presenta en la responsabilidad contractual, extracontractual y guarda analogía con la responsabilidad penal.

Los elementos de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, son: imputación de una conducta, anti-juridicidad, culpabilidad, daño y reparación del daño, este último que agregamos nosotros y no es común encontrar.

¹ Santos Briz, Jaime, *La responsabilidad civil; Derecho sustantivo y derecho procesal*, 3a. ed., Madrid, España, Montecorvo, 1981, p. 23.

a) *Imputación de la conducta*

Se refiere a la conducta o comportamiento que causa un daño y a la obligación de repararlo. Para que esta acción produzca consecuencias jurídicas se requiere que sea externa, cualquier aspecto interior —psíquico— queda excluido del campo del derecho,² de tal suerte que lo que interesa a éste es la acción u omisión externa del individuo que produzca un daño.

La acción o conducta es entendida como "todo obrar humano voluntario y, por ello, objetivamente imputable,"³ es decir, se requiere de la voluntad externa y consciente de una persona que tiene como finalidad producir un daño y se le imputa directamente a un sujeto o agente, que realiza una acción u omite hacer una conducta a la cual está obligado y, como consecuencia de ello, se presenta el daño y la imputación para resarcirlo.

Ésta tiene dos vertientes: una positiva: consistente en un hacer, y otra negativa: relativa a un no hacer. El incumplimiento de las obligaciones se da por no otorgar las prestaciones a que se comprometió uno de los contratantes y que se derivan en una conducta de dar, hacer o no hacer. De tal manera que el que se obligó a entregar algo, no lo dio; el obligado a hacer, no hizo y quien no debía actuar, actuó, incurriendo así en responsabilidad.⁴

² Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por Daños*, t. I, *Parte General*, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 43 y ss.

³ Larenz, Karl, "Derecho de las obligaciones", t. II, Jaime, Santos Briz, (tr.), *Revista de Derecho Privado*, Madrid, España, 1959, p. 564.

⁴ Cfr. Mosset Iturraspe, *op. cit.*, nota 2, p. 44.

Una acción es imputable al sujeto cuando éste actuó con la intención de realizar o no una conducta. "La voluntad es el factor moral indispensable para la existencia de la acción,"⁵ es una acción consciente, asumiendo los resultados de la conducta realizada o no hecha. Es preciso apuntar la importancia de diferenciarla de la responsabilidad que surge por culpa,⁶ es decir, por parte de un sujeto que no prevé la consecuencia de su conducta, y aun cuando no era su intención causar daño y éste se presenta, será responsable si ocupa mecanismos que impliquen riesgo; en estos casos es responsable objetivamente.

De tal manera, que el concepto de imputación se complementa; ya no sólo es la voluntad la que interviene, sino que también la culpabilidad y el riesgo creado. Al respecto, Mosset Iturraspe señala que él prefiere utilizar la palabra "autoría" cuando hace referencia a la intención o voluntad de causar daño conscientemente, y cuando se presenta el daño de forma incidental se configura el concepto de imputación, valorando la culpa y el riesgo creado.⁷

b) Antijuridicidad

La conducta, acción o comportamiento genera responsabilidad civil cuando ésta es antijurídica, es decir, cuando se actúa en forma contraria a la ley o a las estipulaciones pactadas en un contrato o convenio entre las partes. Puede entonces decirse que antijuridicidad es un actuar o no conforme a una norma, que se encuentra establecida en la ley, en sentido amplio, códigos,

⁵ Santos Briz, Jaime, *op.cit.*, nota 1, p. 25.

⁶ *Ibid*, p. 23.

⁷ Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, *op. cit.*, nota 2, p. 49.

leyes, reglamentos, etcétera, o en las normas individualizadas que las partes crean para cumplir en un determinado contrato o convenio, y que obligan sólo a ellas con la calidad de ley.

La antijuridicidad puede entenderse de distintas maneras, pero nosotros únicamente nos limitaremos a aquella que al presentarse, genere el derecho subjetivo para reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios.

Cuando la conducta es una trasgresión a la validez de los actos jurídicos, como en el caso de la afectación a los elementos esenciales o de validez, trae como efecto la nulidad absoluta o relativa del acto jurídico y, por ende, el derecho subjetivo de reclamar el resarcimiento de daños.⁸

i. Antijuridicidad formal

Cuando la acción o conducta aparece expresamente prohibida por las leyes, estamos en presencia de ilegalidad, que es una variante de la antijuridicidad y que Mosset Iturraspe denomina "antijuridicidad formal."⁹ Tal es la hipótesis señalada en el artículo 569 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece:

Ni con licencia judicial, ni en almoneda o fuera de ella puede el tutor comprar o arrendar los bienes del incapacitado, ni hacer contrato alguno respecto de ellos, para sí, sus ascendientes,

⁸ Por ejemplo, el dolo como vicio del consentimiento que invalida relativamente el acto jurídico, y que puede ser convalidado por voluntad de las partes, pero que produce dependiendo del supuesto en el que se presente el pago de daños y perjuicios. La antijuridicidad deviene en estos casos de la ley, y si lo exige su convalidación el afectado, ésta puede surtir sus efectos normales. La ley señala como excepción que cuando las dos partes proceden con dolo, ninguna podrá alegar la nulidad ni reclamarse indemnizaciones por ese hecho. Código Civil Federal. Artículos 1815 y 1817.

⁹ Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, *op. cit.*, nota 2, p. 59.

su mujer o marido, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad. Si lo hiciere, además de la nulidad del contrato, el acto será suficiente para que se le remueva.¹⁰

Las prohibiciones legales son conductas antijurídicas que al presentarse son de por sí elemento necesario para que ocurra la responsabilidad civil y la indemnización de los daños que haya causado con su actuar.

ii. Antijuridicidad material

Al lado de esta modalidad de antijuridicidad formal, se encuentra la "material" que son las prohibiciones derivadas del orden público, la moral y las buenas costumbres. En materia de contratos, señala el referido Código, en el artículo 1831, que: "el fin o motivo determinante de la voluntad de los contratos tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres."¹¹

Otra conducta antijurídica es la que surge de daños injustos o sin derechos, que muchos autores llaman ilícitos, y que corresponde al deber jurídico genérico de respeto sobre los derechos de los demás y, particularmente, sobre los derechos de la personalidad, tal y como lo establece el artículo 1916, en su segundo párrafo: "Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo..."¹¹ También se presenta un daño injusto cuando se incumple con una obligación y, por consecuencia, surge el compromiso de resarcirlo.

¹⁰ Código Civil para el Distrito Federal.

¹¹ *Ibid*, artículo 1916.

Es preciso distinguir la antijuridicidad en materia penal y la civil. En el primer caso, la antijuridicidad es formal, ya que siempre requiere que se cumpla con el principio de legalidad. La ley debe tipificar clara y precisamente la conducta que ha de sancionarse, sobre la base del principio de derecho *nulo crimen, nula pena sin ley*.¹² En cambio, el derecho civil reconoce la antijuridicidad formal y material, pues admite una serie de actos ilícitos, en la imposibilidad de prever todos los deberes jurídicos cuya violación engendra responsabilidad.¹³

iii. Causas de justificación

El principio de antijuridicidad tiene diversas excepciones o causas de justificación, es decir, aun cuando la acción o la conducta cause un daño, si las partes la aceptan con ello se excluye la responsabilidad. Existen varios supuestos excluyentes de responsabilidad, pero para el comentario que ahora realizamos, es importante analizar el consentimiento que el paciente o su representante legal otorga para ser intervenido quirúrgicamente y sometido al procedimiento de anestesia. Conforme al principio contractual de las partes, se excluye de la responsabilidad por pactos escritos, cuando se brinda el "consentimiento, libre e informado", por lo que cualquier intervención médica o tratamiento, si cuenta con este documento, excluiría de responsabilidad al

¹² Garantizado en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 14, que establece en su párrafo tercero: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata." Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹³ Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, *op. cit.*, nota 2, p. 62. y Cfr. tb. Santos Briz, Jaime, *op. cit.*, nota 1, p. 30. Este principio también se encuentra en nuestra Constitución, al señalar en el artículo 14, párrafo 4o., que: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho." Y ratificado por el artículo 19 del Código Civil Federal que es idéntico en contenido.

hospital y al equipo médico participante. Sin embargo, el documento firmado no implica que el procedimiento se hizo con pericia, es decir, que excluya de responsabilidad, salvo prueba en contrario de la *mala praxis*, esto en cuanto a la relación contractual, pero también surge la responsabilidad objetiva por riesgo creado, al ser la anestesia una sustancia peligrosa que implica un riesgo.

c) *Culpabilidad*

La conducta culposa puede ser con dolo o culpa, de su calificación resulta el grado de responsabilidad civil, y también la forma de buscar la reparación del daño.

i. Dolo

El dolo, como causa de incumplimiento de obligaciones, se da cuando el deudor actúa con la intención de no cumplir con las prestaciones a las cuales se comprometió para causar de antemano un perjuicio al acreedor y, por tanto, está obligado a reparar el daño generado por su actuar doloso.¹⁴ En este supuesto, siguiendo a Mosset Iturraspe, se habla de autoría cuando la voluntad del sujeto es causar un daño; por eso mismo, nuestro Código Civil tiene disposición expresa en el artículo 2106, que estipula: "La responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula."¹⁵

¹⁴ Flores Ávalos, Elvia Lucía, *Responsabilidad civil derivada de las prácticas genéticas*, México, UNAM-Porrúa, 2011, p. 136.

¹⁵ Código Civil Federal, artículo 2106.

En definitiva, la intención de causar un daño es lo que caracteriza al dolo, así lo sustenta Santos Briz al citar la sentencia de 21 de diciembre de 1936, que dictó:

siendo el dolo la voluntad o deseo de producir un resultado dañoso, está constituido por el conjunto de dos elementos; uno, de carácter subjetivo, el ánimo intencional del agente, y el otro, objetivo o material, el medio o acto extremo a través del cual lo realiza, ambos de marcada diferencia pues mientras el último supone una cuestión de hecho, aquél representa una cuestión juris", —señala el autor— "En definitiva, la actuación dolosa civil presupone una voluntad o intención dirigida a un determinado acto, y no exige la conciencia de las consecuencias dañosas del mismo.¹⁶

ii. Culpa

El concepto de culpa surge como contraposición al dolo, ésta se identifica con la falta de diligencia en el actuar que provoca un daño, sin intención de dañar. La culpa es un factor subjetivo de la responsabilidad personal.¹⁷ Éste es su sentido concreto, su acepción clásica que la asimila como la falta de diligencia exigible al agente. Señala Karl Larenz, que por "imputación subjetiva o por culpa comprendemos, por consiguiente, el juicio que el agente ha hecho, no sólo objetivamente injusto, sino que esta injusticia la haya podido conocer y que ello le sea personalmente reprochable."¹⁸ Es decir, en su actuar no previó las consecuencias, aun cuando tenía el conocimiento de los posibles daños, en pocas palabras como un buen padre de familia, atendiendo a

¹⁶ Santos Briz, Jaime, *op. cit.*, nota 1, p. 39.

¹⁷ Cfr. Larenz, Karl, *op. cit.*, nota 3, p. 569.

¹⁸ *Ibid.*, p. 570.

los intereses que debía proteger; por tanto, es imputable su culpabilidad.

El actuar culpable implica responsabilidad civil atribuible a un agente, porque se le reprocha su falta de precaución y por optar realizar una conducta contraria a derecho, cuando tenía la oportunidad de hacerlo conforme a él.

Por tanto, la culpa presupone una acción antijurídica que se reprochaba personalmente al agente porque descansa en una motivación contraria al deber que se incumple. Por consiguiente, según esta moderna directiva civilista, culpa es el reproche personal de una acción antijurídica.¹⁹

Es decir, ante la conducta del agente que elige no cumplir con lo debido, ya sea por dolo o por su negligencia se le impone el deber de reparar el daño que haya causado con su actitud al afectado.

La diligencia depende de muchos factores, entre ellos, de la naturaleza de la obligación, de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.²⁰ Si estamos en presencia de una obligación a cargo de un profesionista, no estamos ante una simple diligencia, sino ante impericia. De ahí que las variantes determinarán si se actuó diligentemente o no. Son aspectos subjetivos y objetivos que ha de valorar el juzgador para determinar el grado de responsabilidad del agente.

¹⁹ Santos Briz, Jaime, *op. cit.*, nota 1, p. 49.

²⁰ *Ibid.*, p. 43.

En los asuntos comentados y analizados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no puede hablarse de simple negligencia de los médicos o anestesistas, sino de su falta de pericia, ya que son profesionistas certificados; por tanto, su responsabilidad es mayor.

De tal manera, la responsabilidad civil será imputable a un agente cuando éste actuó dolosamente (con la intención consciente de dañar), o bien, de forma imprudente, negligente o con impericia, sin analizar las consecuencias de sus actos, o aun cuando las conoció y no tomó las precauciones necesarias para evitar que su conducta se tornará antijurídica y responsable, incurriendo en culpa, grave, leve o levísima según el grado de las consecuencias de su acción.²¹

d) Responsabilidad objetiva (ausencia de culpabilidad)

Los avances tecnológicos, científicos e industriales hacen que surja otra responsabilidad, la cual no implica analizar el aspecto de la culpabilidad; aquella es objetiva en donde puede o no presentarse el dolo, la negligencia y la impericia, ya que el simple hecho de que se produzca el daño, genera la obligación de repararlo.

Para nuestro comentario, es preciso indicar que el uso de la anestesia, en sí mismo, representa un riesgo creado, que no

²¹ La culpa grave se presenta en los casos en que el deudor carecía de todo interés en beneficio propio, en la convención en que se pudiera producir, pues el acto se verificaba en beneficio exclusivo del acreedor, la culpa *levis* o leve, se presenta en aquellos actos que eran celebrados en interés de las dos partes que intervenían y la culpa *levísima* se responde de ella por el deudor, en los contratos que eran expresados en exclusivo interés. Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto, *Personales teorías del deber jurídico y unitaria de responsabilidad civil*, México, Porrúa, 1999, p. 49.

implica la necesidad de valorar la culpabilidad del agente, que si se causa un daño, se deba resarcir; es evidente que cuando uno conduce un automóvil, no lo hace con la intención de generar un daño, lesionar a otra persona, o deteriorar el patrimonio de alguien más, pero deben asumirse las consecuencias de causarlo; el grado de responsabilidad no es alto, pero existe, se agravará cuando se demuestre impericia o, en casos muy graves, dolo del agente. La labor del médico anestesiólogo implica riesgos, pero su actuar no es con intención de agravar al paciente, sino evitar el dolor para su operación quirúrgica; en cada caso concreto, se determinará su responsabilidad. El anestesiólogo que no verifica, peso y medidas de su paciente, o la sensibilidad de éste a ciertos medicamentos, actúa con impericia, y su actuar, lo que además del riesgo creado, implica mayor responsabilidad. Es decir, estos asuntos son la suma de elementos de prueba que determinarán la responsabilidad.

e) El Daño

Éste es el elemento esencial para que surja la responsabilidad civil; tal es la importancia de este concepto, que actualmente son varios los tratadistas que ocupan el término de derecho de daños o de reparación de éstos, para referirse a tratados sobre la tradicional responsabilidad civil. Opino que es mejor la terminología de reparación de daños, ya que éste es el derecho que se persigue y su finalidad, en contraposición al derecho de daños, pues nadie tiene derecho a causarlo o a que se lo causen. En fin, lo que interesa determinar es el contenido y alcance del daño para entender sus consecuencias jurídicas, que es la reparación.²²

²² Entre los que titulan sus libros como derecho de daños están: Medina, Graciela, *Daños en el Derecho de Familia*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2002; Facci, Giovanni, *I nuovi danni nella famiglia*

No puede hablarse de responsabilidad contractual o extra-contractual si no se ha causado daño a alguien.

El concepto de daño es diverso para el derecho al que contempla el lenguaje común, que conforme a la definición del Diccionario de la Real Academia, se incluye dentro de la acción de dañar, que significa: "Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia,"²³ aspectos que no son sinónimos y que en el ámbito jurídico tienen distinto significado.

La doctrina y la legislación suelen dar un concepto meramente objetivo de daño, caracterizándolo con el "menoscabo" que, a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya sea tanto en sus bienes materiales como en los inmateriales.²⁴ Así lo establece el artículo 2108 del Código Civil para el Distrito Federal: "Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación" y continúa el artículo 2109: "Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación."

La legislación contempla el concepto de daño en sí mismo, y no toma en cuenta las consecuencias jurídicas de su realización, es decir, no considera sus efectos jurídicos; desde esta óptica, su

che cambia, Italia, IPSOA, 2004; Cfr. tb. De Cupis, Adriano, *El daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 2a. ed., Ángel, Martínez Carrión (tr.), Barcelona, España, Bosch Casa Editorial, 1975; y Borgonovo, Oscar (dir.), *Derecho de Daños, Cuarta parte (B)*, Argentina, Ediciones la Rocca, 2003. Los autores que hablan de la responsabilidad por daños, o el derecho al resarcimiento de daños son Mosset Iturraspe, Jorge, *op. cit.*, nota 3, y Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños*, t. 4, *Presupuestos y funciones del Derecho de Daños*, Buenos Aires, Argentina, Hamurabi, 1999.

²³ Real Academia Española, "Dañar", *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo a/g, Madrid, Espasa, 2001, p. 726.

²⁴ Cfr. Larenz, Karl, *op. cit.*, nota 3, p. 193.

definición debe componerse de principios indispensables para que se presente la responsabilidad civil, esto es, implica el concepto de culpa, excepto en donde se suple por la ley al contemplar las conductas riesgosas en sí mismas;²⁵ además debe incluir la nota de antijuridicidad y su efecto es la indemnización para reparar justamente el daño. Un concepto coincidente es el que escribe Esser, que basa su concepción en tres elementos: "1. Pérdida o menoscabo, 2. Ha de recaer sobre bienes jurídicos de una persona y 3. Ha de ser, de alguna forma susceptible de resarcimiento."²⁶

Además de estos elementos, el concepto de daño ha de complementarse con la noción de "interés" y "valor de afectación," en sentido económico, que contribuyen a perfilarlo en abstracto, que es de gran trascendencia para valorarlo en sí mismo y estar en posibilidad de repararlo. En este sentido, son dos clases de valor o de interés los que han de tomarse en cuenta: el subjetivo y el objetivo. El primero, se fija por el valor que representa para la persona el bien, es decir, el sujeto la fija.²⁷ En tanto que, el objetivo es el precio, en sentido económico, que tiene el bien en el mercado en un determinado tiempo y lugar, siendo entonces su precio comercial común a todos.

Teniendo en cuenta estos aspectos, cuando estamos en presencia del valor subjetivo la cuantía del daño se determina

²⁵ Santos Briz, Jaime, *op. cit.*, nota 1, p. 126. Este autor señala que ha de omitirse el concepto de culpa, por tener casos de excepción, pero nosotros consideramos que es importante apuntarlo, ya que aun cuando tenga excepciones las mismas están determinadas por la ley, razón por la cual, no hay duda de cuándo debe aplicarse dicho principio de excepción.

²⁶ Esser, Joseph, *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*, Eduardo Valentí Fiol, (tr.) Barcelona, España, Bosch, Casa Editorial, 1961, p. 127 (La numeración es nuestra).

²⁷ Fischer, Hans A. *Los daños civiles y su reparación*, W. Rocas, (tr.), Madrid, España, *Revista de Derecho Privado*, 1928, p. 134. Lo identifica a este como valor de afectación, y considera que al tratarse de sentimientos, de afectos, no causan un daño al patrimonio de una persona y, por tanto, no habría la posibilidad de fijar una indemnización.

mediante una operación de cálculo: comparando la situación real del patrimonio después del evento dañoso, con la afectación subjetiva de la víctima donde la diferencia resultante indica la existencia del daño y su cuantía. En el supuesto del valor objetivo, no representa mayor problema; se puede reparar el daño, a elección de la víctima, en un objeto igual o con su precio común.

El daño en sentido abstracto, establece cómo ha de determinarse en la cuantía la indemnización, aspecto que se considera fuera del tema del daño, ya que los elementos de la responsabilidad se basan en la conducta humana, mas no en el cómo ha de repararse, por ello Rogel Vide afirma:

Los daños abstractamente considerados, han de estudiarse inmediatamente después de la conducta humana, respecto de la cual aún o se ha emitido juicio valorativo como resultado de la conducta. La indemnización, por el contrario, ocupa el último lugar dentro del elenco de los llamados elementos constitutivos de la responsabilidad aquiliana. Sólo procederá cuando el ilícito civil pueda afirmarse completo. Si no existe relación de causalidad, si se constata la existencia de una causa de justificación, si el sujeto, en fin, no es culpable, estando a las tesis subjetivas, podría hablarse de daños más no de indemnización. A mayor abundamiento, y aun cuando todos los integrantes de la responsabilidad puedan constatarse, cabe que haya sido prescrito la acción o no existan personas legitimadas respecto de la misma.²⁸

²⁸ Rogel Vide, Carlos, *La responsabilidad civil extracontractual; Introducción al estudio jurisprudencial*, Madrid, España, Editorial Civitas, 1977, pp. 59 y 60.

Consideramos importante mencionar aquí los elementos del daño y, en posteriores apartados, tratar la problemática que representa la indemnización basada en su reparación, ya que como se indicó, primero se determina si se cumple con los requisitos para exigir la responsabilidad civil y, posteriormente, nos enfrentamos ante la dificultad que conlleva su valoración para su efectivo cumplimiento, sobre todo cuando hagamos referencia a los daños morales.

Conforme a los diversos tratadistas, para poder resarcirse el daño, éste ha de cumplir con determinadas características, entre las que se encuentran las siguientes:

i. Ser cierto²⁹

No se presenta problemática para determinar cuándo el daño es actual, ya que hay la total certidumbre de su existencia y de sus efectos.

Resulta importante distinguir entre el daño cierto y el daño serio, ya que dependiendo de su gravedad se determinarán sus consecuencias. De tal suerte que, para ver si es serio, es preciso identificar el bien jurídico lesionado, como son: la pérdida de la vida de un familiar, o la afectación grave y permanente a la salud

²⁹ Al respecto señala Santos Briz que "La jurisprudencia recaída en este punto es muy copiosa; de ella se deducen como principios básicos: a) Que el daño ha de ser real en su existencia y en su cuantía. Al demandante que lo alega incumbe la prueba de ambos extremos. La existencia del daño ha de probarse inexcusablemente durante el periodo probatorio del pleito; en cambio, su cuantía puede diferirse para el trámite de ejecución de sentencia, según más detalladamente expenderos posteriormente (156); b) Que no basta para que exista daño, probar el incumplimiento de una obligación, porque el incumplimiento por sí solo no lleva consigo en todo caso la producción de daños (157); y, c) La apreciación del daño, de su existencia y alcance, es cuestión de hecho reservada al libre arbitrio del Tribunal sentenciador, cuyo fallo sólo puede impugnarse en casación cuando concorra error material o jurídico en la valoración de la prueba al tenor del artículo 1,692, 7º de la Ley de Enj. Civil (158)." Santos Briz, Jaime, *op. cit.*, nota 1, p. 131.

de una persona; el daño es grave y debe considerarse el conjunto de todos los elementos de la responsabilidad civil para buscar la mejor reparación.

ii. El daño personal y directo

El daño tiene que ser personal, como en el ejemplo citado, cuando se pierde la vida de un familiar; los representantes legales o tutores, son los legitimados para solicitar la reparación; o cuando son lesiones permanentes que provocan incapacidad al menor, entonces debe determinarse quién será su tutor.

f) *Reparación del daño*

No estaría completo el tema de la responsabilidad civil, si no consideramos las múltiples formas para la reparación del daño, acorde con las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, el Código de Procedimientos Civiles y la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011; en los que dicha reparación ha de buscar ser integral, según el nivel de responsabilidad derivado del caso concreto, y conforme a los criterios tradicionales, los sufrimientos por la muerte de una persona y los daños a la salud; como en los asuntos comentados, deben repararse a través de una indemnización en dinero, que es la forma clásica de solicitarla o valorarla, pero existe la posibilidad de pedir conductas de dar, hacer o no hacer, para ello. En los casos de la pérdida de la vida, podrían incluirse, además de una cantidad de dinero, los tratamientos psicológicos para soportarla.

En caso de lesiones a la salud de manera permanente, pueden solicitarse la rehabilitación del paciente y la adecuación del entorno para afrontar la incapacidad; así, se cumpliría con el dere-

cho de las personas con discapacidad producida, en este caso, por una *mala praxis*, o por el riesgo implícito de la anestesia.

3. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICO ANESTESISTA - PACIENTE, POR RIESGO CREADO

La relación médico-paciente, sin duda surge de un vínculo contractual, por una prestación de servicios profesionales para el caso de necesitar anestesia; la reglamentación es la NOM-170-SSA1-1998 para la práctica de anestesiología, es decir, que hace imputable a un profesional de la salud, quien debe conducirse con pericia y cumplir con las normas de su profesión; para ello tendrá que contar con la autorización firmada por escrito del paciente o de su representante legal o tutor, donde acepte por medio del consentimiento informado, que conoce las características del evento anestésico-quirúrgico y sus posibles complicaciones; mismos lineamientos que se seguirán para la administración de cualquier manejo anestésico; así, el paciente cuenta con la información para ejercer su derecho a decidir si se somete a una cirugía, con ello se garantiza su libre arbitrio para disponer de su cuerpo por razones de salud e incluso estéticas.

Esta relación médico-paciente se encuentra protegida por la Secretaría de Salud, al obligar a un hospital o clínica a contar con el certificado que indique su capacitación y que tiene los instrumentos adecuados para aplicar anestesia y, en caso de complicaciones, lo necesario para salvarle la vida al paciente o evitar daños graves a su salud; por ello, la responsabilidad de la institución de salud pública o privada es compartida; pues responde de sus médicos; de este modo, la relación médico-paciente contractual se extiende a institución-médico-paciente.

Para que se presente la responsabilidad derivada de la relación contractual, la conducta debe ser contraria a lo que establece la referida NOM, y no contar con los conocimientos necesarios sobre el paciente, como por ejemplo, si es alérgico a un medicamento, o si las cantidades de anestesia no son las adecuadas conforme al peso, medida y edad; el consentimiento informado, no excluye de responsabilidad por *mala praxis* y esto sólo podrá valorarse con una prueba pericial. Pero ¿por qué se considera que la anestesia es causa de responsabilidad subjetiva? Conforme a la jurisprudencia comentada, se funda en el artículo 1913 del Código Civil:

Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva e inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzca o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser 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.

La responsabilidad civil objetiva elimina uno de los elementos de ésta que es la culpabilidad del agente, y lo cambia por el riesgo implícito del objeto que, en este caso, es la sustancia llamada anestesia, lo que implica que si se causan daños a la salud o a la vida del paciente, la obligación de repararlos, sin considerar la conducta de impericia del médico anesthesiólogo. Sin embargo, esta acepción de sustancia o procedimiento de riesgo a la anestesia, sería extensiva a cualquier medicamento

o tratamiento médico que involucre, incluso el uso de instrumentos quirúrgicos.

El punto a resolver no es la peligrosidad de la anestesia, sino la pericia para aplicarla; es tan importante que tiene una Norma Oficial Mexicana para su buen desarrollo; entonces, no estamos hablando de responsabilidad objetiva, sino de responsabilidad profesional subjetiva, que será calificada por los mismos especialistas para determinar si se realizó con pericia o si hubo *mala praxis*; el hecho de tener el documento de consentimiento libre e informado que pide la Secretaría de Salud, no excluye de responsabilidad por impericia a los médicos en general, y, en particular, al anestesista.