

**CONTRADICCIÓN DE TESIS 93/2011.
ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL
PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN
MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO Y
EL TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS
CIVIL Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO
CIRCUITO.**

**MINISTRO PONENTE: ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA.
SECRETARIOS: ANA MARÍA IBARRA OLGUÍN Y ARTURO
BARCENA ZUBIETA.**

México, Distrito Federal. Acuerdo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación correspondiente al día **veintiséis de octubre de dos mil once.**

**Visto bueno
Señor Ministro.**

V I S T O S para resolver los autos de la contradicción de tesis 93/2011, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito.

R E S U L T A N D O:

Cotejó:

PRIMERO. Los Magistrados integrantes del Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito, mediante oficio recibido el tres de marzo de dos mil once en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, denunciaron la posible

contradicción de tesis entre los criterios sostenidos por dicho órgano jurisdiccional y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, respecto a si, de acuerdo al artículo 2070 del Código Civil del Estado de Tabasco, de redacción similar al 1913 del Código Civil para el Distrito Federal, la anestesia debe considerarse como sustancia peligrosa para el caso de responsabilidad civil objetiva.

SEGUNDO. El Presidente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al momento de la firma del acuerdo, mediante auto de catorce de marzo de dos mil once, ordenó la formación y registro de la denuncia de contradicción de tesis bajo el número 93/2011. Asimismo, giró oficio al Presidente del Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, para que remitiera el amparo directo ***** , así como los asuntos más recientes en los que haya sostenido criterio similar o, en su defecto, copias certificadas de las ejecutorias relativas y los disquetes en que se contenga la información respectiva; asimismo, una lista de todos aquellos expedientes en los que haya sustentado igual criterio y, de existir impedimento legal así lo informe con oportunidad, a fin de que el asunto esté debidamente integrado.

Una vez que el tribunal requerido envió las copias de las resoluciones relativas a la denuncia de contradicción, el Presidente de la Primera Sala, mediante auto de once de abril de dos mil once, consideró debidamente integrado el expediente en que se actúa y ordenó dar a conocer dicho acuerdo al Procurador General de la República para que en el plazo de treinta días

emitiera el pedimento correspondiente, así como el turno de los autos a la Ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea a fin de que formulara el proyecto de resolución correspondiente.

Mediante certificación del quince de abril siguiente, el Secretario de Acuerdos de esta Primera Sala señaló que el plazo concedido al procurador para exponer su parecer respecto a este conflicto, transcurriría del dieciocho de abril al dos de junio de dos mil once.

TERCERO. Por oficio número ***** de treinta y uno de mayo de dos mil once, el Agente del Ministerio Público de la Federación, designado por el Director General de Constitucionalidad de la Procuraduría General de la República, sostuvo su pedimento en el sentido de que sí existe contradicción de tesis, debiendo prevalecer el criterio que sostiene que la anestesia debe considerarse como una sustancia peligrosa que provoca un riesgo en terceros por lo que cae dentro de la figura jurídica de la responsabilidad civil objetiva.

C O N S I D E R A N D O:

PRIMERO. Esta Primera Sala es competente para conocer y resolver sobre la presente denuncia de contradicción de tesis, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 107, fracción XIII, párrafo primero, de la Constitución Federal; 197-A de la Ley de Amparo; y 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, en virtud de que

se trata de una denuncia de contradicción suscitada entre criterios de Tribunales Colegiados de diversos Circuitos, en un tema que, por ser de naturaleza civil (penal), corresponde a la materia de la especialidad de la Primera Sala. Lo anterior con base además, en la decisión adoptada por el Pleno de este Alto Tribunal en sesión pública de once de octubre de dos mil once, derivada de la diversa Contradicción de tesis número *****.

SEGUNDO. La denuncia de contradicción de tesis proviene de parte legítima, de conformidad con lo previsto por los artículos 107, fracción XIII, primer párrafo, constitucional y 197-A, párrafo primero, de la Ley de Amparo toda vez que fue formulada por los Magistrados integrantes del Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito.

TERCERO. Con el objetivo de resolver el presente asunto debe determinarse, en primer lugar, si en el caso existe contradicción de criterios para lo cual es necesario analizar las ejecutorias que participan en la misma.

I. El Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito resolvió el quince de febrero de dos mil once el *****. Los antecedentes del caso se resumen en los siguientes puntos:

1. ***** y *****, el primero en nombre y representación de *****, en su calidad de tutor interino, y la segunda, en nombre y representación del menor *****, en ejercicio de la patria potestad, demandaron en la 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.

2. Seguido el 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.
3. 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 *****.
4. Inconforme con la anterior resolución, ***** , promovió demanda de amparo directo.

Al resolver dicho amparo directo, el **Tribunal Colegiado en Materias Civil y del Trabajo del Décimo Circuito** determinó amparar al quejoso por las siguientes consideraciones:

- Tratándose de los daños patrimoniales que atañen a la materia civil, existen dos tipos de responsabilidad, la contractual y la extracontractual, en la primera, la posibilidad del daño se presenta por virtud de un acuerdo de voluntades, mientras que en la extracontractual una vez

producido el daño, nace la obligación de pagar una indemnización.

- Ahora bien, no toda responsabilidad extracontractual se rige por los mismos principios. Los artículos 2023, 2024 y 2070 del Código Civil para el Estado de Tabasco, contemplan diversos tipos de responsabilidades, los dos primeros de índole subjetivo, causados por la conducta activa u omisa del causante y, el último, inherente a la naturaleza del acto que lo produce, con independencia de la licitud del actuar de su titular.
- Así, el artículo 2070 de dicho Código 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.
- Como puede verse, el elemento toral de la responsabilidad objetiva es la acreditación del uso de cosas peligrosas,

noción que no es fácil de precisar pues es relativa y su naturaleza cambia con el tiempo.

- De acuerdo al Diccionario de la Real Academia, “peligroso” es aquello que implica un riesgo o puede ocasionar un daño y, “daño” es el detrimento, perjuicio o menoscabo, dolor o molestia, por tanto, puede colegirse que la expresión “peligroso por sí mismo” contenida en el artículo 2070 del Código Civil para el Estado de Tabasco, describe cualidades riesgosas o características que pueden ocasionar un perjuicio, dolor o molestia, radicadas en la naturaleza propia del objeto que se describe.
- Las características de la anestesia se encuentran descritas en la *********, de la que se desprende que 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 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 la cual el uso de la sustancia es aceptado tanto por el sujeto activo como por el sujeto pasivo.**
- Por lo anterior, no puede considerarse que la anestesia utilizada en un procedimiento quirúrgico, 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.

- Por tanto, si la anestesia en sí misma no constituye una cosa peligrosa por estar permitido su uso en el tratamiento de enfermos, quienes participan en forma expresa en el procedimiento de aplicación, no debe aplicarse el artículo 2070 del Código Civil para Estado de Tabasco.

Debe precisarse que los afectados en dicho amparo directo, plantearon que los daños que sufrieron fueron resultado de la **administración negligente de la anestesia**. Sin embargo, el Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito consideró que no era determinante analizar la posible negligencia del personal e instituciones que participaron en el procedimiento médico, ya que, desde su perspectiva, los daños ocasionados por el uso de la anestesia fueron aceptados por el paciente.

II. El Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito resolvió el veintidós de agosto de mil novecientos noventa y cinco, el *****, cuyos antecedentes se resumen a continuación:

1. *****, 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.

2. Agotados los trámites legales, se dictó sentencia respectiva 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 fue sometida en el señalado nosocomio.
3. En contra de lo anterior, la parte demandada interpuso recurso de apelación, mismo que fue resuelto por la Sala responsable determinando confirmar la sentencia recurrida.
4. Inconforme con la anterior resolución, la parte demandada promovió demanda de amparo directo.

Al resolver dicho amparo directo, el **Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito** determinó no amparar al quejoso por las siguientes consideraciones:

- De acuerdo al artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal, la peligrosidad de las cosas no sólo depende de su naturaleza o características inseparables que les son propias, sino también por la velocidad que desarrollan, por la corriente que conduzcan, por su naturaleza explosiva o inflamable, de manera que la peligrosidad de las sustancias, es en razón de la naturaleza funcional de la cosa. Por tanto “la peligrosidad depende de la función que cumpla; del fin que realice; son sustancias u objetos peligrosos porque sólo podrán cumplir con un fin en tanto que originen un riesgo”.

- En tal sentido, la sustancia denominada anestesia, por los efectos que produce (depresora intensa del sistema nervioso central), es peligrosa por el riesgo que origina su funcionamiento, pues si bien el quejoso argumenta que dicha sustancia contiene oxígeno necesario para la vida, ello no quiere decir que por ese sólo hecho deje de ser una sustancia peligrosa, ya que contiene otro tipo de sustancias que al funcionar provocan la disminución de las funciones vitales.
- En consecuencia, el daño originado por la anestesia genera una responsabilidad objetiva, la cual se encuentra prevista en el artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal, sin que sea necesario determinar si hubo o no culpa del agente; así como tampoco debe analizarse si las instituciones, equipo e instrumental médico del hospital demandado funcionaron adecuadamente, porque la responsabilidad aludida no se determinó por el uso de esos instrumentos por parte del nosocomio, sino por la utilización de una sustancia peligrosa.

Debe precisarse que los quejosos plantearon que los daños que sufrieron fueron resultado de la administración negligente de la anestesia. Sin embargo, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito consideró que es irrelevante analizar el elemento subjetivo de la responsabilidad ya que se está en presencia de una sustancia peligrosa que actualiza una responsabilidad objetiva.

CUARTO. En primer lugar, debe señalarse que el objeto de la resolución de una contradicción de tesis radica en unificar los criterios contendientes. Es decir, para identificar si es existente la contradicción de tesis deberá tenerse como premisa el generar seguridad jurídica.

De diversos criterios de esta Suprema Corte, podemos derivar las siguientes características que deben analizarse para determinar la existencia de una contradicción de tesis:

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 encontradas¹.
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;
3. Que entre los ejercicios interpretativos respectivos se encuentre al menos un tramo de razonamiento en el que la diferente interpretación ejercida gire en torno a un mismo

¹ Así lo determinó el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis *********, de la que emanaron las tesis P./J. 72/2010 y P. XLVII/2009, de rubros: "CONTRADICCIÓN DE TESIS. EXISTE CUANDO LAS SALAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN O LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO ADOPTAN EN SUS SENTENCIAS CRITERIOS JURÍDICOS DISCREPANTES SOBRE UN MISMO PUNTO DE DERECHO, INDEPENDIEMENTE DE QUE LAS CUESTIONES FÁCTICAS QUE LO RODEAN NO SEAN EXACTAMENTE IGUALES". y "CONTRADICCIÓN DE TESIS. DEBE ESTIMARSE EXISTENTE, AUNQUE SE ADVIERTAN ELEMENTOS SECUNDARIOS DIFERENTES EN EL ORIGEN DE LAS EJECUTORIAS."

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. 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 prevalecer².

De acuerdo a lo anterior, esta Sala considera que en el caso **sí existe la contradicción de tesis denunciada**, por las siguientes consideraciones:

- Los Tribunales Colegiados contendientes analizaron en los diversos amparos directos sometidos a su consideración, un punto jurídico idéntico consistente en determinar qué tipo de responsabilidad generan los daños ocasionados por el uso de la sustancia denominada anestesia.

² Ver tesis L/94, de rubro: *“CONTRADICCIÓN DE TESIS. PARA SU INTEGRACIÓN NO ES NECESARIO QUE SE TRATE DE JURISPRUDENCIAS.”*, emitida por el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, tomo 83, noviembre de 1994, página 35.

- Al respecto, el Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito, al resolver el amparo directo ***** , consideró que, independientemente de que dicha sustancia pudiera representar un riesgo, no se justifica la aplicación de la teoría del riesgo creado, pues su utilización es consecuencia de un acuerdo de voluntades en donde el paciente conoce y acepta los riesgos del uso de dicho bien. **Por lo que el daño generado por su utilización 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 ***** , consideró que la sustancia denominada anestesia, por los efectos que produce (depresora intensa del sistema nervioso central), es peligrosa por el riesgo que origina su funcionamiento. Determinando que el daño derivado de su aplicación genera una responsabilidad de naturaleza objetiva, la cual se encuentra prevista en el artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal.

En virtud de lo anterior, esta Primera Sala considera que sí existe contradicción de tesis denunciada, la cual consiste en ***determinar el tipo de responsabilidad civil que generan los daños ocasionados por el uso negligente de la anestesia.***

QUINTO. Debe prevalecer con carácter de jurisprudencia lo sustentado por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

Con el objetivo de resolver la presente contradicción se expondrán algunas generalidades de la responsabilidad civil, con base en ellas se argumentará que, en los casos de los que emanó la presente contradicción de tesis, **el daño ocasionado por el uso negligente de la anestesia genera una responsabilidad de índole extracontractual (este análisis se justifica debido a que uno de los Tribunales contendientes argumentó que se actualizaba la responsabilidad contractual)**. Posteriormente, se determinará que dicha responsabilidad es de naturaleza subjetiva. Finalmente, se precisará que será el médico anesthesiólogo el que deberá probar que actuó con la diligencia debida.

1. Responsabilidad civil

De acuerdo a la teoría de la responsabilidad civil, el que causa un daño a otro está obligado a repararlo³. 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.

Así, mientras en la responsabilidad contractual las partes están vinculadas con anterioridad al hecho productor de la

³ Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 1910.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Código Civil para el Estado de Tabasco. Artículo 2023.- Concepto

Cuando un hecho cause daños y perjuicios a una persona y la ley imponga al autor de este hecho o a otra persona distinta la obligación de reparar esos daños y perjuicios, hay responsabilidad civil.

Los daños y perjuicios cuya reparación impone la ley, pueden provenir de un hecho ilícito, según se dispone en este Título o de un hecho lícito, de acuerdo en este segundo caso con lo establecido también en este Código, en los artículos 2070 y 2074.

responsabilidad, en la extracontractual el vínculo nace por la realización de los hechos dañosos. Por lo que la responsabilidad contractual emana de un acuerdo de voluntades que ha sido transgredido por alguna de las partes, en tanto que la responsabilidad extracontractual deriva del incumplimiento del deber genérico de no afectar a terceros⁴.

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.

2. Responsabilidad civil médico-sanitaria.

No es un tema pacífico el tipo de responsabilidad que generan los daños ocasionados en el ejercicio de la labor médica. Se discute asimismo, el tipo de jurisdicción pertinente para reclamar la reparación del daño ocasionado por el actuar negligente⁵.

⁴ Se clasifica tradicionalmente, atendiendo a su origen (por la especie de norma violada), en extracontractual y contractual. Se dice que hay responsabilidad extracontractual cuando el carácter de la norma transgredida es una norma de observancia general. BEJARANO SANCHEZ, Manuel. *Obligaciones Civiles*. México, Oxford, 5ª Edición, 2008, p. 179-180.

⁵ En España por ejemplo, ha evolucionado la caracterización de la responsabilidad médico sanitaria de ser de índole objetiva a requerirse el elemento subjetivo de culpa o negligencia.

Para resolver dicha problemática, en España, por ejemplo, se ha optado por la denominada “unidad de la responsabilidad civil”, considerando que en este tipo de daños convergen tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual, siendo irrelevante el tipo de responsabilidad que alegue el afectado, ya que el Tribunal tiene que resolver el caso aplicando las normas que beneficien en mayor medida al afectado⁶.

Desde nuestra perspectiva, la responsabilidad médico-sanitaria puede tener un origen contractual expreso o tácito⁷, el cual consiste en la prestación de servicios del médico, o bien, puede derivar de la prestación del Estado de un derecho social, como es, 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 paciente⁸. Es decir, aquellos deberes que por virtud de dicho contrato de prestación de servicios debían cumplir tanto el médico y el paciente (pago de

⁶ “En la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997, se dice que sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas distintas de las invocadas, de suerte que la causa pretendida que con el petitum configuran la pretensión procesal se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico” BELLO JANEIRO, Domingo. “Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil”. Madrid, 2009, p. 231.

⁷ En efecto, es posible señalar en una relación médico-paciente puede existir una relación contractual de prestación de servicios, incluso si dicho acuerdo de voluntades no se pactó expresamente.

⁸ Puede considerarse a la obligación médica de resultado, cuando se pacta un fin determinado, como por ejemplo, una cirugía estética.

los servicios, fecha del procedimiento, lugar de la intervención médica, entre otros).

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)⁹.

Independientemente del origen que pueda tener la relación entre el médico y el paciente, tal responsabilidad no debe regirse, únicamente, por las reglas propias del incumplimiento contractual. En otros supuestos, esta Suprema Corte ha reconocido que pueden coexistir responsabilidades de naturaleza contractual y extracontractual¹⁰.

⁹ “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. Del segundo párrafo del numeral citado se advierte el establecimiento a nivel constitucional de la figura de la responsabilidad del Estado por los daños que con motivo de su actividad administrativa irregular cause a los particulares en sus bienes o derechos, la cual será objetiva y directa; y el derecho de los particulares a recibir una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes. A la luz del proceso legislativo de la adición al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la "responsabilidad directa" significa que cuando en el ejercicio de sus funciones el Estado genere daños a los particulares en sus bienes o derechos, éstos podrán demandarla directamente, sin tener que demostrar la ilicitud o el dolo del servidor que causó el daño reclamado, sino únicamente la irregularidad de su actuación, y sin tener que demandar previamente a dicho servidor; mientras que la "responsabilidad objetiva" es aquella en la que el particular no tiene el deber de soportar los daños patrimoniales causados por una actividad irregular del Estado, entendida ésta como los actos de la administración realizados de manera ilegal o anormal, es decir, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros creados por la propia administración.” Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVII, junio 2008, tesis P./J. 42/2008, pág. 722.⁹

¹⁰ Ver tesis de rubro y texto siguientes:

En efecto, 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 a los estándares de su profesión. Tales requerimientos pueden provenir tanto de disposiciones reglamentarias (Normas Oficiales Mexicanas), como de la *lex artis ad hoc* o, simplemente de la *lex artis* de su profesión.

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 actividades¹¹.

En otras palabras, dichos profesionales pueden tener tanto un deber en concreto, derivado del contrato de prestación de servicios, pero también tienen un deber genérico que va más allá de lo que se pudo pactar en dicho contrato, consistente en observar la diligencia correspondiente a su profesión.

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA Y OBJETIVA, COEXISTENCIA DE LAS. La responsabilidad subjetiva y la objetiva, de que tratan respectivamente los artículos 1910 y 1913 del Código Civil del Distrito Federal, no se excluyen y pueden coexistir, ya que una persona que hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosos por sí mismos, por su naturaleza explosiva e inflamable, aunque no obre ilícitamente, puede, además, ejecutar actos ilícitos que tiendan a causar daños a otra persona. En consecuencia, el actor en un juicio de responsabilidad civil, puede válidamente intentar las acciones derivadas de los citados artículos, sin que pueda decirse que tales acciones sean contradictorias. Tesis aislada, Séptima Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Volúmenes 169-174, Cuarta Parte, Página: 166.

¹¹ LUNA YERGA, Álvaro. "La Prueba de la Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria". Editorial Thomson, Madrid, 2004, p. 47.

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

Así, lo ha entendido también el Tribunal Supremo Español, al señalar que: “Hay responsabilidad contractual si se cumple un doble requisito: que entre las partes exista un contrato o una relación contractual y que los daños sean debidos a incumplimiento o cumplimiento defectuoso de lo que es estrictamente materia del contrato, **siendo en cambio responsabilidad extracontractual cuando, con total independencia de obligaciones de cualquier otro tipo que existan entre las partes, se produce por violación de deberes generales de conducta**”¹².

En resumen, la responsabilidad médica rebasa el ámbito de la responsabilidad contractual, por un lado porque existen deberes que van más allá de los que pudieran estar contenidos en el contrato de prestación de servicios, -como son el deber del médico de actuar con la diligencia que exige la *lex artis*- y, por otro, porque no puede aceptarse a través de un contrato, la lesión a la integridad física o a la vida.

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

¹² STS de 24 de julio de 1964. (P. 253).

Ahora bien, en el caso concreto debe determinarse si los daños ocasionados por el suministro de anestesia, son generadores de una responsabilidad de índole contractual o bien, de carácter extracontractual.

Desde la perspectiva del Tribunal Colegiado en Materias Civil y del Trabajo del Décimo Circuito, el hecho de que la normativa aplicable (NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-170-SSA1-1998, PARA LA PRACTICA DE ANESTESIOLOGIA) exija el consentimiento del paciente para la aplicación de la anestesia, significa que los posibles daños generados por su aplicación, ocasionan una responsabilidad de tipo contractual ya que el paciente conocía los riesgos derivados de tal procedimiento médico.

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:

“16. Administración de anestesia durante la práctica de procedimientos de cirugía ambulatoria o de corta estancia hospitalaria.

16.1 Pre-operatorio.

16.1.1 Características generales.

Todo paciente que sea sometido a cualquier procedimiento quirúrgico ambulatorio o que implique corta estancia post-operatoria, **deberá firmar su carta de consentimiento informado, que asegure que conoce las características del evento anestésico-quirúrgico, así como sus posibles complicaciones y se seguirán los mismos lineamientos para la administración de cualquier manejo anestésico.”**

Al respecto, consideramos que el deber que impone la NOM arriba citada, cumple la función de autorizar al médico a intervenir los derechos de salud e integridad física del paciente. Así, el paciente **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 cuerpo¹³.

En esa línea, la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo Español ha entendido que el consentimiento informado es “consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia”. (SSTS, 1ª, 12 enero 2001, RJ 2001/3 y 11 mayo 2001, RJ 2001/6197).

La exigencia de tal consentimiento también está establecida en la Ley General Salud, la cual señala que **es un derecho del paciente el otorgar o no su consentimiento válidamente informado en la realización de tratamientos o procedimientos médicos**¹⁴. En tal sentido, para que se pueda intervenir al

¹³ Sobre el tema, Ver SANCHO GARGALLO, Ignacio. “El Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado” en *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 209, Barcelona, 2004.

¹⁴ Ley General de Salud. CAPITULO IV. Usuarios de los Servicios de Salud y Participación de la Comunidad
ARTICULO 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.
ARTICULO 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.

paciente, es necesario que se le den a conocer las características del procedimiento médico, así como los riesgos que implica tal intervención.

No se desconoce que en situaciones de urgencia pueden existir diversas excepciones a la exigencia de recabar el consentimiento informado. De acuerdo a la normatividad de la materia, cuando el paciente 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 médico podrá intervenir al paciente, dejando constancia en el expediente clínico¹⁵.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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;

VIII. Decidir libremente sobre su atención;

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

¹⁵ Ley General de Salud, ARTICULO 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.**

Por otro lado, hablando del consentimiento en un sentido genérico, puede señalarse que a través de éste es posible autorizar o consentir situaciones en las que el ordenamiento jurídico deja los bienes o derechos lesionados a la libre disponibilidad del titular. Sin embargo, el consentimiento no puede prestarse para la intromisión o lesión de derechos que hayan quedado fuera de la disponibilidad del sujeto. “El consentimiento de la víctima no excluye la antijuricidad del acto cuando éste sea contrario a una prohibición legal o a las buenas costumbres”.¹⁶

Desde tal perspectiva, es posible afirmar que a través del consentimiento informado 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 involucrados¹⁷.

En efecto, dentro de la ciencia médica existen riesgos aceptados que pueden presentarse aun cuando las intervenciones en el paciente se realicen bajo los más altos

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

¹⁶ DIEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*, Civitas, España, 1999, p. 304.

¹⁷ Tal y como advierte la STSJ Navarra 22/2001, de 27 de octubre, “*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 hay 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 practica (SSTS 23 abril 1992, RJ 1992/3323; 26 septiembre 2000, RJ 2000/8126; STSJ Navarra 6 marzo 1996, RJ 1996/1941)*”

En este último sentido la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo insiste en que “*existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada*” (SSTS, 3ª, 10 octubre 2000, RJ 2000/7804; 7 junio 2001, RJ 2000/4198”

estándares que exija la profesión. Incluso, en algunos casos, puede estimarse el tipo de daños que se pueden generar, así como la probabilidad de su ocurrencia¹⁸.

Sin embargo, existen otro tipo de daños que no son derivados del riesgo inherente a los procedimientos médicos, sino que son generados por el actuar negligente de los profesionales médicos. Estos daños sin lugar a dudas no pueden ser aceptados por el paciente cuando decide someterse a un evento quirúrgico, ya que se encuentran fuera del ámbito contractual.

Así, aun si el paciente acepta el uso de la anestesia, pero se determina que existió un suministro negligente de dicha sustancia o bien, de cuidados post-operatorios inadecuados, se actualiza una responsabilidad extracontractual, ya que dichos daños no pueden ser aceptados mediante un contrato de prestación de servicios entre el médico y el paciente, al tratarse de bienes jurídicos indisponibles, como la salud, integridad física o la vida misma.

4. Responsabilidad subjetiva médico-sanitaria.

Una vez determinado que los daños generados por el actuar negligente de los profesionales médico-sanitarios generan una

¹⁸ Puede señalarse por ejemplo, que los efectos adversos del uso de la quimioterapia empleados para tratar el cáncer de mama comúnmente afectan la fertilidad debido a que causan insuficiencia ovárica temporal o permanente, y lo que en muchos casos se establece como insuficiencia ovárica prematura ha originado que la mujer tratada con medicamentos citostáticos sea menos fértil que la mujer que no ha recibido quimioterapia. Ginecología y Obstetricia de México. Volumen 78, Núm. 2, febrero 2010.

responsabilidad de carácter extracontractual, corresponde determinar si la misma es de naturaleza subjetiva. Es decir, si debe probarse la culpa o negligencia del que causó el daño.

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

La ausencia del elemento subjetivo en la teoría del riesgo creado se funda en un argumento de justicia, consistente en que es razonable que aquél que crea un riesgo para los demás a

¹⁹ Ver tesis de rubro y contenido siguientes:

RIESGO, FUNDAMENTO DE LA TEORIA DEL. El artículo 1913 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, aunque con ciertas restricciones, adoptó la teoría del riesgo, al establecer que 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, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia de la víctima. Como se ve, este artículo acepta la teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo, según la cual, la obligación de reparar el daño, nace del solo hecho de haberlo causado, sustituyéndose la idea de culpa por la de riesgo y creando una relación obligatoria de patrimonio a patrimonio, para resarcir los daños causados en la víctima; pero esta disposición legal requiere que el daño por resarcir, sea precisamente causado con motivo del empleo de mecanismos, instrumentos, aparatos, etcétera, y no por causas extrañas a ellos, e imputables a terceros que nada tienen que ver con los que los manejan. La diferencia esencial entre la teoría del riesgo y la de la culpa, es que en esta última, para que una persona incurra en responsabilidad, es preciso que sea autora del hecho dañoso y que lo haya cometido con culpa (intencionalmente o por imprudencia), y en aquella, basta que a la persona le sea imputable el hecho, para que incurra en responsabilidad, por la sola circunstancia de haberse producido el daño en una industria o actividad creadas en su provecho; pero tanto una como en otra teoría, sólo puede hacerse efectiva la responsabilidad contra quien directa o indirectamente sea el autor del hecho material que causó el daño.

Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, LVIII, Página: 1954.

Amparo civil directo *****. *****. 15 de noviembre de 1938. Mayoría de cuatro votos. Ausente: Abenamar Eboli Paniagua.

través de una actividad con la que se procura algún provecho, pague los daños ocasionados por dicha actividad²⁰.

Las responsabilidades subjetiva y objetiva se encuentran reguladas en los artículos 1910 y 1913 del Código Civil para el Distrito Federal²¹, respectivamente, y en los artículos 2024 y 2070 del Código Civil para el Estado de Tabasco²².

Como se observa, dichas normatividades entienden por responsabilidad subjetiva a aquel deber de reparar el daño

²⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil III Teoría General de las Obligaciones*, 21ª Edición, Porrúa, México, 1998, p. 276.

²¹ ARTICULO 1,910.- 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.

ARTICULO 1,913.- 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 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.

²² ARTICULO 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.

ARTICULO 2070.- Concepto

Cuando una persona utilice como poseedor originario o precario, por sí o por medio de un subordinado, mecanismos, instrumentos, aparatos, sustancias o bienes peligrosos por si 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.

ocasionado a un tercero cuando el mismo haya sido provocado por la culpa o negligencia del demandado, mientras que la responsabilidad de índole 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.

Tanto la doctrina especializada como diversos tribunales de otras latitudes, se han inclinado, cada vez más, en determinar que la responsabilidad médico-sanitaria es de carácter subjetivo, esto es, que es necesario probar el elemento de culpa o el actuar negligente del profesional para que exista el deber de indemnización²³.

Se ha razonado asimismo, que la obligación de los profesionales médicos es de medios no de resultados, argumentando que la obligación del médico no es 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 la *lex artis*.²⁴

En efecto, el ejercicio de la ciencia médica trae aparejados ciertos riesgos que no siempre pueden evitarse, por lo que para

²³ En España por ejemplo, ha evolucionado la caracterización de la responsabilidad médico sanitaria de ser de índole objetiva a requerirse el elemento subjetivo de culpa o negligencia.

²⁴ “Se compadece perfectamente esta exigencia culpabilística con el hecho de que una nutrida doctrina jurisprudencial insiste en que, como regla general, la obligación del médico se considera una actividad, no de resultado, de modo que cumple con la misma siempre que lleve a cabo una actuación médica profesional que sea normal en el ámbito concreto de la especialidad de que, en cada caso, se trate”. *Op. Cit.* BELLO, Domingo. P. 229.

responsabilizar al personal médico-sanitario por los daños ocasionados en los procedimientos a su cargo debe probarse un actuar negligente. En tal sentido, su responsabilidad es de índole subjetivo, cuyos elementos son: el daño, la culpa y el nexo causal entre dicho daño y culpa.

Se justifica asimismo, la exigencia del elemento subjetivo (culpa), ya que “en la práctica de la Medicina confluyen demasiados elementos aleatorios como para que en su ámbito pueda llegar a fundamentarse una responsabilidad objetiva, que, en último término, supondría una carga tan grande para los médicos y el resto del personal sanitario que les llevaría a ejercer un tipo de medicina defensiva que terminaría perjudicando al paciente en último término”²⁵.

Ahora bien, en tratándose de la anestesia resulta claro el beneficio social que genera su utilización. Incluso, no es exagerado afirmar que protege de manera directa, valores como la salud e integridad física.

El uso de la anestesia representa un gran aporte a la ciencia médica. Se ha reconocido asimismo que “[l]a aplicación de la anestesia es de gran utilidad, protege a la salud, la importancia y trascendencia de los procedimientos anestésicos ha crecido al ritmo y velocidad con que aparecen nuevos conocimientos y técnicas, **que permiten al cirujano abordar prácticamente**

²⁵ *Ibíd.* P. 235.

todas las estructuras del organismo humano, en un afán plausible de recuperar la salud y prolongar la vida útil.”²⁶

En tal sentido, la administración de la anestesia es imprescindible en el tratamiento de diversas afectaciones médicas, por lo que es innegable que su utilización tiene un fin social.

En consecuencia, para responsabilizar a los profesionales médicos o a las instituciones que participan en el proceso anestésico, debe quedar acreditado que la administración de la anestesia fue realizada con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para los mismos –*lex artis ad hoc*–.

Así, para determinarse el deber de indemnización del médico debe analizarse por un lado, si la aplicación de la anestesia se realizó de acuerdo a los cuidados que exige la NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-170-SSA1-1998, PARA LA PRACTICA DE ANESTESIOLOGIA y al deber de diligencia que le exige la profesión.

De acuerdo a la NOM 170-SSA1-1998 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

²⁶ Ver, *Introducción* de la NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-170-SSA1-1998, PARA LA PRACTICA DE ANESTESIOLOGIA.

paciente; hasta la recuperación post-anestésica, que implica la eliminación del estado provocado y la estabilidad completa de sus funciones.

Así, el cuidado anestésico es un proceso que abarca tres etapas pre, trans y post-anestésica. Durante dicho procedimiento el médico especialista tiene diversos deberes que debe cumplir acuciosamente, ya que de otro modo será responsable de los daños que se originen.

En tal sentido, si bien el uso de la anestesia debe realizarse bajo los más altos estándares de la profesión médica, ya que su uso involucra diversos riesgos, no puede llegarse al extremo de determinar que cualquier daño que genere su administración deba ser resarcido por el médico especialista que la administre, ya que también debe ponderarse la actuación del personal médico.

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

A pesar de que se ha determinado que en el caso del suministro de la anestesia, es necesario probar el elemento subjetivo de la conducta, esto es, el actuar negligente de los médicos, es posible señalar al tiempo, que la carga de la prueba de la diligencia recae en dichos especialistas y/o instituciones médicas, en atención al derecho de indemnización de la víctima.

En otras latitudes se había aceptado que la responsabilidad médico-sanitaria generaba una responsabilidad de índole objetiva,

debido a la dificultad que representaba el probar la negligencia del médico. No obstante, la caracterización de la responsabilidad médico sanitaria evolucionó hacia una responsabilidad subjetiva al considerar a la ciencia médica una actividad de medios y no de resultados. Tal evolución no impidió que se estableciera en algunos casos, la inversión de la carga de la prueba de la responsabilidad²⁷.

Debido a la dificultad que representa para la víctima probar la culpa del médico anesthesiólogo se posibilita un desplazamiento de la carga de la prueba para que sea el médico el que demuestre que la aplicación de la anestesia se realizó de acuerdo a los cuidados establecidos en la normatividad de la materia y al deber de diligencia que le exige la profesión. Así, el personal médico deberá demostrar que tuvo el cuidado debido en cada una de las etapas que involucra el procedimiento anestésico.

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

²⁷ En España, por ejemplo, no obstante se ha establecido que en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad subjetiva, al señalarse que el criterio de imputación de responsabilidad se funda en la culpabilidad, se ha modulado la valoración de dicho elemento subjetivo de la culpa para garantizar la efectividad del derecho de resarcimiento del perjudicado. Así, en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, “el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en las que se produjo el daño si se presenta un resultado dañoso generado en la esfera de acción del demandado de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente.” (SSTS de 23 de mayo de 2007, rec. Uno de 40/200, STS de 8 de noviembre de 2007, rec. 3976/2000.)

proceso a un menor coste para que pueda ser valorada por el juez²⁸.

En efecto, los profesionales médicos y/o las instituciones de salud pueden acceder con mayor facilidad a los medios de prueba para demostrar su actuar diligente. Por un lado, tienen los conocimientos necesarios para determinar qué información puede ser relevante en el proceso y, por otro, pueden acceder a dichos medios de prueba con mayor libertad que la persona afectada

Incluso, en el caso del suministro de la anestesia, la NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-170-SSA1-1998 PARA LA PRACTICA DE ANESTESIOLOGIA, exige a las instituciones hospitalarias el documentar el procedimiento anestésico²⁹. Asimismo dichas instituciones deben contar con el expediente médico del paciente. Por tanto, las pruebas relevantes se encuentran en muchas ocasiones en posesión de los propios médicos o de los centros hospitalarios, o bien, éstos profesionales pueden acceder con mayor facilidad a la misma³⁰.

²⁸ Sobre dichos principios Ver LUNA YERGA, Alvaro. *La Prueba de la Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria*, Civitas, España, 2004, pp. 108-116.

²⁹ 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.

³⁰ SSTs, 1ª, 2 de diciembre de 1996, 29 de noviembre de 2002 y 31 de enero de 2003.

Similares consideraciones sostuvo el Tribunal Supremo español en el que señaló que, “en atención a la mayor facilidad que tiene el médico para probar que actuó diligentemente justifican que se invierta la carga de la prueba y que sea exigible a la institución hospitalaria la acreditación de cuál fue la causa de la infección producida en el curso de una intervención realizada en sus instalaciones y con el instrumental de su quirófano, o al menos, **la aportación de la prueba de que su diligencia y cuidado fueron exquisitos**”³¹.

Así, en atención a los principios de proximidad y facilidad probatoria debe exigírsele a profesionales médicos y/o a las instituciones sanitarias la carga de probar que su conducta fue diligente en cada una de las etapas que involucra el procedimiento anestésico.

Ahora bien, debe precisarse que la inversión de la carga de la prueba a la que se ha venido haciendo referencia, no implica que sea el médico quien tenga que acreditar que su actuación no fue la causa del daño producido, esto es, que sea éste quien tenga que probar que el daño no se ocasionó por el suministro de la anestesia. Dicho de otra manera, 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.

³¹ STS, 1ª, 25 de junio de 2002.

Como se ha señalado, la responsabilidad subjetiva tiene como elementos el daño, la culpa y el nexo causal entre dicho daño y culpa. 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, lo que no significa que dicho profesional tenga que probar la inexistencia de los demás elementos de la responsabilidad. Así, en opinión de esta Primera Sala, el personal médico o la institución hospitalaria únicamente deberán demostrar que el suministro de la anestesia fue realizado bajo los estándares legales y profesionales de diligencia que les son exigibles.

Por otro lado, el revertir la carga de la prueba del elemento subjetivo de la conducta en la responsabilidad médico-sanitaria, no implica aceptar que tal responsabilidad es de índole objetiva. Al revertirse la carga de la prueba de la conducta en tratándose de la responsabilidad subjetiva, es posible que el médico se libere de la responsabilidad que se le imputa al demostrar que actuó con la debida diligencia, mientras que si se aceptara que su responsabilidad es de índole objetiva sería responsable al acreditarse que se ocasionó un daño, sin importar si su conducta se adecuó a los estándares de actuación que le exige la normatividad y la *lex artis* de la profesión. En tal sentido, debe distinguirse la responsabilidad objetiva de la responsabilidad subjetiva donde es el demandado el que debe probar que actuó diligentemente.

En resumen, en el caso de la responsabilidad derivada por los daños ocasionados por el suministro de la anestesia, el

médico demandado tendrá la carga de la prueba de la diligencia. Por lo que si no logra acreditar que cumplió los cuidados establecidos en la normativa de la materia o en la lex artis de la profesión, será responsable por los daños ocasionados por el suministro de dicha sustancia.

En las relatadas condiciones, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que debe prevalecer con carácter de jurisprudencia el criterio que se contiene en la tesis siguiente:

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.

Por lo expuesto y fundado, se resuelve.

PRIMERO. Sí existe contradicción de tesis entre los criterios sustentados por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito, en los términos del Considerando Cuarto de esta resolución.

SEGUNDO. Debe prevalecer con carácter de jurisprudencia, el criterio señalado por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el último considerando del presente fallo.

TERCERO. Dese publicidad a la tesis jurisprudencial que se sustenta en la presente resolución, en términos del artículo 195 de la Ley de Amparo.

Notifíquese; con testimonio de la presente resolución, y en su oportunidad archívese el expediente como asunto concluido.

Así, lo resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por **mayoría de cuatro votos** en cuanto a la competencia, de los señores Ministros: Jorge Mario Pardo Rebolledo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente (Ponente) Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, en contra del emitido por el Ministro José Ramón Cossío Díaz y por **unanidad de votos** respecto al fondo del asunto.

Firman el Presidente de la Sala y Ponente con el Secretario de Acuerdos, que autoriza y da fe.

PRESIDENTE DE LA PRIMERA SALA Y PONENTE:

MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA.

**SECRETARIO DE ACUERDOS
DE LA PRIMERA SALA:**

LIC. HERIBERTO PÉREZ REYES.

En términos de lo previsto en los artículos 3, fracción II, 13, 14 y 18 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en esta versión pública se suprime la información considerada legalmente como reservada o confidencial que encuadra en esos supuestos normativos. **CONSTE.**

AMIO/oaor.