

LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

SUMARIO: I. *Concepto de servidor público.* II. *Servidores públicos de los servicios de atención a la salud.* III. *La responsabilidad.*

I. CONCEPTO DE SERVIDOR PÚBLICO

Se puede entender por servidor público toda persona física, contratada, o designada mediante elección o nombramiento, para desempeñar actividades atribuidas al Estado, a sus órganos gubernamentales o a los de la administración pública.

1. *En la doctrina*

En el universo de servidores públicos, la doctrina suele distinguir al funcionario del empleado; el primero viene a ser la persona física elegida, nombrada o contratada para ocupar un cargo público cuyo desempeño implica el ejercicio, en nombre del Estado, de sus órganos gubernamentales o de la administración pública, de funciones, actividades, facultades o poderes, de representación, de iniciativa, de decisión, de mando; en opinión del profesor argentino Rafael Bielsa:

Funcionario público es el que en virtud de designación especial y legal, ya por decreto ejecutivo, ya por elección y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y a expresar o ejercitar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o social.¹

El empleado al servicio del Estado, en cambio, es la persona física que, mediante nombramiento, contrato o mecanismo equivalente, desempeña un cargo en alguno de los órganos gubernamentales o de

¹ Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Roque de Palma, t. III, pp. 263 y 269.

la administración pública, sin contar con facultades o poderes de decisión o de mando, ni representar al órgano en que labora.

2. *En el derecho positivo*

En algunos casos, el derecho positivo también se refiere al servidor público como género, y al funcionario y al empleado públicos como especies.

A. *En la Constitución General de la República*

Así, el título cuarto de nuestra ley fundamental se dedica a las responsabilidades de los servidores públicos y establece en el artículo 108:

Para los efectos de las responsabilidades a que alude este título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes Judicial federal y Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados, y, en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal o en el Distrito Federal, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

El artículo 8o. constitucional distingue también entre funcionario y empleado público, al imponer a ambos la obligación de respetar el derecho de petición, en tanto que los artículos 74, frac. V; 109, fracs. I, II y III; 110, 112, 113, 114, 127 y 134 de la Constitución General de la República, hacen referencia, sin distinguos, al género de servidor público.

B. *En las constituciones de las entidades federativas*

Algunas constituciones particulares de los estados, como la de Querétaro, a semejanza de la Constitución General de la República, distinguen entre funcionarios y empleados públicos, como sendas especies del género servidor público; en cambio otras, como la de Durango, hacen referencia a los servidores públicos, sin diferenciarlos en funcionarios y empleados.

C. *En la legislación federal*

Se utiliza la expresión genérica de servidor público, sin hacer distinción expresa entre funcionarios y empleados, tanto en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, como en los Códigos Civil (artículo 1927) y Penal (título décimo) para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal.

D. *En la legislación local*

Las leyes locales de responsabilidades de los servidores públicos suelen emplear también la expresión genérica de servidor público, como ocurre con la del Estado de Nayarit.

II. SERVIDORES PÚBLICOS DE LOS SERVICIOS DE ATENCIÓN A LA SALUD

1. *Delimitación de su universo*

A la luz del título tercero de la Ley General de Salud, consideramos que el universo de servidores públicos de los servicios de atención a la salud, está constituido por los que participan en la prestación de servicios públicos de esta índole a la población en general y a los derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social, o los que con sus propios recursos o por encargo del Poder Ejecutivo federal, presten las mismas instituciones a otros grupos de usuarios.

2. *Clasificación*

Sin contar a los funcionarios ni a los servidores públicos administrativos y de intendencia, en los términos del título cuarto de la Ley General de Salud, los recursos humanos para los servicios de salud se integran con los profesionales, técnicos y auxiliares de las profesiones para la salud y, de alguna manera, se complementan con los pasantes de tales profesiones, que prestan su servicio social, por cuya razón, los servidores públicos de los servicios de atención a la salud podrían clasificarse de la siguiente manera:

A. *Los profesionales*

Son los servidores públicos que participan en la prestación de los servicios de atención a la salud, legalmente facultados para el ejercicio de actividades profesionales en los ámbitos de medicina, odontología, veterinaria, biología, bacteriología, enfermería, trabajo social, química, psicología, ingeniería sanitaria, nutrición, dietología, patología y sus ramas.

B. *Los técnicos y auxiliares*

Son los servidores públicos que participan también en la prestación de los referidos servicios de atención a la salud, entre otros campos, en los de medicina, odontología, veterinaria, enfermería, laboratorio clínico, radiología, terapia física, terapia ocupacional, terapia del lenguaje, prótesis y órtesis, trabajo social, nutrición, ciotecnología, patología, farmacia e histopatología, previa acreditación de los conocimientos específicos requeridos en cada caso, mediante los diplomas respectivos legalmente expedidos por las autoridades educativas correspondientes.

III. LA RESPONSABILIDAD

La voz castellana 'responsabilidad' proviene del latín *respondere* que significa: estar obligado.

1. *Concepto*

Entre los muchos conceptos formulados al respecto, se entiende por responsabilidad la capacidad de un sujeto de derecho de conocer y aceptar las consecuencias de sus actos realizados consciente y libremente. En otro sentido, viene a ser la relación de causalidad existente entre el acto y su autor, o sea, la capacidad de responder por sus actos. En un sentido más concreto, la responsabilidad se traduce en el surgimiento de una obligación o merecimiento de una pena en un caso determinado o determinable, como resultado de la ejecución de un acto específico.

Por responsabilidad también se puede entender la obligación que tiene una persona de subsanar el perjuicio producido, o el daño

causado a un tercero, porque así lo disponga una ley, lo requiera una convención originaria, lo estipule un contrato, o se desprenda de ciertos hechos ocurridos, independientemente de que en ellos exista o no culpa del obligado a subsanarla.

2. *Responsabilidad jurídica*

La responsabilidad jurídica somete los hechos a la reacción jurídica frente al daño producido, reacción cuya finalidad consistente en la represión del mal causado se alcanza a través del derecho, mediante el traslado de la carga del perjuicio a un sujeto diferente del agraviado; tal sujeto distinto habrá de sufrir —con, sin y aun contra su voluntad— la referida reacción jurídica, por encontrarse en situación de responsabilidad.

3. *Tipos de responsabilidad jurídica*

Cuando se ofenden o ponen en riesgo los fundamentos que dan sustento a la sociedad, ésta reacciona mediante castigos que impone a quienes realizaron tales atentados, siempre y cuando esas conductas indebidas sean deliberadas, es decir, los autores sean penalmente responsables; por tanto, la responsabilidad penal reclama investigar la culpabilidad del agente antisocial o cuando menos comprobar el carácter socialmente peligroso que dicho sujeto o sus actos pueden significar, para imponer penas o adoptar medidas de seguridad en contra de quienes, responsables o no, la ponen en peligro y, en todo caso, procurar la rehabilitación y readaptación de tales personas.

La responsabilidad civil, a diferencia de la penal, no tiene como punto de partida un daño social, sino un mal infligido a un individuo o a varios en lo particular, mas como desde hace siglos el perjudicado no puede aplicar un castigo al autor de dicho mal, deberá limitarse a solicitar, ante los tribunales competentes, la reparación del daño o perjuicio ocasionado.

En contraste con la responsabilidad penal, cuya comprobación demanda la investigación de la imputabilidad del autor del daño, o por lo menos la acreditación del carácter socialmente peligroso que dicha persona o sus actos pueden significar, en la responsabilidad civil tiene escasa relevancia que el acto pernicioso para un particular ponga o no en riesgo los intereses de la sociedad ni si el autor del daño tiene o no imputabilidad, puesto que lo único que

se necesita es determinar si existe un nexo jurídico de obligación entre dos sujetos que los pueda convertir a uno en acreedor y a otro en deudor.

La responsabilidad administrativa se atribuye exclusivamente a los servidores públicos, por infringir con actos u omisiones los principios que rigen el quehacer público, los cuales, en los términos del artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, son los de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia.

La responsabilidad política, al igual que la administrativa, sólo es atribuible a los servidores públicos, mas no a todos, sino únicamente a algunos tipos de funcionarios públicos que precisa el artículo 110 constitucional, cuando sus conductas lesionen los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho.

La responsabilidad profesional sólo es imputable a los profesionistas, quienes además de responder por sus propios actos en los términos establecidos en el artículo 1910 del Código Civil y en el 228 del Código Penal, lo harán también por los actos de los auxiliares o empleados que estén bajo su inmediata dependencia y dirección, si sus instrucciones causaren el daño o no dieren las instrucciones adecuadas.

Conviene poner de relieve que cada uno de los diferentes tipos de responsabilidad no excluye a los demás; el homicida, por ejemplo, además de su responsabilidad penal, es civilmente responsable del perjuicio originado a los hijos de su víctima, por cuya razón la pena que se le impone por la comisión del delito, no le libera de reparar los perjuicios derivados de la orfandad en que quedaron los menores hijos del victimado.

4. *La responsabilidad de los servidores públicos*

En el desempeño de sus funciones, los servidores públicos pueden incurrir en responsabilidad penal, civil, administrativa, profesional y política.

A. *Responsabilidad penal*

Este tipo de responsabilidad está prevista en el título décimo y décimo primero del libro segundo del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal, cuyos artículos tratan de precisar en qué

consisten los delitos de ejercicio indebido de servicio público, abuso de autoridad, coalición de servidores públicos, uso indebido de atribuciones y facultades, concusión, intimidación, ejercicio abusivo de funciones, tráfico de influencia, cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito, así como los cometidos por los servidores públicos contra la administración de justicia.

B. Responsabilidad civil

Para unos autores, la responsabilidad civil es la sanción a una conducta indebida, como se entendió en los primeros estadios del derecho, en los cuales la respuesta al daño era de índole aflictivo y penal; es el esquema de la "ley del talión" que, de represalia infligida en la persona del reo, se transforma en compensación pecuniaria con propósito aflictivo y no remuneratorio, mediante el criterio del múltiplo, que generaba una cuantiosa utilidad al perjudicado.

En el derecho romano, la idea de responsabilidad se modifica drásticamente al orientarse a restablecer el justo equilibrio entre los miembros de la comunidad, roto por una situación injusta, por lo cual la reparación no la generaba la falta, sino la lesión. Por ello, como señala Eduardo Soto Kloss, en la interpretación romana:

El fundamento, la causa de la obligación de reparar no es la existencia de una falta, de culpa, de malicia, en el autor del daño, sino el desequilibrio producido en las relaciones de los hombres, desequilibrio injusto, injuria, perturbación de una igualdad que es necesario proteger, y por ende, necesidad de reparar aquella, alterada por ese daño contrario a esa igualdad (*aequalitas*).²

Conforme al criterio de otra corriente doctrinaria que puede considerarse predominante en la actualidad, la responsabilidad civil tiene una finalidad reparatoria y, por tanto, busca garantizar la esfera jurídica de los sujetos del derecho, con el propósito de restablecer la situación patrimonial de la víctima del daño antijurídico. En consecuencia, la indemnización será proporcional al daño sufrido.

En este otro esquema, la responsabilidad civil carece de carácter punitivo o aflictivo por ser indiscutiblemente reparatoria y, en consecuencia, no se destina a enriquecer a la víctima o a sus deudos.

² Soto Kloss, Eduardo, "La responsabilidad pública: enfoque político", *Responsabilidad del Estado*, Tucumán, Unsta, 1982, p. 21.

En este orden de ideas, el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal, establece: "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".

Podríamos entonces señalar que la responsabilidad civil del servidor público es la derivada de sus actos u omisiones registrados en el ejercicio de sus funciones, que causen daño económico o moral a otra persona.

C. Responsabilidad administrativa

El artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos contiene en sus 24 fracciones todo un catálogo de obligaciones para tales servidores, cuyo incumplimiento da lugar a imponerles las sanciones administrativas previstas en el artículo 53 del mismo ordenamiento legal, que son las de apercibimiento privado o público, amonestación privada o pública, suspensión, destitución del puesto, sanción económica e inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargas o comisiones en el servicio público.

D. Responsabilidad profesional

Los servidores públicos cuyo desempeño de labores implica el ejercicio de una profesión, pueden incurrir en responsabilidad profesional en casos específicamente previstos en el Código Penal, en la Ley de Profesiones y en la Ley General de Salud.

a. El Código Penal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 228 del Código Penal, los profesionistas y técnicos así como sus auxiliares, serán responsables en el ejercicio de su profesión y, además de las sanciones a que se hagan acreedores en cada caso, podrán ser suspendidos en tal ejercicio de un mes a dos años, o de manera definitiva en caso de reincidencia; quedando obligados a la reparación del daño por los actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos. Tal disposición es aplicable a los médicos que, habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo

de la atención de un lesionado o enfermo, la abandonen en su tratamiento sin causa justificada y sin dar aviso inmediato a la autoridad competente.

b. Ley Reglamentaria del artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal

En su artículo 71, este ordenamiento legal dispone que los profesionistas serán civilmente responsables de las contravenciones que cometan en el desempeño de trabajos profesionales, los auxiliares o empleados que estén bajo su inmediata dependencia y dirección, siempre que no hubieran dado las instrucciones adecuadas o sus instrucciones hubieren sido la causa del daño.

c. Ley General de Salud

Esta ley impone a profesionistas, técnicos y auxiliares de la salud, diversas obligaciones cuya inobservancia da lugar a las sanciones previstas en el capítulo II de su título decimooctavo. Por ejemplo, su artículo 419 dispone sancionar con multa equivalente hasta de cien veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate, al médico que, sin el consentimiento del paciente, o de quienes señala el artículo 103 del mismo ordenamiento, otorgado por escrito, utilice nuevos recursos terapéuticos o de diagnóstico en el tratamiento de su enfermedad.

5. Responsabilidad civil de servidores públicos del sector salud

Especial relevancia para los servidores públicos del sector salud representa la responsabilidad civil de la que se suelen admitir como elementos: una actuación ilícita, la existencia de un daño y un vínculo de causalidad entre el hecho y el daño.

A. La actuación ilícita

Se considera que la actuación ilícita implica un obrar doloso o cuando menos culposo, bien por su propósito de causar daño, ya por ser producto de la imprudencia, negligencia, ignorancia, inad-

vertencia o impericia; por cuya razón constituye un elemento indispensable de la responsabilidad civil.

a. El dolo

Caracterizado por su intencionalidad y por su ilicitud, el dolo requiere, en cuanto a la primera, de dos elementos, uno intelectual y otro volitivo. Por el intelectual, el autor del dolo tiene conocimiento del acto u omisión que lleva a cabo en contravención a su obligación, y de las consecuencias que acarrea. Mediante el elemento volitivo, el autor ha resuelto voluntariamente incumplir su deber, su obligación.

En consecuencia, obra dolosamente quien a sabiendas de tener una obligación específica a su cargo, la incumple deliberada y voluntariamente.

b. La culpa

Ubicado al lado del obrar doloso, el obrar culposo es entendido como aquél en el cual no existe dolo ni mala fe, pero se da la previsibilidad del daño causado, por lo que la culpa se ubica entre el dolo y el caso fortuito; porque se puede entender como culpa el incumplimiento de una obligación sin dolo ni mala fe, por alguna causa previsible y evitable, o también, la acción u omisión que por imprudencia, ignorancia, impericia o negligencia, causa un daño a otro. Para Guillermo Cabanellas:

En sentido estricto, *culpa* equivale a falta de diligencia. Por cuanto toda persona se encuentra obligada a obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas. La culpa puede ser *in faciendo* o *in omitiendo*, esto es, por acción u omisión. Los romanos distinguieron tres casos de culpa: a) *lata*, cuando no se emplea la diligencia que todos los hombres, aun los menos cuidadosos, suelen poner en sus cosas o en los negocios; b) *leve*, cuando no se pone la atención o el cuidado que ordinariamente se acostumbra o que, en general, pondría un buen padre de familia; c) *levísima*, cuando no se pone la diligencia que pondría una persona vigilante y cuidadosa.³

³ Cabanellas, Guillermo, "Culpa", *Diccionario de derecho usual*, 6a. ed., Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1968, t. I, p. 561.

B. *El daño*

Un segundo elemento de la responsabilidad civil es el daño sufrido por una persona, el cual se refiere no sólo al menoscabo registrado por el perjudicado en su patrimonio o daño emergente, sino también al perjuicio que impide percibir las legítimas utilidades, o sea, el lucro cesante; y al daño infligido a valores no cuantificables en dinero, en cuyo caso se habla de daño moral.

a. *El daño emergente*

Dentro del concepto genérico de daño patrimonial se distingue, en primer término el daño emergente, consistente en el menoscabo o reducción registrado en el patrimonio de quien lo sufre, ocasionado bien por su destrucción, aniquilamiento, deterioro o privación de su dominio, uso u goce, ya por las erogaciones que con tales motivos la víctima se vea precisada a efectuar.

Según el artículo 1614 del Código Civil de Colombia, “entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”.

b. *El lucro cesante*

Dentro del daño patrimonial se distingue también el lucro cesante, consistente en la legítima ganancia que se deja de percibir como resultado de la acción ilícita.

c. *El daño moral*

Cuando el daño se refiere a ciertos valores no tasados en dinero, se le suele denominar daño moral, como ocurre en el daño ocasionado a la víctima en su salud, en su integridad corporal, en su libertad, en su aspecto físico, en su honor o en su reputación. Para Rodrigo A. Escobar Gil: “Los daños morales son daños no patrimoniales puros, afectan intereses que carecen de contenido económico inmediato, como los derechos de la personalidad (la vida, la integridad

física, el honor, etcétera), de la familia, los intereses de afección y los elementos trascendentes de la vida de relación".⁴

C. *El vínculo causal entre el hecho y el daño*

La obligación de reparar o indemnizar los daños y perjuicios, o sea la responsabilidad civil, puede tener su origen en un contrato, en cuyo caso se habla de responsabilidad contractual; o puede tratarse de responsabilidad extracontractual como los casos derivados de una declaración unilateral de voluntad, del enriquecimiento ilegítimo, de la gestión de negocios, de un hecho ilícito, de un delito o de un mandato legal. En el primer caso se habla de responsabilidad civil contractual; en los restantes de responsabilidad civil extracontractual.

D. *Responsabilidad civil de médicos y paramédicos del sector*

Sin duda, de los servidores públicos del sector salud, los más expuestos a recibir reclamaciones por responsabilidad, especialmente de carácter civil, son los médicos y paramédicos; muchas de las reclamaciones se atribuyen a la *iatrogenia*.

Entendida como la enfermedad ocasionada por el médico o como el efecto no deseado, evitable si el médico tuviere los conocimientos de la especialidad y actuare con cuidado y prudencia, la *iatrogenia* viene a ser, en efecto, una de las fuentes importantes de responsabilidad de profesionistas, técnicos y auxiliares de la salud, la cual, como sugiere Harrison, se debe a imprudencia, negligencia, ignorancia y, agregaríamos nosotros, impericia.

a. *Imprudencia*

La imprudencia se puede interpretar como la ausencia de *sindéresis*, cordura y moderación en las acciones, o el descuido en la atención requerida para la realización de las acciones y en la previsión de sus consecuencias.

La imprudencia o falta de prudencia puede ocasionar daños en las personas y en las cosas, que exijan reparación e indemnización

⁴ Escobar Gil, Rodrigo A., *Responsabilidad contractual de la administración pública*, Bogotá, Temis, 1989, p. 240.

por la responsabilidad civil que conllevan, siempre y cuando se produzca un daño o perjuicio, sin dolo ni mala fe, sin la cordura y la moderación adecuadas, y que no constituya delito, aun cuando pueda ser falta administrativa.

b. Negligencia

Jurídicamente puede interpretarse la negligencia como falta de la debida diligencia o del cuidado indispensable en la ejecución de un acto determinado. Por tanto, la negligencia equivale a descuido.

c. Ignorancia

El desconocimiento de algún hecho, cosa, técnica u oficio en particular, implica ignorancia específica; a ella se refiere el derecho positivo en el caso del obrar culposos por ignorancia injustificada, como es la del profesionista respecto de las materias propias de su profesión o especialidad. En este sentido, el artículo 355 del Código Penal español establece una figura delictiva referida al juez que dictare sentencia manifiestamente injusta por negligencia o ignorancia inexcusable.

Desde luego, la ignorancia específica no sólo puede provocar la configuración de un delito, sino también dar lugar a la responsabilidad civil de los profesionistas, cuando su actuación pone de manifiesto el desconocimiento de los principios fundamentales de la profesión o especialidad a que se dedican. La ignorancia se diferencia del error de cálculo en que puede incurrir el profesionista, no por desconocimiento de los principios fundamentales de su especialidad, sino por una mala o equivocada interpretación o aplicación de tales principios.

d. Impericia

La impericia representa, en nuestra opinión, un obrar culposos diferente al provocado por la ignorancia, porque aun cuando puede ser provocada por ella, es decir, por la falta de sabiduría o de conocimientos especiales en una materia, también puede ser producto de la carencia de aptitud, habilidad, experiencia o práctica de una ciencia o arte.

6. Responsabilidad directa y solidaria del Estado

Por siglos campeó incólume la idea de la irresponsabilidad absoluta del Estado, por estar íntimamente ligada al autoritarismo característico del *antiguo régimen*, basado en la idea a la sazón imperante de soberanía, entendida como poder omnímodo y absoluto que Dios entregaba al monarca, quien de esta suerte se identificaba totalmente con el Estado, lo que mueve a François Senault a aseverar “El rey es el Estado”, inspirando a Luis XIV a afirmar posteriormente “El Estado soy yo”. Por ello, como apunta Julio I. Altamira Gigena:

Entendida la soberanía como el poder omnímodo, absoluto del Estado, susceptible de ejercitarse sin cortapisas ni limitaciones, y equiparada en su concepto a la noción jurídica de *imperium*, que supone el derecho de imponer su voluntad a los demás y el deber de éstos de acatarla, se explica que no pueda coexistir la idea de un “Estado responsable”, obligado a reparar el perjuicio inferido por sus funcionarios o empleados.⁵

El surgimiento del Estado de derecho y del principio de legalidad que conlleva, permitió la admisión de la idea de la responsabilidad del Estado, cuya importancia enfatiza la sentencia del Tribunal Supremo Español, en su sentencia del 16 de noviembre de 1983, al decir:

conviene no olvidar que la entronización de la responsabilidad civil de la administración pública, sobre todo la del Estado, ha representado la máxima conquista, en la configuración del moderno Estado de derecho, ya que hasta fechas recientes, contemporáneas, lo propio de los entes soberanos era que se impusieran a todos, sin compensación.

El profesor Agustín A. Gordillo niega, en nuestra opinión con razón, la aplicabilidad de criterios y principios del derecho civil en materia de responsabilidad del Estado, por ello afirma:

Se le llama todavía, a veces, responsabilidad civil del Estado, pero ello es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica “responsabilidad” del derecho privado, ni es tampoco “civil” en el sentido de regirse por las normas de dicho Código (estas normas son invocadas, pero con una constante modificación, en atención a los principios del derecho público,

⁵ Altamira Gigena, Julio I., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Astrea, 1973, p. 42.

lo que hace ya inexacto que podamos hablar en rigor de "responsabilidad civil"). A lo sumo podrá llamársela así para señalar que es un tipo de responsabilidad que se traduce en una reparación pecuniaria, esto es, en una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la acción estatal.⁶

7. *La responsabilidad del Estado mexicano*

En México, la irrestricta irresponsabilidad del Estado estuvo vigente hasta 1928, año en que se expidió el nuevo Código Civil, aún en vigor para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. Hasta antes de la expedición de dicho ordenamiento, el Estado mexicano no respondía de los daños resultantes de actos provenientes de sus órganos de poder ni de sus funcionarios o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

En consecuencia, quienes resultaban dañados por actos realizados por servidores públicos no tenían otro camino para intentar resarcirse de los daños recibidos que demandar en lo personal al agente del poder público, autor del acto respectivo, frecuentemente respaldado de manera indebida por los encargados de impartir justicia.

La práctica evidenció que de los pocos casos en que el afectado logró vencer en juicio, en un alto porcentaje se encontró con la insolvencia del servidor público vencido, lo que hizo nugatoria su sentencia favorable.

A. *La responsabilidad del Estado en el Código Civil de 1928*

Fue el referido Código Civil de 1928 el que, precisamente en su artículo 1928, introdujo en México, si bien tímidamente, la responsabilidad del Estado por la indebida actuación de sus servidores, al establecer:

El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria, y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado.

⁶ Gordillo, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1980, t. II, cap. XX, p. 5.

Como salta a la vista, el reconocimiento de la responsabilidad del Estado fue de modesto alcance, toda vez que, por una parte, no incluyó ni los perjuicios ni el daño moral, y, por otra, su carácter subsidiario obligaba al afectado a promover dos juicios sucesivos, el primero para demandar al servidor público responsable y, en caso de obtener sentencia favorable y acreditarse la insolvencia del demandado, iniciar nueva reclamación judicial, esta vez en contra del Estado generalmente sobreprotegido por el juzgador.

En lo pocos casos en que el afectado lograba obtener las resoluciones favorables en tan complicado procedimiento jurisdiccional, se encontraba con el obstáculo insalvable de la falta de partida presupuestal que impedía realizar el pago respectivo.

B. La reforma de 1982

En 1982 se dio un avance significativo al extenderse la responsabilidad subsidiaria del Estado a resarcir el daño moral, mediante la reforma del artículo 1916 del referido ordenamiento legal, que dispuso: "Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás".

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus funcionarios conforme al artículo 1928, ambas disposiciones del presente Código.

C. Las reformas de 1994

El VIII Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en Milán en noviembre de 1985, emitió la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder", en la que desarrolló un concepto de "víctima del abuso de poder", conforme al cual:

18. Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.

19. Los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios.

A la luz de ese nuevo concepto de víctima del abuso de poder, y en ejercicio de la facultad que le confiere la fracción VIII del artículo 6o. de la ley que la creó, la Comisión Nacional de Derechos Humanos propuso al Poder Ejecutivo federal un paquete de reformas a diversos ordenamientos legales, el cual hizo suyo el presidente de la República al remitir la iniciativa de reformas correspondiente al Congreso de la Unión que la aprobó en lo esencial, haciéndose la publicación correspondiente en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de enero de 1994.

Merced a tal reforma, el Estado asume de manera directa y solidaria la responsabilidad derivada de los daños, tanto materiales como morales, causados dolosamente por sus agentes o representantes; tal responsabilidad comprende el pago de perjuicios; el daño moral se presume si se prueba la realización del acto ilícito mediante el cual se le causó, aun cuando no se pruebe el daño mismo; se establece la obligación de asignar una partida presupuestal para encarar tal responsabilidad; se simplifican y amplían los mecanismos legales para lograr el pago de indemnizaciones por daños derivados de actuaciones ilícitas de servidores públicos, pudiendo reclamarse mediante el *ombudsman*.

En el paquete de reformas publicado el 10 de enero de 1994, sobresalen las relativas a los ordenamientos legales siguientes:

- a. Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal

Artículo 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, repu-

tación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. *Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.*

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual, igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

[.....]

Artículo 1927. El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les están encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado, cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.

Artículo 1928. El que paga los daños y perjuicios causados por sus sirvientes, empleados, funcionarios y operarios puede repetir de ellos lo que hubiere pagado.

b. Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos

Artículo 77 bis. Cuando en el procedimiento administrativo disciplinario se haya determinado la responsabilidad del servidor público y que la falta administrativa haya causado daños y perjuicios a particulares, éstos podrán acudir a las dependencias, entidades o a la Secretaría de la Contraloría de la Federación para que ellas directamente reconozcan la responsabilidad de indemnizar la reparación del daño en cantidad líquida y, en consecuencia, ordenar el pago correspondiente, sin necesidad de que los particulares acudan a la instancia judicial o a cualquier otra.

El Estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización hecha por los particulares.

Si el órgano del Estado niega la indemnización, o si el monto no satisface al reclamante, se tendrán expeditas, a su elección, la vía administrativa o judicial.

Cuando se haya aceptado una recomendación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en la que se proponga la reparación de

daños y perjuicios, la autoridad competente se limitará a su determinación en cantidad líquida y la orden de pago respectiva.

Artículo 78. Las facultades del superior jerárquico y de la Secretaría para imponer las sanciones que esta Ley prevé, se sujetarán a lo siguiente:

[...]

III. El derecho de los particulares a solicitar la indemnización de daños y perjuicios, prescribirá en un año, a partir de la notificación de la resolución administrativa que haya declarado cometida la falta administrativa.

c. Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal

Artículo 21. Las Salas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal son competentes para conocer:

[...]

VII. Las resoluciones que se dicten negando a los particulares la indemnización a que se contrae el artículo 77 bis de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. El particular podrá optar por esta vía, o acudir ante la instancia judicial competente.

d. Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación

Disposición similar a la antes transcrita de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, está contenida en la fracción X del artículo 23 de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación.

e. Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura

“Artículo 10. El Estado estará obligado a la reparación de los daños y perjuicios en los términos de los artículos 1927 y 1928 del Código Civil”.

f. Ley del Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal

“Artículo 2. El gasto público federal comprende las erogaciones por concepto de gasto corriente, inversión física, inversión financiera, así como pagos de pasivo, y por concepto de responsabilidad patrimonial, que realizan”.

Evidentemente, es de gran importancia que reformas similares a las antes transcritas se lleven a cabo en los ordenamientos jurídicos de todos los estados de la República, para que la responsabilidad directa del Estado sea exigible en todo el país, así como en el ámbito local, por lo menos tratándose de conductas intencionales o dolosas de los servidores públicos de los estados y de los municipios, en concordancia con la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder", para mayor respeto de los derechos humanos.

8. *La Comisión Nacional de Arbitraje Médico frente a la responsabilidad de los servidores públicos del sector salud*

Un paso importantísimo y trascendental en la tarea de dilucidar con equidad la responsabilidad de los profesionales, técnicos y auxiliares de las profesiones para la salud que laboran en las instituciones públicas, vino a ser la creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, como órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, con plena autonomía técnica para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos, entre cuyas atribuciones figuran las de investigar y atender las quejas que presenten los usuarios de servicios médicos por la posible irregularidad en su prestación o por la negativa de prestación de tales servicios; actuar como amigable componedor en conflictos derivados de su prestación, por actos u omisiones en tal actividad o por negligencia con consecuencia en la salud del usuario; fungir como árbitro y pronunciar los laudos que correspondan cuando las partes se sometan expresa y voluntariamente a su arbitraje; emitir opiniones sobre las quejas que tramite, y elaborar los dictámenes o peritajes médicos que les sean solicitados por las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia.

Es de esperarse que el ejercicio de sus atribuciones permita a esta nueva institución plantear oportunamente la modificación de su marco jurídico que propicie su favorable evolución y perfeccionamiento, en beneficio de los usuarios de los servicios de salud, especialmente de los impartidos por el sector público.