



# Informe de Investigación

## TÍTULO: MAL PRAXIS MÉDICA

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Penal	<b>Descriptor:</b> Mal Praxis
<b>Palabras clave:</b> Médico, Mal Praxis, Mala Práctica, Responsabilidad	
<b>Fuentes:</b> Doctrina, Normativa y Jurisprudencia	<b>Fecha de elaboración:</b> 13/04/2011

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1. RESUMEN.....</b>	<b>1</b>
<b>2. DOCTRINA.....</b>	<b>1</b>
a) Naturaleza de la responsabilidad civil médica.....	1
b) Responsabilidad profesional y responsabilidad médica.....	4
<b>3. NORMATIVA.....</b>	<b>11</b>
a) Código Civil.....	11
b) Código Penal.....	11
<b>4. JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>13</b>
a) Elementos configuradores de la mal praxis médica.....	13
b) Vía para el reclamo de daños y perjuicios ocasionados en hospital estatal es la sede contencioso administrativa.....	18
c) Homicidio culposo.....	31
d) Homicidio causado por mal praxis médica.....	32
e) Omisión de brindarle el tratamiento prescrito por el médico tratante.....	34

### 1. RESUMEN

A lo largo del presente informe se incorpora una breve revisión acerca de los componentes de la mal praxis médica a la luz del derecho penal, así como en relación con la teoría de la responsabilidad civil. A los efectos se reseñan algunos extractos doctrinales y jurisprudenciales sobre la aplicabilidad de los principios rectores de los delitos culposos al caso en cuestión.

## 2. DOCTRINA

### ***a) Naturaleza de la responsabilidad civil médica***

[VÁZQUEZ FERREYRA, R. A.]<sup>1</sup>

“Recuerda Bueres que en Francia fue frecuente hasta aproximadamente el año 1936 que los Tribunales propiciaran que el deber de responder de los médicos era extrancontractual en función de lo dispuesto en los artículos 1382 y 1383 del Código Civil francés. A partir de esa época la opinión se volcó entonces en favor de la solución contractual<sup>13</sup>.

En nuestro país Borda considera que la responsabilidad médica es de naturaleza extracontractual, pues no surge ella de la celebración de un contrato, sino de las obligaciones que impone el ejercicio de la medicina, haya o no contrato <sup>14</sup>.

Sin perjuicio de ello, el ilustre jurista reconoce que la opinión predominante considera que como regla general la responsabilidad que nos ocupa es de orden contractual.

Creemos con Bueres que como regla general la responsabilidad de los galenos es de naturaleza contractual, sin perjuicio de que en ciertos casos existen excepciones que justifican la aplicación de las normas que rigen la responsabilidad extracontractual<sup>15</sup>.

En la doctrina y jurisprudencia se sostiene en general esta opinión como predominante.

En este sentido las "V Jornadas Rioplatenses de Derecho", siguiendo los lineamientos fijados en encuentros anteriores, dictaminaron que "La responsabilidad profesional como regla general es de naturaleza contractual". En idéntico sentido se expidió la Comisión 2 del "II Congreso Internacional de Derecho de Daños", celebrado en Buenos Aires en junio de 1991.

En síntesis, puede decirse que "es criterio pacífico y virtualmente unánime en la doctrina nacional y extranjera considerar la responsabilidad emergente de la relación-médico paciente como de naturaleza contractual, sea cual fuere la esencia que se asigne a dicha relación"<sup>16</sup>.

En el sentido expuesto últimamente ha dicho la jurisprudencia que "En la mayoría de los problemas relacionados con la intervención medical se está frente a una relación contractual, de naturaleza atípica, pues las diversas actividades profesionales en sus variadas facetas no pueden fundirse en una sola especie de contrato, sea ella nominada o innominada"<sup>17</sup>.

"La indemnización de los daños y perjuicios derivada de la relación médico-

paciente es de naturaleza contractual, resultando improcedente reabrir en segunda instancia el debate sobre el tema porque la parte que lo intenta ha consentido en las instancias previas la calificación de su responsabilidad"<sup>18</sup>.

En la doctrina, últimamente, los autores que más atención han prestado al tema de la responsabilidad civil médica, han dado su conformidad en establecer que como regla general la naturaleza de la misma es contractual, sin importar que se trate de un contrato oneroso o gratuito. Así, por ejemplo, Mosset Iturraspe, Lorenzetti y Ghersi<sup>19</sup>.

En el derecho español, ésta parece ser también la solución hoy en vigencia<sup>20</sup>.

En homenaje a la brevedad no corresponde abundar con citas de autores y jurisprudencia que adhieren a la tesis contractual pues, como decíamos, es prácticamente opinión pacífica.

Ahora bien, señalamos que en supuestos excepcionales la responsabilidad civil del médico puede ser extra-contractual. Bueres enumera, entre estos casos, los siguientes: <sup>21</sup>

- a) El de los servicios médicos requeridos por una persona distinta del paciente, siempre y cuando, por lógica, aquélla no obligue contractualmente al último en virtud de una representación legal o voluntaria.
- b) Cuando se configura un delito del derecho criminal en cuyo caso es viable la opción del art. 1107 del Código Civil.
- c) Cuando el contrato celebrado entre el facultativo y el paciente es nulo.
- d) Cuando el servicio médico es prestado por el facultativo espontáneamente, sin intervención alguna de la voluntad del paciente (ejemplo del médico que auxilia a la víctima de un accidente en la vía pública).
- e) La atención del médico a un incapaz de hecho sin poder comunicarse con el respectivo representante legal.
- f) La actividad del médico desarrollada en contra de la voluntad del paciente (asistencia al suicida).

Cuando la relación entre médico y paciente es impuesta coactivamente al último, a raíz de la imperatividad de una disposición legal o administrativa (Bueres brinda el ejemplo del reconocimiento médico para el ingreso al servicio militar).

h) Por nuestra parte agregamos otro supuesto en el cual la responsabilidad del médico es de naturaleza extracontractual. Se trata del caso en el cual el médico actúa con la intención de causar el daño, es decir con dolo delictual, lo que configura un delito civil.

Ello así por cuanto el incumplimiento obligacional que lleva aparejado dolo

delictual (intención de causar el daño) implica la presencia de un delito civil que de por sí torna procedente la opción aquiliana y en consecuencia aplicables las normas regulatorias de los delitos civiles.

Con respecto a esta cuestión la Comisión 2- de las "XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" celebradas en Bariloche en abril de 1989 aprobó el siguiente despacho: "Funciona la opción aquiliana del art. 1107 cuando el deudor hubiere incurrido en dolo, no obstante la literalidad del referido texto legal" 22.

Estos casos son meramente enunciativos y no descartamos, por ende, la presencia de otros supuestos menos comunes de responsabilidad médica extracontractual."

### ***b) Responsabilidad profesional y responsabilidad médica***

[ARAYA OROZCO, S.]<sup>2</sup>

"El fundamento de la responsabilidad surge cuando se produce una actuación que tiene como consecuencia la afectación de las personas, de sus intereses o de sus bienes.

Responsabilidad evoca una atribución (a un sujeto) de una situación de necesidad jurídica como consecuencia de una imputación de una conducta o, una actividad que ha afectado la esfera jurídica ajena en forma negativa (daño) y, parte de un vínculo entre un sujeto y un acto o actividad.<sup>312</sup>

La noción de responsabilidad en general está vinculada al concepto de daño.<sup>313</sup> Este daño se traduce en las pérdidas de orden patrimonial que el individuo sufre, así como los eventuales perjuicios que dicho daño le pudo producir y los gastos sobrevinientes relativos a la comprobación de los resultados del hecho. Los daños pueden ser materiales que se determinan de manera más objetiva, y morales que dependen de las particularidades del ofendido y sus familiares.

La responsabilidad profesional se relaciona con aquella que pesa sobre un individuo que ejerce su profesión faltando a los deberes especiales que ésta le impone.

En el caso de la mal praxis, la culpa médica genera responsabilidad médica que se funda en la actuación defectuosa del profesional en medicina causante de un resultado dañoso y funge a la vez como la base de la posterior sanción penal. Responsabilidad médica es: "(...)la obligación del médico, primariamente profesional (moral y legal), de responder por los actos que lleva a cabo en el ejercicio de su accionar médico. El médico responsable lo es en la medida que asume plenamente el cuidado de su paciente, quien ha requerido sus servicios profesionales en un acto de confianza hacia aquél."<sup>315</sup>



Esta responsabilidad entraña tanto el deber que tiene el profesional de responder no solo ante la justicia y el paciente, sino también ante la sociedad por los daños que cause en el ejercicio de su profesión por su desempeño inadecuado. "Dicha responsabilidad acompaña a toda persona que ejerce el arte de curar precisamente por la importancia de los bienes que son puestos a su cuidado."<sup>316</sup>

En cuanto a la responsabilidad profesional de los médicos dice López Bolado: "(...) el principio de la responsabilidad médica es una seguridad para los médicos instruidos, concienzudos, y prudentes; es una amenaza constante para los temerarios, los audaces sin escrúpulos y los ignorantes imperturbables y es, al mismo tiempo, una barrera infranqueable contra las reclamaciones fantásticas, los caprichos y el mal humor de los pacientes"<sup>317</sup>

La responsabilidad médica además de administrativa y disciplinaria puede ser de naturaleza civil o penal.

Como se mencionó en el título anterior, con la responsabilidad civil, se contempla tanto responsabilidad objetiva como subjetiva y se pretende resarcir tanto los daños materiales como, los daños morales causados al paciente, sus familiares o a ambos. "La responsabilidad civil es un instrumento jurídico orientado a la reparación de un daño mediante el abono de su equivalente económico."<sup>318</sup> Este tipo de responsabilidad puede ser contractual,<sup>319</sup> la cual, tiene la finalidad de garantizar al sujeto el equivalente económico de una prestación, y solo procede en la medicina privada pues supone la existencia de un acuerdo previo entre partes; o extracontractual<sup>320</sup> que se refiere, en general la ausencia de un vínculo previo y tiende a la tutela de la esfera jurídica subjetiva frente a la injerencia de otros, ésta es la que opera en el caso de la medicina socializada.<sup>321</sup>

En la responsabilidad civil hasta que la existencia de daño no haya sido comprobado, no se configura responsabilidad de esa naturaleza. "Para que quede fundada la responsabilidad civil basta, en consecuencia, que exista un comportamiento (activo u omisivo), un daño y una relación de relevancia normativa entre el comportamiento y el daño, en el sentido de que el comportamiento debe ser jurídicamente relevante desde la perspectiva de la producción del daño"<sup>322</sup>

Como ya se ha mencionado, dentro del proceso penal, se tramita la declaratoria de responsabilidad civil por medio de una acción civil resarcitoria, en la cual los actores solicitan una indemnización económica en su calidad de víctimas o damnificados a los demandados civilmente responsables, por el daño moral y material presuntamente sufrido.<sup>323</sup> No obstante, también se prevé la posibilidad que el ofendido opte directamente solo por la vía civil para ser indemnizado, caso en el cual deberá acudir a los despachos judiciales de esa jurisdicción.<sup>324</sup>

En el caso de denuncias penales contra profesionales que laboran para la CCSS, la interposición de acción civil resarcitoria resulta más atractiva, ya que esta

institución generalmente figura como demandada solidaria,<sup>325</sup> de forma tal que en caso de una condenatoria civil ésta responde por el monto a indemnizar, aunque posteriormente, al menos en principio, por vía administrativa le cobre el monto pagado al profesional condenado. En caso de no decretarse responsabilidad civil por parte del funcionario, la CCSS puede entrar a responder por responsabilidad civil objetiva, que es aquella que surge cuando pese a no haber responsabilidad civil subjetiva por parte del agente, debe asumirla el Estado por un funcionamiento anormal de la Administración que generó daños importantes para el administrado.<sup>326</sup>

La responsabilidad penal por su parte, es de carácter personalísima y requiere la declaratoria de comisión de un delito por parte de un sujeto, es decir, la conducta investigada debe ser típica, antijurídica y culpable.

Una vez determinada la existencia del delito y por ende, la responsabilidad penal profesional se habilita la consecuente imposición de una sanción penal.<sup>327</sup>

Una misma conducta culposa puede generar los dos tipos de responsabilidad o solo un de ellas; "(...) si bien bastaría con la existencia de un daño ocasionado por un médico a través de la violación de las reglas de la *lex artis* para generar una responsabilidad civil, el principio de legalidad obliga que para que se genere responsabilidad penal sea necesario que la conducta del sujeto en la ley como delito"<sup>328</sup>

Por lo anterior, debe tenerse claro que tratándose de responsabilidad profesional del médico, en lo que interesa, puede ser de carácter civil o penal y, la diferencia básica entre ambos tipos de responsabilidad, radica en que mientras en derecho civil la responsabilidad se funda en el daño, e implica una indemnización, en derecho penal la responsabilidad se genera a partir de la culpa por inobservancia de la *lex artis* médica, y conlleva una pena.<sup>329</sup>

### 2.3 La Lex Artis Médica

Dentro del tema de responsabilidad profesional, es importante hacer referencia a la *lex artis* médica.

Casabona Romeo define *lex artis* como aquellas reglas con las que cuentan determinadas profesiones cualificadas por su especialización y preparación técnica, dichas reglas marcan las pautas dentro de las cuales deben desenvolverse la profesión.<sup>330</sup>

Molina Arrubla refiere que la *lex artis* médica es la "serie de reglas que determinan el modo correcto de conducta profesional del médico frente a la corporeidad de su paciente, dentro del contexto de una determinada situación clínica, y de acuerdo



con los últimos avances de la ciencia médica. "331

Según la Sala Tercera estas reglas correspondientes a la *lex artis* no se encuentran descritas en la ley o en reglamentos, pues la ley no le indica al profesional médico como realizar un diagnóstico, una intervención quirúrgica, o qué exámenes y tratamientos prescribir a un paciente. La *lex artis* deriva de la experiencia en el ejercicio de la medicina y su contenido no depende del ordenamiento jurídico.<sup>332</sup>

En el mismo sentido, concreta Lombana: "Así, tenemos entonces que la *lex artis* no está constituida por una serie de reglas improvisadas de conducta profesional, sino que dichas reglas son el producto de la evolución de largos años de estudio, por parte de miles de personas dedicadas al disciplinado estudio y a la práctica de la profesión médica, consagrando sus vidas a ese especial campo de conocimiento -en este caso la ciencia médica-, y que además han sido aceptadas como las normas de la profesión que mejor conllevan a la realización de los fines de la misma"<sup>333</sup>

La *lex artis* es fundamental para determinar cuáles conductas se ubican dentro del riesgo permitido de la actuación médica.

Alrededor de la *lex artis* se ubican tres características:<sup>334</sup>

1. La *lex artis* es necesaria para el análisis del comportamiento del médico. Para ello, debe evaluarse el estado de desarrollo de la profesión, las características esenciales de quien la ejerce, la complejidad del acto médico, el contexto y las circunstancias específicas de la enfermedad y del paciente. Debe tenerse claro que el desenvolvimiento normal de la *lex artis*, implica un margen de error inherente a la actividad humana, pues el profesional no es infalible.

2. El cumplimiento de la *lex artis* debe analizarse en el caso concreto, pues debe tenerse en cuenta el estado de la ciencia, las condiciones del paciente y la disponibilidad de recursos.

3. El desempeño de la *lex artis* debe tenerse en cuenta en todos los momentos del tratamiento médico. El profesional debe acatar la *lex artis* durante el diagnóstico, la formulación de las terapias, el seguimiento y la rehabilitación.

Existen varias pautas a partir de las cuales se puede determinar si la actuación de un profesional fue conforme a la *lex artis*.<sup>zz5</sup>

- La propia capacidad profesional del médico, entendida ésta como su preparación y experiencia: "Parece lógico que un médico antes de proponer una actuación quirúrgica examine su capacidad para llevarla a cabo. "<sup>336</sup>
- Las circunstancias de lugar y tiempo, entendidas como una valoración según las condiciones en las cuales se encuentre el médico: "Evidentemente no puede

valorarse lo mismo el ejercicio de la medicina en un ámbito rural que en un buen hospital, aisladamente o en equipo, y tampoco puede valorarse del mismo modo una intervención quirúrgica peligrosa por razones de urgencia o de carácter excepcional, catástrofes, etc, que en circunstancias normales de tiempo y los medios adecuados. "337

- La fase en que produzca la actuación médica. "(...) no parece correcto atribuir mayor responsabilidad al que implementa un tratamiento médico incorrecto que al que realiza un diagnóstico incorrecto, toda vez que cualquier actuación médica al momento de atender a una paciente es relevante, incluso, puede decirse, que reviste de mayor importancia el diagnóstico que se realice de un paciente, puesto que todas las maniobras que se realicen posterior a dicho diagnóstico con el fin de mejorar la condición de salud del paciente giran en torno a ese diagnóstico, el cual de realizarse de manera incorrecta sería el que en que última instancia provocaría la lesión o la muerte del paciente"338

- La responsabilidad derivada del trabajo en equipo, según el principio de confianza. Debe valorarse el grado de responsabilidad correspondiente a cada persona según su participación en la conducta típica.

El desempeño conforme a la *lex artis* impone sobre el profesional en medicina una serie de deberes a los cuales debe sujetarse.

## 2.4 Los Deberes del Médico

La actuación que despliega el galeno en el ejercicio de su profesión conforme a la *lex artis* va necesariamente aparejada a una serie de deberes encaminados al fin primordial de la medicina, cual es, el mejoramiento de la salud de los individuos. El médico que observa los deberes que le corresponden en razón de su profesión, actúa conforme a su deber de cuidado.

Jaime Lombana menciona cuatro principios generales de la actividad médica:339

- a. El principio de no maleficencia, el cual implica que no se debe infligir mal o daño, y más bien debe prevenirse o eliminarse, y se debe promover el bien.
- b. El principio de justicia, el cual procura trato igualitario en el acceso a atención sanitaria al menos en un nivel aceptable, en la distribución equitativa de los recursos sanitarios y en los criterios de racionamiento.
- c. El principio de beneficencia, éste implica que todos tiendan a hacer el bien, procurando reducir al máximo los riesgos previsibles.
- d. El principio de autonomía, que impone el considerar a todos los individuos capaces de tomar decisiones por sí mismos. Por lo que el médico se ve compelido



a respetar la privacidad del paciente, hablarle con la verdad, obtener siempre su consentimiento para intervenirlo, y ayudar cuando sea solicitado.

Resulta importante realizar un listado no taxativo de algunos de estos deberes, según lo que han señalado algunos autores:

a. Tener un buen trato con el paciente y sus parientes.<sup>340</sup> Además de un deber, una buena relación médico-paciente es clave para la correcta labor del profesional. En ese sentido, dispone el Código de Moral Médica:

"Artículo 32. —El médico durante la relación profesional no debe emplear deliberadamente acciones, palabras o gestos que puedan causar daño físico o psicológico en el paciente. "<sup>341</sup>

b. Brindar al paciente la mejor atención posible, en aplicación de todo su conocimiento y experiencia, según el recurso humano y técnico que tenga a su disposición. Esto implica que el profesional debe capacitarse, entrenarse y además, actualizar sus conocimientos en el campo, según las posibilidades que tenga a disposición.<sup>342</sup> En ese sentido, dispone el Código de Moral Médica:

"Artículo 4o—El médico tiene el compromiso de conocer e implementar lo que esté a su alcance para el mantenimiento de la salud individual y colectiva.

Artículo 5o—Las necesidades integrales en salud deben ocupar lugar primordial en la conducta profesional del médico. "<sup>343</sup>

c. Respetar la normativa que regla el ejercicio de la profesión.<sup>344</sup> Es deber del galeno observar las disposiciones que regulan el ejercicio profesional, pues las mismas se han creado en procura de brindarle a los pacientes un trato eficiente: "(.. .) impone al médico, por un lado, el deber de respetar la *lex artis* en la ejecución de sus actos, de manera que no produzca lesiones o muertes originadas en una falta al deber de cuidado, dado que las propias normas lo autorizan a manipular, intervenir, suministrar drogas e incluso invadir quirúrgicamente a los seres humanos; en otros términos, le han confiado a la vez - atendiendo a sus especiales conocimientos- la facultad y la obligación de velar por la salud de las personas. Por otra parte, también le impone el ordenamiento- en razón de las mismas circunstancias dichas- una posición o deber de garante relativa a los pacientes que tiene bajo su cuidado, pues le compete proteger al bien jurídico (vida, salud) frente a los peligros que puedan amenazarlo"<sup>345</sup>

d. Brindar al paciente una atención profesional ininterrumpida.<sup>346</sup> "Está obligado el médico a no abandonar a un paciente que necesita seguir recibiendo sus cuidados; y si por motivos de fuerza mayor tuvo que hacerlo, está obligado a ponerlo en otras manos capaces de continuar lo iniciado por él" <sup>347</sup> Esto incluye también la fase de seguimiento posterior a la aplicación del tratamiento,<sup>348</sup> y el deber de insistir y recalcar a los pacientes la importancia de la continuidad de los

tratamientos e informarle de las consecuencias de la interrupción de los mismos.

e. Reconocer los límites de su conocimiento de manera tal que si el padecimiento del paciente rebasa esos márgenes debe remitirlo a otro médico calificado.<sup>349</sup> "(...) corresponde a la diligencia exigible de un buen profesional, no afrontar un problema que está por encima de su capacidad técnica. En estos casos surge en cabeza del médico el deber de consultar a sus colegas o derivar el paciente a un especialista en aquellos casos en que por sus conocimientos no está en condiciones de lograr un adecuado diagnóstico o prestación curativa. Es que el médico no puede dominar todas las materias que integran el saber profesional, surgiendo así su responsabilidad por la omisión de consulta"<sup>350</sup>

f. Establecer y mantener un canal de comunicación con el paciente y a sus familiares con el fin de mantenerlos informados sobre la evolución de su estado de salud.<sup>351</sup> De ese modo se dispone en el Código de Moral Médica:

Artículo 37.—Con las excepciones que establece la Ley, el médico está obligado a informar a sus pacientes sobre el riesgo presente o eventual de cualquier medicamento, procedimiento médico o quirúrgico. No debe emprender ninguna acción sin el consentimiento del enfermo o de su representante legal si es menor de edad o está incapacitado jurídicamente, exceptuados los casos de absoluta imposibilidad o urgencia <sup>352</sup>

g. Manejar el expediente clínico del paciente en forma ordenada, consignando completamente su historia clínica y los procedimientos a implementar. <sup>353</sup> Con referencia a este deber, corresponde tomarse en cuenta que en casos por mal praxis médicas el expediente clínico constituye la prueba documental fundamental, pues es la principal fuente de información en la que se documenta por escrito cuál fue la actuación de cada uno de los profesionales que tuvieron contacto con el paciente. Para estos efectos, la CCSS cuenta con un Reglamento del Expediente de Salud que norma la manera en que el mismo debe ser manejado por los médicos y demás personal de salud que tenga contacto con el expediente.<sup>354</sup>

h. Procurar por todos los medios hasta donde su conocimiento y circunstancias materiales le permitan, el mejoramiento del estado de salud del paciente, sin que esto signifique la obligación de curar al enfermo. "El médico que presta sus servicios no se obliga a curar al enfermo, sino a suministrar solícitos cuidados en procura de su curación, tomando todas las precauciones que la ciencia y la práctica profesional le recomiendan"<sup>355</sup> Para ello requiere mantener sobre el paciente toda su atención y conocimiento, solicitando y realizando todas aquellas pruebas y procedimientos que sean necesarios para establecer un diagnóstico y procurar una cura.<sup>356</sup>

i. No ensayar de forma irresponsable con nuevos medicamentos, métodos de diagnóstico o terapéuticos sin el consentimiento del paciente o de sus

representantes.<sup>357</sup>

Sobre un caso concreto la Sala Tercera dijo." (...) los jueces de mayoría arriban a la conclusión sobre el actuar imprudente, imperito y falta de cuidado del imputado como médico especialista en obstetricia, dado el conocimiento que tenía del medicamento empleado, el cual, en nuestro país estaba en etapa de experimentación para uso ginecológico, pues su principal aplicación lo es en el campo gastroenterológico, (...) el Cytotec tenía primordialmente un uso diferente al ginecológico, que estaba en estudio y que no era utilizado por la Caja Costarricense del Seguro Social, por ello, quien lo utilizara en obstetricia, lo hacía bajo su riesgo, el cual en este caso resultó mortal. (...)"<sup>358</sup> j. Respetar el ámbito de autodeterminación del paciente y las decisiones que éste tome en cuanto a su salud, siempre y cuando tenga la capacidad mental suficiente. Así lo dispone el Código de Moral Médica:

"Artículo 35. —El médico debe respetar el derecho del paciente facultado mentalmente para decidir en forma libre sobre la ejecución de prácticas diagnósticas o terapéuticas."<sup>359</sup>

k. Debe reconocer el margen de intimidad del paciente, de manera que debe respetar el secreto profesional dispuesto en el Código de Moral Médica, salvo imperio legal o autorización expresa del paciente.<sup>360</sup>

### 3. NORMATIVA

#### a) *Código Civil*<sup>3</sup>

##### **Artículo 1045.-**

Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.

#### b) *Código Penal*

##### **Artículo 117.- Homicidio culposo (\*)**

Se impondrá prisión de seis (6) meses a ocho (8) años, a quien por culpa mate a otro. En la adecuación de la pena al responsable, el tribunal deberá tomar en cuenta el grado de culpa y el número de víctimas, así como la magnitud de los

daños causados.

En todo caso, al autor del homicidio culposo también se le impondrá inhabilitación de uno (1) a cinco (5) años para el ejercicio de la profesión, el oficio, arte o la actividad en la que se produjo el hecho. Al conductor reincidente se le impondrá, además, la inhabilitación para conducir todo tipo de vehículos, por un período de cinco (5) a diez (10) años.

Se impondrá pena de prisión de tres (3) a quince (15) años e inhabilitación para la conducción de todo tipo de vehículos, por un período de cuatro (4) a veinte (20) años, a quien, por culpa y por medio de un vehículo, haya dado muerte a una persona, encontrándose el autor bajo las condiciones establecidas para la conducción temeraria, conforme se dispone en los incisos b), c) y d) del numeral 107 de la Ley de tránsito por vías públicas terrestres, No. 7331, de 13 de abril de 1993, y sus reformas, o bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cuando la concentración de alcohol en la sangre sea mayor a cero coma setenta y cinco (0,75) gramos de alcohol por cada litro de sangre.

Cuando se trate de un conductor reincidente de alguna de las conductas señaladas en el párrafo anterior, el mínimo de la pena de inhabilitación para la conducción de todo tipo de vehículos, será de diez (10) años y el máximo podrá ser hasta de treinta (30) años. Cuando se imponga una pena de prisión de tres (3) años o menos, el tribunal podrá sustituir la pena privativa de libertad, por una medida alternativa de prestación de servicio de utilidad pública, que podrá ser de trescientas ochenta (380) horas a mil ochocientas (1800) horas de servicio, en los lugares y la forma señalados en el artículo 71 ter de la Ley de tránsito por vías públicas terrestres, No. 7331, de 13 de abril de 1993, y sus reformas.

**(\* El presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 8696 de 17 de diciembre del 2008. ALC# 55 a LG# 248 de 23 de diciembre del 2008.**

**(\* El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 6726 de 10 de marzo de 1982.**

### **Artículo 128.- Lesiones culposas (\*)**

Se impondrá prisión hasta de un (1) año, o hasta cien (100) días multa, a quien por culpa cause a otro lesiones de las definidas en los artículos 123, 124 y 125. Para la adecuación de la pena al responsable, el tribunal deberá tener en cuenta el grado de culpa, el número de víctimas y la magnitud de los daños causados.

En todo caso, al autor de las lesiones culposas también se le impondrá inhabilitación de seis (6) meses a dos (2) años para el ejercicio de la profesión, el oficio, el arte o la actividad en la que se produjo el hecho. Al conductor reincidente se le impondrá, además, la cancelación de la licencia para conducir vehículos, por un período de uno (1) a dos (2) años.

Se impondrá pena de prisión de dos (2) a seis (6) años, a quien por culpa y por



medio de un vehículo, haya causado lesiones a una persona, encontrándose el autor bajo las condiciones establecidas para la conducción temeraria, conforme se dispone en los incisos b), c) y d) del numeral 107 de la Ley de tránsito por vías públicas terrestres, N.º 7331, de 13 de abril de 1993, y sus reformas, o bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cuando la concentración de alcohol en la sangre sea mayor a cero coma setenta y cinco (0,75) gramos de alcohol por cada litro de sangre. En los casos previstos en este párrafo, al autor del delito se le impondrá una pena de inhabilitación para la conducción de todo tipo de vehículos por un período de dos (2) a diez (10) años.

Cuando se trate de un conductor reincidente de alguna de las conductas señaladas en el párrafo anterior, el mínimo de la pena de inhabilitación para la conducción de todo tipo de vehículos, será de cinco (5) años y el máximo podrá ser hasta de quince (15) años. Cuando se imponga una pena de prisión de tres (3) años o menos, el tribunal podrá sustituir la pena privativa de libertad, por una medida alternativa de prestación de servicio de utilidad pública, que podrá ser de doscientas (200) horas hasta de novecientas cincuenta (950) horas de servicio, en los lugares y la forma señalados en el artículo 71 ter de la Ley de tránsito por vías públicas terrestres, No. 7331, de 13 de abril de 1993, y sus reformas.

**(\* El presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 8696 de 17 de diciembre del 2008. ALC# 55 a LG# 248 de 23 de diciembre del 2008.**

**(\* El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 6726 de 10 de marzo de 1982.**

#### 4. JURISPRUDENCIA

##### ***a) Elementos configuradores de la mal praxis médica***

[SALA TERCERA]<sup>4</sup>

“I. [...] Al respecto, la mala práctica médica se define como “un error involuntario vencible, un defecto o falta de aplicación de métodos, técnicas o procedimientos del actuar del profesional (examen físico, diagnóstico, tratamiento y seguimiento) que como resultado afecta la salud o la vida del paciente...” –(ver VARGAS ALVARADO, Eduardo. Medicina Legal. México, 2000. p.433). Por consiguiente, para poder afirmar la existencia de un delito culposo en el área de la medicina, es necesario determinar en primer lugar; la falta (voluntaria o involuntaria) cuya producción haya sido previsible y evitable en el ejercicio de su profesión. En segundo lugar; la creación efectiva de un resultado lesivo. Es decir, la falta médica, no es penalmente relevante sí la misma no produce una consecuencia negativa en el paciente. En tercer y último lugar; que el resultado perjudicial sea





consecuencia directa de la falta cometida por el galeno. Lo cual hace referencia al nexo causal, figura cuyo tratamiento en doctrina no ha sido pasivo, conforme con las distintas teorías que intentan definir el vínculo entre un comportamiento determinado con el resultado producido. Así de manera sucinta, dentro de las más importantes encontramos: la teoría de la equivalencia de las condiciones (condicio sine qua non), la teoría de la causalidad adecuada y la de la causalidad relevante (ver REYES ALVARADO, Yesid. “Imputación objetiva”, Santa Fé de Bogotá, segunda edición, 1996, pp. 8 a 30) Por otro lado, surgen teorías dirigidas a delimitar dicha causalidad, con parámetros más que desde el punto de vista natural, se fijan conforme a su relevancia dentro del ordenamiento penal. Entre ellas encontramos: “la teoría de la relevancia típica, la cual trata de adaptar la causalidad natural a las necesidades del derecho penal... y; la teoría de la imputación objetiva cuyo punto de partida es el reemplazo de la relación de causalidad por una relación elaborada sobre la base de consideraciones jurídicas y no naturales (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General, Madrid, tercera edición, 1994, p. 121). Ahora bien, la decisión de los Juzgadores que exime de responsabilidad a la justiciable por considerar que no existió una falta al deber de cuidado en el ejercicio de la *lex artis*, se debió principalmente, a la imposibilidad de comprobar la aplicación de una sobredosis de halotano, razón por la que se estableció que las consecuencias producidas en la salud del menor eran inevitables e imprevisibles. En esta operación intelectual –los Jueces– no pudieron solventar la discrepancia surgida de las apreciaciones periciales dictaminadas por los especialistas que fueron consultados sobre el rango porcentual que debía mantener una dosis correcta del citado anestésico en el cuerpo del menor. Por el contrario, conforme con las posiciones planteadas, pudieron extraer que el rango terapéutico iba de 2.2 a 26 mg de halotano/100 ml de sangre y el letal de 0.7 a 20 mg de halotano/100 ml de sangre, quedando en consecuencia la dosis de 25 mg de halotano/100 ml ubicado en un margen donde se cruzan el ámbito de lo letal con lo terapéutico. Ante tal divergencia, es imposible afirmar que la encausada incumplió con su deber de cuidado, ya que no consta cuál fue la prescripción anestésica recomendada, ni qué cantidad fue la suministrada efectivamente al momento de la intervención quirúrgica, para poder asumir que la técnica anestesióloga fue la causante del shock hipovolémico presentado por el agraviado. Esta Sala coincide con el Tribunal, que por más debido cuidado presentado por la justiciable en su labor, el resultado acaecido no le era previsible ni evitable, puesto que según se desprende de la prueba evacuada, los únicos porcentajes de halotano determinados por la prueba pericial, se contemplaban dentro de los rangos terapéuticos descritos en las fuentes doctrinales más actualizadas. En tal sentido fundamenta el Tribunal: “...Revisados los autos, se desprende que ciertamente existe bibliografía en los autos que revela que la dosis de 20/100 ml de Halotano en sangre está dentro de los valores





letales, sin embargo debemos resaltar que dicha literatura data del año 1973 y 1977, la ciencia médica evoluciona constantemente, de tal forma que al realizarse el análisis de las apelaciones, el Consejo Médico echa mano de literatura médica reciente de cinco años atrás, observando que la valoración se practicó en el año 2004. Es de vista que la referencia bibliográfica de los años 1973 y 1977 fue superada por la evolución de la ciencia y por ende por bibliografía moderna, no hay indicio alguno que haga dudar que la versión del Consejo está al margen de la literatura contemporánea...” –(ver folios 1063-1064)–. Por lo anterior, esta Cámara considera, que no lleva razón el recurrente al expresar, que el a quo, no fundamentó las razones por las que estimó que el resultado no era previsible o evitable, así como tampoco se puede interpretar en perjuicio de la encartada, que la sustancia suministrada era mucho mayor, al porcentaje fijado por el patólogo forense al momento de efectuar la autopsia médico legal, ya que dicha anestesia es relativa a muchos factores variables que impiden definir cifras absolutas.- Por otro lado, no es cierto, que los Jueces hicieran una transcripción de las pericias médicas para fundamentar el fallo tal y como argumenta el petente, por el contrario, el análisis intelectual plasmado en sentencia goza de criterios técnicos, doctrinales y probatorios encausados a justificar íntegramente la decisión derivada –conforme con las reglas de la sana crítica– de la totalidad de prueba evacuada en el juicio oral, y en tal sentido la investigación universitaria referida por el recurrente en el presente reclamo carece de importancia ante los razonamientos deslindados en sentencia puesto que el Tribunal obvió el mismo para tomar la decisión impugnada, como expresamente lo refieren al indicar: “..el Tribunal analiza el punto y da cuenta que ciertamente se trata de un trabajo de investigación, que el Consejo tuvo a la vista. Ergo en nada influyó, en lo que respecta a la decisión tomada por los suscritos juzgadores...” (ver folio 1064). Por consiguiente, esta Cámara considera que dicho alegato no se logra demostrar. Finalmente, si bien es cierto, la reacción fisiológica que llevó a la muerte a G. J. A, de dieciocho meses de edad, se produjo tan sólo instantes después de que se suministró el citado anestésico, no existen los suficientes elementos de convicción para acreditar con la certeza requerida, que la imputada V. M. L. C, haya faltado a su deber de cuidado, aplicando una dosis mayor a la recomendada para el caso en concreto, en razón de que no existe forma alguna de determinar un rango de aplicación distinto al que se delimitó en la autopsia médico legal, y de conformidad con el criterio debidamente fundamentado por los Juzgadores, la cantidad suministrada no es de valor absoluto, contrario a lo expresado por el recurrente, éste se encuentra dentro de los márgenes permitidos. En consecuencia, esta Sala concuerda con el a quo, al decir; que el fatal resultado, no es producto de la impericia de la acusada, y que lo acaecido se debe a causas iatrogénicas (fuerza mayor), producto de la descompensación a la que fue sometido el menor con las lesiones sufridas de previo, que de manera independiente al manejo clínico



brindado, las consecuencias eran imprevisibles e inevitables, de acuerdo a la acción realizada por la encartada. Se declara sin lugar el presente motivo. IV . [...] Es claro el Tribunal, al indicar que el lamentable deceso sufrido por el agraviado, no fue producido por una causa atribuible a la violación o quebranto del debido cuidado en la actuación de la encartada. Por el contrario, se estimó que al menor se le brindó un adecuado tratamiento –en todas las instancias hospitalarias– en razón de las lesiones producidas en el accidente de tránsito ocurrido previamente. Al respecto señala el a quo: “...Es juicio del Tribunal que no existió responsabilidad penal alguna de las profesionales demandadas en el ejercicio de sus funciones médicas, el resultado muerte del menor obedeció a causas impredecibles e inevitables ajenas a todo acto humano y excluyentes de cualquier acción u omisión culposa, en consecuencia opera una causa de exclusión de la tipicidad objetiva y subjetiva...se presentó un hecho impredecible e inevitable e inconcusamente ello esta (sic) al margen de que se haya materializado en la actuación de la enfermera anestesista y doctoras anesthesiólogas falta al deber de cuidado al que están obligadas en el ejercicio de sus funciones. No hay relación de causalidad entre la acción de intervenir al ofendido y el resultado producido, se echa de menos el incumplimiento de la lex artis, el Tribunal reitera que desde que el paciente ingresó al dispensario de La Cuesta hasta su deceso en el Hospital Nacional de Niños, el niño estuvo excelentemente atendido, de tal manera dichas circunstancias excluyen cualquier tipo de responsabilidad objetiva para la Caja Costarricense de Seguro Social” –(ver folios 1073 y 1074)–. El a quo, tuvo por demostrado que la reacción producida por el infante ante la intervención quirúrgica, no fue producto de la falta al deber de cuidado de los profesionales que actuaron, sino que la misma se debió a causas iatrogénicas propias del organismo del menor (ver folio 1059). En tal sentido, sobre el término “iatrogenia” se dice que: “...El médico evalúa previamente la conveniencia de usar recursos que por una parte tendrán efectos benéficos pero por otra podrían causar efectos indeseables producidos por las drogas o procedimientos empleados, pero en ningún momento ha existido descuido, equívoco o ignorancia...” ( Cerecedo-Cortina, VB. “Iatrogenia y error médico”. Revista Medica. Hospital General de México 1997 ;60(2):75-83. Citado por Albújar Pedro en “Iatrogenia”. Revista Diagnóstico. Volumen 43, número 5, octubre-diciembre de 2004). Es decir, la iatrogenia es el efecto o reacción surgida en el organismo humano producto de la intervención médica, que aún pudiendo ser previsible es inevitable, partiendo de la aplicación de las reglas del deber objetivo de cuidado. Por consiguiente, al hablar de dicho término en un análisis de causalidad, decimos que la misma se enmarca dentro de la figura denominada “fuerza mayor” atendiendo a hechos que son producidos por la naturaleza e idiosincrasia propia del organismo humano. A diferencia del caso fortuito, se dice que deben ser eventos inevitables producidos fuera del ámbito de la actividad de la persona obligada al resarcimiento” (COSSÍO, Alfonso de.



Instituciones de Derecho Civil. Alianza Editorial, Madrid, 1977, p. 308). Sobre la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito, se dice que el primero se refiere a un hecho o evento de la naturaleza, aún cuando fuera previsible y se prevea, es inevitable; y el segundo se refiere a un hecho producido por el hombre que por ser imprevisible aún utilizando una conducta diligente deviene inevitable ( BRENES CORDOBA, Alberto: Tratado de las Obligaciones, San José, Ed. Juricentro, 1977, epígrafes 198 a 201; PEREZ VARGAS, Víctor: Principios de Responsabilidad Civil Extracontractual, San José, 1984, págs. 88 a 90 y 106 a 107) . De tal manera, conforme a los hechos que el a quo tuvo por demostrados, el Tribunal en forma errónea asimiló la iatrogenia a un “caso fortuito” (ver folio 1068), cuando en realidad se está frente a un caso de “fuerza mayor”. En lo que interesa a este punto, sobre la responsabilidad civil, debe considerarse que la normativa a aplicar se regula a través de la Ley General de la Administración Pública, por tratarse de una entidad estatal, como lo es la Caja Costarricense del Seguro Social (Artículo 73 y 89 inciso 3 de la Constitución Política). En tal sentido sobre la naturaleza jurídica de tal institución y su correspondiente responsabilidad, esta Sala ha indicado que: “...El artículo 9 constitucional claramente dispone que el Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable. Esa es una norma de carácter general que, si bien pareciera estar referida especialmente para el Estado central, en realidad alcanza también a las instituciones autónomas – como la Caja- en virtud de la regla del artículo 41 constitucional, según la cual todos, de conformidad con la ley, han de encontrar reparación para las injurias y los daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Además de que sería contrario al principio democrático establecido en el artículo 1 constitucional el pensar que hay sujetos de Derecho Público irresponsables. La remisión a la ley obliga a considerar cuál es el régimen de responsabilidad que rige para la entidad pública aludida. Como ya se dijo, según lo establecido en los artículos 73 y 89 inciso 3 de la Constitución, la Caja Costarricense de Seguro Social es una institución autónoma. Ello significa que forma parte de la Administración Pública. Nótese que de la relación del artículo 1, inciso 4, apartado c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa y el artículo 1 de la Ley General de la Administración Pública, se extrae que dicha institución autónoma es componente integral de otra figura que se denomina Administración Pública. En esa condición, debe recalarse que el numeral 2 de la última ley mencionada establece que sus reglas son aplicables a los entes públicos distintos del Estado Central (Poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Electoral), salvo que haya reglas específicas para ellos. Siendo la Caja Costarricense de Seguro Social un ente público, en el tanto es un centro último de imputación de derechos y obligaciones, y no gozando de un régimen especial de responsabilidad, no queda más que aplicarle las normas de la Ley General de la Administración Pública en esa materia. Este cuerpo legal recién mencionado



dispone en su artículo 190 lo siguiente : “1. La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero. 2. La Administración será responsable de conformidad con este artículo, aún cuando no pueda serlo en virtud de las secciones siguientes de este Capítulo, pero la responsabilidad por acto lícito o funcionamiento normal, se dará únicamente según los términos de la Sección Tercera siguiente.” Esta decisión legislativa significa que existe un régimen de responsabilidad objetiva al que se somete a la Administración (el recurrente acepta esta posición expresamente a folio 918). No importa si el daño que cause la Administración obedece a una actuación normal o anormal, legítima o ilegítima, lícita o ilícita. Este sujeto de Derecho Público siempre responde por sus actos, salvo que medie fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero...” (Voto 2000-619, de las 11:20 horas del 9 de junio de 2000). Con base a lo anterior, se observa que el Tribunal se equivoca al fundamentar su decisión en el artículo 1045 del Código Civil, para eximir de responsabilidad a la institución demandada, también yerra al realizar una motivación de la iatrogenia, como un caso fortuito, ya que la misma constituye la eximente de culpabilidad de fuerza mayor, donde los resultados producidos tal y como se analizó en los considerandos I y II obedecen a las condiciones propias a la naturaleza de cada individuo, que no pueden ser dominadas por el hombre aún aplicando el deber objetivo de cuidado. Sin embargo, la declaratoria sin lugar de la acción civil resarcitoria dictada por el a quo, aunque con distinta fundamentación jurídica, se mantiene porque, dentro de la regulación atinente a la responsabilidad civil que le corresponde a la entidad demandada, se contempla dentro de las causales eximentes de tal responsabilidad, los casos de fuerza mayor, razón por la cual, esta Sala estima que la Caja Costarricense del Seguro Social, por la intervención oportuna y eficiente de sus funcionarios, brindó todos los auxilios necesarios al paciente y como se indicó anteriormente, los Jueces tuvieron por acreditado que el manejo hospitalario que se le brindó al agraviado fue el más adecuado posible, incluyendo de tal manera, la actuación y participación de los distintos personeros que en el ejercicio de sus funciones trataron de evitar mayor complicación en la salud del infante. Por consiguiente, al existir una causa de fuerza mayor, se corrige la fundamentación jurídica que señaló el a quo en la resolución recurrida y en su lugar se exime de todo tipo de responsabilidad civil a la Caja Costarricense del Seguro Social, en aplicación del artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública y se declara sin lugar el presente motivo.”

**b) Vía para el reclamo de daños y perjuicios ocasionados en hospital estatal es la sede contencioso administrativa**

[SALA PRIMERA]<sup>5</sup>

" I.- El 29 de setiembre de 1989 el actor se hirió al cortarse con un cuchillo 4 dedos de la mano derecha. Fue atendido en la Clínica del Seguro Social de Naranjo. De ahí fue remitido al Hospital de San Ramón. En ese centro hospitalario fue tratado por el médico Alfaro Rojas, quien procedió a suturar las heridas y le inmovilizó la mano. En esa oportunidad el referido galeno no realizó la corrección quirúrgica requerida para el caso, llamada tenorrafía de los tendones lesionados. El actor no logró recuperar la movilidad de los dedos, a pesar de la cirugía que posteriormente, el 14 de febrero de 1990, le realizaron en el Hospital del Seguro Social de Alajuela. El 4 de junio de 1990 fue atendido en la Medicatura Forense de Alajuela y allí se dictaminó que la inmovilización de los dedos fue producto de la indebida sutura. Posteriormente este mismo organismo determinó que el actor tiene una pérdida del 40% del valor de la mano derecha y el 26% de la pérdida de la capacidad general orgánica, y que no puede dedicarse a labores agrícolas -ocupación que desempeñaba en el momento de sufrir la cortadura- debido a la limitación de la mano. El 30 de julio de 1990 González Jiménez presentó denuncia en la Delegación del Organismo de Investigación Judicial de San Ramón ante la Agencia Fiscal. En ella se requirió al codemandado Alfaro Rojas por el delito de lesiones culposas, y debido a que operó la prescripción de la causa penal el Tribunal Superior de Alajuela, mediante resolución de las 10 horas del 20 de enero de 1992, confirmó el sobreseimiento dictado a favor de él. El 21 de octubre de ese mismo año el actor presentó ante el Departamento Legal de la Caja Costarricense del Seguro Social reclamo administrativo por daños y perjuicios. El 12 de enero de 1993, nuevamente presenta reclamo administrativo, esta vez ante la Gerencia de División Médica. Ante el silencio de la Administración, el accionante presentó demanda ordinaria en el Juzgado Civil de Grecia contra los aquí demandados. El proceso pasó a conocimiento del Juzgado Tercero de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, al resultar incompetente, por razón de la materia, el Juzgado Civil de Grecia, sin embargo ese despacho archivó las actuaciones, alegando no haber cumplido el actor con el agotamiento de la vía administrativa. El 22 de abril de 1993, el accionante presentó este proceso para reclamar el pago de los daños y perjuicios causados; el Juzgado declaró parcialmente con lugar la acción, acordó el pago de ¢5.000.000,00 por concepto de daño moral, intereses y costas, no así los demás extremos peticionados. El Tribunal revocó la sentencia de primera instancia y acogió la excepción de prescripción con fundamento en el artículo 871 del Código Civil al estimar que la acción penal estaba prescrita y en consecuencia la civil.

II.- El recurso de casación es interpuesto por el apoderado del actor por razones





de fondo. El tema central del recurso es la prescripción y las causas de interrupción. Contiene tres agravios. En el primero, el recurrente acusa violación indirecta de los artículos 874, 876, 878, 879, 1045 y 1048 del Código Civil, así como el 190 y 198 de la Ley General de la Administración Pública, por existir una errónea valoración de la prueba documental. En su criterio, el Tribunal omitió valorar varios documentos que produjeron, oportunamente, la interrupción del plazo de prescripción, violándose así la normativa antes citada. La documentación en concreto es: la denuncia penal presentada en el año de 1990 y la acción civil resarcitoria en 1991; en segundo lugar, la presentación de un proceso civil en el Juzgado de Grecia; y, finalmente, los formales reclamos administrativos ante la Caja Costarricense del Seguro Social en octubre de 1992 y enero de 1993. Dentro de este mismo agravio, critica la posición asumida por el Tribunal en cuanto al término de inicio de la prescripción. Señala que no es el mes de setiembre de 1989, tiempo en que sucedieron los hechos, sino el mes de julio de 1990, el momento en el cual su apoderado tuvo conocimiento de que había sido objeto de una mal praxis, a partir del cuál debió iniciarse el conteo del plazo de prescripción. De haber considerado estas apreciaciones el Tribunal, manifiesta, éste debió rechazar la excepción de prescripción, pues, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 198 de la Ley General de la Administración Pública, el presente asunto prescribía hasta junio de 1993, momento para el cual ya había sido presentado este juicio. En el segundo agravio estima conculcados los ordinales 369 y 370 del Código Procesal Civil, así como los artículos 874, 876, 878 y 879 del Código Civil, 190 y 198 de la Ley General de la Administración Pública. Estima que el Ad quem incurrió en error de derecho al no valorar en forma debida, al tenor de los artículos 369 y 370 del Código Procesal Civil, la documentación existente en el expediente administrativo, que es un documento público y en el cuál consta los reclamos administrativos que efectuó el actor ante la Caja Costarricense del Seguro Social. Por último estima violados en forma directa los artículos 190, 191, 198 y 364 de la Ley General de la Administración Pública y los artículos 865 y 871 del Código Civil. En este reproche plantea, que el punto a dilucidar estriba en determinar la legislación aplicable al asunto en cuestión, es decir si son las reglas del artículo 871 del Código Civil o el artículo 198 de la Ley General de la Administración Pública, tratándose del instituto de la prescripción. Según su criterio, lo aplicable es la prescripción decenal o en su defecto, por especialidad, el 198 de la Ley General de la Administración Pública, y nunca el 871 del Código Civil. Cuestiona la redacción del artículo 871 del Código Civil, incluso cita una redacción de un voto de la Sala Tercera de esta Corte, que a su vez incluye un voto de la Sala Constitucional, donde critica el plazo de prescripción de las acciones civiles sujetándolas a la de los delitos, considerando que la solución debería ser a la inversa.

III.- Tal y como lo expuso el recurrente en forma atinada, en la especie, el punto





medular a resolver estriba en determinar la normativa aplicable al caso, tratándose del instituto de la prescripción. Lo primero que debe decirse, aunque resulte obvio y parezca absurdo decirlo, es que éste es un proceso contencioso-administrativo, en el que la pretensión procesal es el pago de daños y perjuicios, pretensión que funda el actor en normas del derecho administrativo. Lo pedido es eminentemente de naturaleza indemnizatoria, pretende el actor que se responsabilice a un servidor público y a su institución empleadora por los daños causados por el primero, como consecuencia de una conducta lícita con ocasión del desempeño de sus deberes propios del cargo. Evidentemente, se trata de un proceso contencioso-administrativo de responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública, que generalmente se presenta como un proceso impugnatorio: se impugna el acto administrativo, o la denegatoria presunta por silencio, que ha negado la procedencia de la responsabilidad de la Administración o que la ha declarado en una cuantía que el recurrente juzga insuficiente. En la especie, el proceso obedece al silencio administrativo que operó respecto de los reclamos administrativo que oportunamente presentó el actor ante la entidad pública codemandada. Establecido lo anterior, es claro que contando el ordenamiento jurídico administrativo con normativa propia para la regulación del instituto de la prescripción, es ésta la aplicable y no otra. Así las cosas, al tenor de lo señalado, es el artículo 198 de la Ley General de la Administración Pública el llamado a resolver la cuestión debatida. IV.-

Aunque en la actualidad el artículo 198 de la Ley General de la Administración Pública regula un plazo de prescripción de cuatro años, obedece a una reforma del año 1996, que amplió el plazo de tres a cuatro años. Por ese motivo, atendiendo a la fecha en que ocurrieron los hechos, el plazo de prescripción aplicable al caso será de tres años. Hecha la anterior aclaración, interesa ahora determinar el momento a partir del cual debió correr el plazo de prescripción. Sobre este punto ya esta Sala se ha pronunciado:

“XI.- Como tercer motivo de agravio, se reclama la violación de los artículos 876 del Código Civil; 9, inciso 2 y 198 de la Ley General de la Administración Pública, al no haberse acogido la excepción de prescripción interpuesta por la entidad demanda. La intervención médica, en la cual se dejó olvidada la aguja en el cuerpo de la señora Valverde, se realizó el 15 de diciembre de 1979, pero el reclamo administrativo no se incoó hasta el 10 de octubre de 1985. Por ende, estima el recurrente, había transcurrido de sobra el plazo de prescripción previsto por el artículo 198 de la Ley General de la Administración Pública. Dicha disposición, arguye, debe interpretarse literalmente, pues es clara en su contenido al establecer que el plazo será contado "a partir del hecho que motiva la responsabilidad", y es incorrecto establecer, como lo han hecho los juzgadores de instancia, que en casos como el presente lo será "desde que se tuvo conocimiento



de los hechos". Al respecto, la sentencia del Tribunal Superior no ha incurrido en la violación de Ley alegada. El fenómeno de la responsabilidad civil no es simple, sino compuesto. Para su existencia requiere una conducta y un daño, entre los cuales existe una relación de causalidad. Es frecuente que la conducta y el daño surjan simultáneamente, pero, en otras oportunidades, suele suceder que el daño se produzca o evidencie tiempo después de acaecida la conducta. Es más, en otras ocasiones parte del daño se produce inmediatamente y otra tiempo después. Del sílabo de hechos probados fijado por los tribunales de instancia, resulta, en primer lugar, la intervención quirúrgica practicada el 15 de diciembre de 1979; sucesivamente, se dan una serie de padecimientos por parte de la señora Valverde y, finalmente, en 1985, a raíz de abscesos perianales, ocurre el hallazgo de la aguja olvidada, causante de los padecimientos sufridos por la actora. Hasta ese momento, los efectos dañinos del descuido en la atención del parto de 1979 estaban manifestándose, cuando, sorpresivamente, se descubrió la causa de los males sufridos por ella [ver los hechos demostrados b-), d-), f), g-), h-) de la sentencia de primera instancia y el o), introducido por el fallo del Tribunal]. Es entonces cuando se integran los extremos de la responsabilidad civil, al producirse el hallazgo, sin el cual aquélla no se configuraba. Antes de ello, la causa del mal era ignorada por la actora y por los médicos de la misma institución demandada; entretanto, continuaba produciéndose el daño en su integridad física y emocional. Por ende, es desde esa fecha cuando comienza a correr el plazo de prescripción previsto por el artículo 198 de la Ley General de la Administración Pública. Tal disposición, en situaciones como la analizada, debe ser interpretada conforme lo hizo el Tribunal Superior, a saber, iniciando el cómputo del término trienal ahí establecido a partir del momento en el cual se tuvo certeza de las causas del padecimiento de la actora. Por ende, no se había operado el plazo de prescripción cuando se ejerció la acción respectiva. En consecuencia, tampoco se ha incurrido en la violación de los preceptos legales aducidos por el recurrente" (N° 29 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, a las 14:30 horas del 14 de mayo de 1993). En la especie, la conducta en análisis corresponde a un procedimiento médico desarrollado en forma imperita, que generó una lesión permanente en el actor. Sin embargo, es hasta que los peritajes afirman la existencia del daño, que el actor tiene certeza de su existencia, y es a partir de ese momento que corre el plazo de prescripción. Así las cosas, el momento a partir del cual corre la prescripción es el 4 de junio de 1990, fecha en que la Medicatura Forense afirma, por primera vez, la existencia cierta del daño sufrido por el actor como consecuencia del erróneo procedimiento médico seguido. La prescripción se producía, de no acaecer ninguna causal de interrupción, el 4 de junio de 1993, momento para el cual ya había sido presentado este juicio. En todo caso, cabe agregar, que el actor presentó ante la entidad codemandada en fecha 12 de octubre de 1992 y 12 de enero de 1993 reclamos administrativos que,



lógicamente, produjeron una interrupción del plazo de la prescripción. Todo lo dicho hasta aquí permite concluir, con toda certeza, que efectivamente el Tribunal incurrió en la violación de los artículos 871 del Código Civil y 198 de la Ley General de la Administración Pública y procede la anulación del fallo impugnado. V.- Fallando por el fondo, le corresponde a esta Sala resolver sobre los agravios planteados por las partes en sus recursos de apelación contra lo resuelto por el Juzgado. El codemandado Alfaro Rojas ataca la sentencia impugnada desde dos ángulos, el primer lugar, alega que el fallo contraviene abiertamente principios legales y constitucionales, como el del debido proceso, cosa juzgada y non bis in idem, al no haber declarado la evidente prescripción de la acción judicial emprendida por el actor. Este punto ya fue resuelto en los considerandos anteriores, de ahí que resulta innecesario reiterar lo ya manifestado. En segundo lugar, reitera su oposición a la incorporación como prueba en este proceso, de los dictámenes médico legales rendidos por el Organismo de Investigación Judicial, a solicitud del juez que conoció de la causa que se siguió en su contra por el delito de lesiones culposas, documentos que fueron aportados por el actor. Considera el apelante, que dichas experticias nunca fueron puestas en conocimiento para su estudio e impugnación en el proceso en el cual se evacuaron, violándose así el principio contradictorio y el derecho de defensa. La prueba pericial en mención se practicó dentro de la causa seguida en el Juzgado de Instrucción de San Ramón contra el apelante, en el cual la codemandada Caja Costarricense del Seguro Social figuró como demandada civil, y es traída a los autos mediante copia auténtica. Se trata, pues, de lo que en doctrina se conoce como prueba trasladada, a saber "... aquella que se practica o admite en otro proceso y que es presentada en copia auténtica o mediante el desglose del original, si la ley lo permite" (Devis Echandía, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, 5ª Edición, Editorial Víctor P. De Zavallía, Buenos Aires, 1981, pág. 367). Prueba que, al haber sido controvertida en el proceso en el que practicó por las partes contra quienes se opone en el sub-lite, no requiere de ratificación y adquiere plena validez. A mayor abundamiento de razones se observa que el Tribunal mediante resolución de las 15:50 horas del 23 de julio de 1999, otorgó a los codemandados el término de tres días para que concretaran sus objeciones a los dictámenes de marras, sin embargo los codemandados se limitaron a reiterar su rechazo sin concretar cargos que menoscaben su validez. El apelante también solicitó se aceptara como prueba para mejor resolver el expediente clínico del actor así como un documento privado suscrito por el Dr. Jorge Fonseca Solano, sin embargo considera esta Sala que dicha prueba carece de interés para la resolución de la litis. En primer lugar el expediente clínico del actor fue considerado por la medicatura forense al rendir sus dictámenes, por lo que resulta innecesario su incorporación al proceso y por otro lado la nota del Dr. Jorge Fonseca Solano constituye un documento privado que contiene una mera opinión particular,



respetable, pero que de ninguna manera podría servir para desvirtuar los dictámenes cuestionados. La codemandada Caja Costarricense del Seguro Social, al igual que lo hizo el codemandado Alfaro Rojas, objetó los dictámenes médicos forenses, para lo cual esta Sala se remite a lo ya dicho en este mismo considerando. Como un segundo y último agravio cuestionó la apelante la condenatoria al pago del daño moral que se le impuso a ella y al codemandado Alfaro Rojas. Manifiesta, que para que proceda una condenatoria en daños debe demostrarse la existencia de éstos, cosa que dice se extraña en el presente asunto. Baste recordar acá lo que en forma reiterada ha dicho esta Sala en relación a la prueba del daño moral:

“XIII.- En lo referente a la prueba del daño moral el principio es el siguiente: debe acreditarse su existencia y gravedad, carga que le corresponde a la víctima, sin embargo se ha admitido que tal prueba se puede lograr a través de presunciones de hombre inferidas de los indicios, ya que, el hecho generador antijurídico pone de manifiesto el daño moral, pues cuando se daña la psiques, la salud, la integridad física, el honor, la intimidad, etc. es fácil inferir el daño, por ello se dice que la prueba del daño moral existe "in re ipsa". Sobre el particular, esta Sala ha manifestado que en materia de daño moral "... basta, en algunas ocasiones, con la realización del hecho culposo para que del mismo surja el daño, conforme a la prudente apreciación de los Jueces de mérito, cuando les es dable inferir el daño con fundamento en la prueba de indicios" (Sentencia N° 114 de las 16 horas del 2 de noviembre de 1979)" (N°. 112 de las 14:15 horas del 15 de julio de 1992). No lleva pues razón el apelante. VI.-

El actor reclama de la sentencia de primera instancia la negativa del juzgador a acoger sus pretensiones resarcitorias referidas al pago de la incapacidad parcial permanente y pensión vitalicia, así como el monto acordado por concepto de daño moral, el cuál estima que no guarda relación con la magnitud del daño. Dice que, bajo el argumento de que lo solicitado no es materia de su competencia, sino de los tribunales de familia y de lo laboral, rechaza dichos extremos sin observar a plenitud el ordenamiento jurídico, en donde distintas normas permiten el reconocimiento de los extremos reclamados.

VII.- El artículo 41 de nuestra norma fundamental establece en la base misma del ordenamiento jurídico el principio rector de la responsabilidad extracontractual. De esta forma señala que "... todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido de su persona, propiedad o intereses morales". Del precepto, importa destacar varios aspectos: en primer término, se acude al vocablo "todos", con lo cual se hace referencia a toda persona, ya sea física o jurídica, pública o privada. En segundo lugar, habrá de observarse, la referencia a la debida reparación del daño, antes que a la indemnización en dinero de la lesión sufrida, pues ciertamente ha de buscarse, en la generalidad de los casos, la



restitución de cosas al estado en que se encontraban antes de que se verificara el evento dañoso. De conformidad con el mandato constitucional, el fin de la obligación de indemnizar no puede ser otro, entonces, que el de compensar a la víctima ni más ni menos que TODOS los daños por ella realmente experimentados, a fin de retornar su patrimonio a la situación anterior a la producción del daño. Y por último, conviene destacar que, se hace total abstracción de cualquier elemento subjetivo como criterio de imputación, es decir, se deja de lado el tradicional concepto de dolo y culpa. Entratándose de la Administración Pública, el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública dispone que “La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero” (La negrita no es del original). Así las cosas, habrá responsabilidad del ente público, si la víctima del daño no tiene el deber jurídico de soportar la lesión producida. Ello implica que, si durante el ejercicio de los servicios públicos o de las potestades administrativas, se ocasiona un daño a tercero, debe responder el patrimonio estatal, salvo que hubiere operado causa eximente. Entra aquí en juego el conocido cúmulo de faltas, en donde la falta personal del servidor, en tanto realizada en el ejercicio de su cargo, o bien con la utilización de medios o instrumentos brindados por la propia administración (nexo causal), comprometen el patrimonio del Estado (entendido en sentido lato). En el presente caso, es claro que ha operado una falta de servicio que lleva a su vez a un funcionamiento anormal de la Administración Pública, puesto que el codemandado Alfaro Rojas falló en el debido cuidado en el ejercicio de su cargo como médico del sistema hospitalario estatal, al omitir practicarle al actor en su momento oportuno la “tenorrafia”. Es evidente entonces la responsabilidad tanto del servidor como de la institución demandada, a quien, en último término, se imputa la actuación de aquél, debiendo entonces éstos responder en forma solidaria por TODOS y cada uno de los perjuicios que haya producido la lesión causada. Corresponde ahora examinar los extremos indemnizatorios pretendidos, pero no amparados por el Juzgado, a fin de establecer si deben ser o no admitidos, así como la racionalidad y proporcionalidad del monto de la condena por concepto de daño moral decretada en primera instancia.

VIII.- Para mayor claridad del tema de los daños, conviene citar la sentencia de esta Sala N°112 de las 14:15 horas del 15 de julio de 1992 donde, entre otras cosas, se indicó: “IV.- El daño constituye uno de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, por cuanto el deber de resarcir solamente se configura si ha mediado un hecho ilícito dañoso que lesione un interés jurídicamente relevante, susceptible de ser tutelado por el ordenamiento jurídico. El daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual





provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. Bajo esta tesis, no hay responsabilidad civil si no media daño, así como no existe daño si no hay damnificado. Por otra parte, sólo es daño indemnizable el que se llega a probar (realidad o existencia), siendo ello una cuestión de hecho reservada al prudente arbitrio del juzgador. En suma, el daño constituye la brecha perjudicial para la víctima, resultante de confrontar la situación anterior al hecho ilícito con la posterior al mismo. V.- En muchas ocasiones se utilizan indiscriminadamente las expresiones "daños" y "perjuicios". Es menester precisar y distinguir ambos conceptos. El daño constituye la pérdida irrogada al damnificado (*damnum emergens*), en tanto el perjuicio está conformado por la ganancia o utilidad frustrada o dejada de percibir (*lucro cesans*), la cual era razonable y probablemente esperable si no se hubiese producido el hecho ilícito. VI.- No cualquier daño da pie a la obligación de resarcir. Para tal efecto, han de confluír, básicamente las siguientes características para ser un "daño resarcible": A) Debe ser cierto; real y efectivo, y no meramente eventual o hipotético, no puede estar fundado en realizaciones supuestas o conjeturales. El daño no pierde esta característica si su cuantificación resulta incierta, indeterminada o de difícil apreciación o prueba; tampoco debe confundirse la certeza con la actualidad, pues es admisible la reparación del daño cierto pero futuro; asimismo, no cabe confundir el daño futuro con el lucro cesante o perjuicio, pues el primero está referido a aquél que surge como una consecuencia necesaria derivada del hecho causal o generador del daño, es decir, sus repercusiones no se proyectan al incoarse el proceso. En lo relativo a la magnitud o monto (seriedad) del daño, ello constituye un extremo de incumbencia subjetiva única del damnificado, empero el derecho no puede ocuparse de pretensiones fundadas en daños insignificantes, derivadas de una excesiva susceptibilidad. B) Debe mediar lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de amparo. Así puede haber un damnificado directo y otro indirecto: el primero es la víctima del hecho dañoso, y el segundo serán los sucesores de la víctima. C) Deberá ser causado por un tercero, y subsistente, esto es, sí ha sido reparado por el responsable o un tercero (asegurador) resulta insubsistente. D) Debe mediar una relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño. VII.- Dentro de las clases de daños, se encuentra en primer término el daño material y el corporal, siendo el primero el que incide sobre las cosas o bienes materiales que conforman el patrimonio de la persona, en tanto el segundo repercute sobre la integridad corporal y física. En doctrina, bajo la denominación genérica de daño material o patrimonial, suelen comprenderse las específicas de daño corporal y de daño material, en sentido estricto. La segunda parece ser la expresión más feliz, pues el daño corporal suele afectar intereses patrimoniales del damnificado (pago de tratamiento médico, gastos de hospitalización, medicamentos, etc.), ganancias frustradas si el daño lo ha incapacitado para





realizar sus ocupaciones habituales (perjuicios), etc.. Esta distinción nació en el Derecho Romano, pues se distinguía entre el daño inferido a las cosas directamente (damnum) y el que lesionaba la personalidad física del individuo (injuria). En el daño patrimonial el menoscabo generado resulta ser valorable económicamente. VIII.- El daño moral (llamado en doctrina también incorporal, extrapatrimonial, de afección, etc.) se verifica cuando se lesiona la esfera de interés extrapatrimonial del individuo, empero como su vulneración puede generar consecuencias patrimoniales, cabe distinguir entre daño moral subjetivo "puro", o de afección, y daño moral objetivo u "objetivado". El daño moral subjetivo se produce cuando se ha lesionado un derecho extrapatrimonial, sin repercutir en el patrimonio, suponiendo normalmente una perturbación injusta de las condiciones anímicas del individuo (disgusto, desánimo, desesperación, pérdida de satisfacción de vivir, etc., vg. el agravio contra el honor, la dignidad, la intimidad, el llamado daño a la vida en relación, aflicción por la muerte de un familiar o ser querido, etc.). El daño moral objetivo lesiona un derecho extrapatrimonial con repercusión en el patrimonio, es decir, genera consecuencias económicamente valables (vg. el caso del profesional que por el hecho atribuido pierde su clientela en todo o en parte). Esta distinción sirve para deslindar el daño sufrido por el individuo en su consideración social (buen nombre, honor, honestidad, etc.) del padecido en el campo individual (aflicción por la muerte de un pariente), así uno refiere a la parte social y el otro a la afectiva del patrimonio. Esta distinción nació, originalmente, para determinar el ámbito del daño moral resarcible, pues en un principio la doctrina se mostró reacia a resarcir el daño moral puro, por su difícil cuantificación. Para la indemnización debe distinguirse entre los distintos tipos de daño moral. En el caso del objetivo, se debe hacer la demostración correspondiente como acontece con el daño patrimonial; pero en el supuesto del daño moral subjetivo al no poder estructurarse y demostrarse su cuantía de modo preciso, su fijación queda al prudente arbitrio del juez, teniendo en consideración las circunstancias del caso, los principios generales del derecho y la equidad, no constituyendo la falta de prueba acerca de la magnitud del daño óbice para fijar su importe. La diferencia dogmática entre daño patrimonial y moral no excluye que, en la práctica, se presenten concomitantemente uno y otro, podría ser el caso de las lesiones que generan un dolor físico o causan una desfiguración o deformidad física (daño a la salud) y el daño estético (rompimiento de la armonía física del rostro o de cualquier otra parte expuesta del cuerpo), sin que por ello el daño moral se reputa como secundario o accesorio, pues evidentemente tiene autonomía y características peculiares. En suma el daño moral consiste en dolor o sufrimiento físico, psíquico, de afección o moral infligido con un hecho ilícito. Normalmente el campo fértil del daño moral es el de los derechos de la personalidad cuando resultan conculcados. IX.- Esta Sala ha caracterizado el daño moral, en contraposición con el material, del siguiente modo: "III.- ... la doctrina



califica como daño el menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio...; el resarcimiento económico del menoscabo tiene que hacerse en su totalidad, para que se restablezca el equilibrio y la situación económica anterior a la perturbación. El daño es patrimonial cuando se produce un menoscabo valorable en dinero; y es no patrimonial, o de carácter moral, o inmaterial, o afectivo, cuando la valorización en dinero no tiene la base equivalente que caracteriza a los patrimoniales porque afecta a elementos o intereses de difícil valoración pecuniaria, que en la práctica son de variado carácter heterogéneo y que se caracterizan por no ser patrimoniales. En general, son aquellos que afectan a los bienes inmateriales de la personalidad, como la libertad, la salud, el honor, extraños al patrimonio o a los derechos de familia que pueden o no afectar los valores del patrimonio" (Sentencia N° 49 de las 15 horas 30 minutos del 22 de mayo de 1987). Por otra parte, en lo atinente al daño moral objetivo, la Sala de Casación, en voto de mayoría, ha señalado: "V.- ... Tampoco tienen precio el honor, la dignidad o la honestidad; y en tales casos, como se trata de bienes morales, la obligación indemnizatoria se dirige a reparar el daño moral sufrido, mas aquí también puede producirse un daño material indirecto, pues la ofensa al honor puede menoscabar el buen nombre de la víctima y afectarla en su patrimonio, lo que da lugar a la indemnización del daño moral objetivado ... . Cabe aquí advertir, para que no se interpreten con error las anteriores apreciaciones, que la expresión "daño indirecto" se ha venido usando para hacer referencia al daño que se produce como reflejo o repercusión necesaria de un acto ilícito que vulnera directamente otros bienes jurídicos, no así en el sentido equivalente a "daño remoto", no indemnizable, con que esa misma expresión se usa en la doctrina sobre la causalidad adecuada ...". (Sentencia número 7 de las 15 horas 30 minutos del 15 de enero de 1970). X.- En punto a la resarcibilidad del daño moral, cabe indicar que no es válido el argumento conforme al cual el resarcimiento del daño moral implica la dificultad de lograr una equivalencia entre el daño y la indemnización pecuniaria ("pecunia doloris"); por cuanto en el supuesto del daño moral objetivo la reparación resulta ser más fácil de cuantificar, y si bien en la hipótesis del daño moral subjetivo resulta un poco más difícil, de ello no cabe inferir la imposibilidad, además también en los supuestos del daño patrimonial se plantean serios problemas en su tasación. Es preferible compensarle al damnificado, de alguna forma, su dolor físico y aflicción de ánimo, que obligarlo a soportar su peso y otorgarle así un beneficio al causante del daño, dejándolo impune. Si bien el dinero, en el caso del daño material, reintegra la esfera patrimonial lesionada de la víctima al estado anterior a la causación del mismo ("restituio in integrum"), es igualmente cierto que en los casos del daño moral cumple una función o rol de satisfacción de la aflicción o dolor padecido, operando como compensación del daño infligido, sin resultar por ello moralmente



condenable, pues no se trata de pagar el dolor con placer, ni de ponerle un precio al dolor. Tan sólo se busca la manera de procurarle al damnificado satisfacciones equivalentes a las que se vieron afectadas. Como se ve, la reparación del daño moral resulta ser consecuente con los más altos principios de justicia (neminem laedere), y, según se verá, con la correcta hermenéutica de nuestros textos de derecho positivo, no pudiendo anteponerse para justificar su irresarcibilidad el valor de la seguridad jurídica, ante la imposibilidad de prever con cierto margen de certeza el quántum indemnizatorio, ni la idea de concebírsele como un daño metajurídico afinado en el ámbito de la moral o razones pseudo éticas como el intercambio del dolor por el hedonismo, pues el ordenamiento jurídico lo que hace es brindar una solución ante el conflicto de intereses, dándole al damnificado la posibilidad de procurarse otras satisfacciones sustitutivas a él y a su familia. Por último, precisa indicar que la reparación del daño moral también encuentra su piedra angular en el reconocimiento de la persona humana como el eje alrededor del cual gira el Derecho, persona con el derecho a un equilibrio en su estado psíquico y espiritual, cuyas alteraciones deben repararse” ( En este mismo sentido ver entre otras las sentencias N° 139 de las 14:15 horas del 16 de octubre de 1992 y N°250 de las 16:05 horas del 2001).

IX.- Al formular la petitoria, el actor solicitó se condene a los demandados a pagar: “...5.-... en forma solidaria la suma de CINCO MILLONES DE COLONES POR CONCEPTO DE DAÑO MORAL. 6.-... DIEZ MILLONES DE COLONES por el daño material y perjuicios ocasionados...” (La mayúscula es del texto original). Asimismo solicita se condene a los demandados en forma solidaria y por iguales partes “...7.- ...al pago de una pensión alimentaria vitalicia a favor de (sic) actor, la cual se fijará en ejecución de sentencia... 8.-...al pago de los intereses legales sobre los rubros enunciados en la petitoria 5 y 6 DESDE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA HASTA SU EFECTIVO PAGO”. De la lectura de dichas pretensiones se tiene, en primer lugar, que el monto fijado por el Juzgado por concepto de daño moral corresponde a la suma pretendida por el actor, así las cosas, el reproche del actor no puede ser atendido por esta Sala sin incurrir con ello en ultrapetita, toda vez que él mismo limitó su reclamo a la suma de cinco millones, suma concedida en estrados. En el punto 6 de las pretensiones, como ya se indicó, el actor solicita se condene a los demandados el pago de ¢10.000.000,00 por concepto de “daño material y perjuicios ocasionados”, indicando que “ambos rubros consisten en la incapacidad permanente para el trabajo, debido a que mi poderdante se encuentra imposibilitado para realizar labores bimanuales, posee una pérdida del cuarenta por ciento de su mano derecha lo que se traduce en incapacidad general orgánica de un 26%”. Lo peticionado no es otra cosa que el lucro cesante, que como tal forma parte del daño indemnizable. Hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar, bajo circunstancias normales, al patrimonio de una persona no ingresó ni ingresará. Desde la perspectiva del daño, cuando la víctima ha sufrido



lesiones personales, el lucro cesante estará constituido por la incapacidad laboral producida no solo desde el día del accidente hasta el día del fallo (lucro cesante pasado), sino también, por la que se produce con posterioridad a este (lucro cesante futuro), pues sus ingresos se ven disminuidos en razón de la pérdida de su capacidad laboral. Se trata, entonces, de un perjuicio de carácter patrimonial. En estos casos, la indemnización por lucro cesante laboral tiene lugar por el solo hecho de la pérdida de la capacidad fisiológica de la víctima, independientemente de que esta hubiere efectivamente perdido ingresos con motivo de la incapacidad. Lo reparable, pues, es la pérdida de la capacidad laboral del damnificado, es ese el perjuicio que debe ser evaluado e indemnizado. Así, el salario devengado por la víctima al momento de ocurrir el daño solo constituye un factor útil no indispensable, para cuantificar el monto indemnizable: “El daño no consiste necesariamente en una pérdida de remuneración: no todas las incapacidades de trabajo tienen por consecuencia una pérdida de ingresos proporcional a la pérdida de la incapacidad. Ciertas incapacidades no acarrearán pérdida de remuneración; otras pueden acarrear una en lo inmediato o en el futuro pero sin que por ello esta pérdida en dinero guarde proporción exacta con la incapacidad. Inclusive, cuando no hay ninguna pérdida de remuneración, un daño material puede existir por el solo hecho de las lesiones físicas y deberá siempre ser evaluado teniendo en cuenta las repercusiones reales o probables, el esfuerzo suplementario de la víctima para poder cumplir el mismo trabajo, el riesgo de no poder hallar otro empleo en caso de que deba cambiar, la posibilidad de disponer anticipadamente de su organismo, etc. Ese perjuicio material debe ser evaluado e indemnizado. A ese respecto los ingresos de la víctima no constituyen pues el único factor de medida” (Dalcq citado por Tamayo Jaramillo, Javier, De la Responsabilidad Civil, tomo II, reimpresión, Editorial Temis, Bogotá, pág. 364). Por eso el lucro cesante debe evaluarse tomando en consideración las reales repercusiones patrimoniales que en caso concreto haya tenido la incapacidad total o parcial sufrida por el lesionado. No obstante lo dicho, cuando la víctima se hallaba trabajando al momento de sufrir el daño, serán sus ingresos la base más firme para determinar el monto exacto del lucro cesante pasado y futuro, tomando en consideración, lógico está, el porcentaje de incapacidad de la víctima y la duración de la misma. En la especie, será el salario que devengaba el actor al momento del hecho dañoso, debidamente actualizado eso sí, el porcentaje de incapacidad general orgánica y el tiempo de supervivencia probable del lesionado, los parámetros a considerar para determinar el monto del lucro cesante (pasado y futuro). El perito matemático estableció en su dictamen (folio 327 y 328), utilizando los parámetros señalados, como indemnización por la incapacidad permanente la suma de \$1.529.452,80; \$1.000.000,00 por concepto de daño moral; \$7,383.608,55 y \$4.827.614,50 por concepto de intereses legales sobre el monto estimado de la incapacidad permanente y del daño moral, respectivamente, tomando como punto

de partida el 29 de setiembre de 1989 y hasta el 29 de setiembre de 1997. El Juzgado acordó por concepto de daño moral la suma de  $\phi 5.000.000,00$ , más los intereses legales sobre dicha suma desde la firmeza de su fallo y hasta la fecha de su efectivo pago, monto que esta Sala encuentra razonable y proporcionado al daño moral subjetivo ocasionado por el evento dañoso, consecuentemente se mantiene el monto fijado por el a-quo. En relación al lucro cesante, léase "incapacidad permanente" en la experticia, se observa que el perito matemático determinó la suma a pagar de conformidad a la práctica imperante para estos casos. Sin embargo, es evidente que al día de hoy la liquidación realizada ha perdido actualidad, que buena parte de lo que pudo considerar el perito matemático como lucro cesante futuro ya es lucro cesante pasado, y por tanto el monto indemnizable tiene valores distintos, por ello considera esta Sala necesario realizar de nuevo su liquidación. No obstante lo anterior, en vista de que una simple operación matemática muestra que una liquidación del lucro cesante a valores actuales excedería el monto demandado, considera esta Sala que trasladar la liquidación a una ejecución de sentencia sería dilatar injusta e innecesariamente el efectivo pago indemnizatorio, implicando ello un perjuicio adicional al damnificado, de ahí que la Sala fija el monto del lucro cesante en la suma de  $\phi 10.000.000,00$ , debiendo, además, pagar los codemandados los intereses legales sobre dicha suma desde la firmeza del fallo y hasta la fecha de su efectivo pago. Respecto a la renta vitalicia solicitada, es menester decir que el pago del lucro cesante futuro puede concederlo el juzgador de dos maneras diferentes: en la forma de una suma alzada o en la de una renta vitalicia. El juez está en libertad para elegir el equivalente más apto para procurar la reparación del perjuicio. Se trata, entonces, de dos maneras de conceder el lucro cesante, por lo que no procede otorgar además de la indemnización por la incapacidad permanente una renta vitalicia, pues se estaría ante una doble condena por un mismo daño.

X.- En razón de lo anterior, procede declarar con lugar el recurso, se anula la sentencia del Tribunal, y fallando por el fondo se revoca la sentencia del a-quo y en su lugar se declara parcialmente con lugar la acción, y sin lugar las excepciones interpuestas de prescripción, falta de derecho, cosa juzgada, caducidad de la acción y del derecho, y la genérica sine actione agit. Se condena a Bolívar Alfaro Rojas y a la Caja Costarricense del Seguro Social a pagarle en forma solidaria a Juan de Dios González Jiménez, la sumas de  $\phi 10.000.000,00$  por concepto de daño material (lucro cesante) y  $\phi 5.000.000,00$  por concepto de daño moral, así como el pago de los intereses legales que sobre esas sumas transcurran desde la firmeza de esta resolución, hasta la fecha de su efectivo pago. Se declaro sin lugar la acción en cuanto pretendió el pago de una renta vitalicia. Son ambas costas a cargo de los demandados."



### **c) Homicidio culposo**

[SALA TERCERA]<sup>6</sup>

"IV.- Violación del artículo 30 del Código Penal: En este motivo señala el recurrente que se aplicó en forma indebida la anterior norma, al condenársele por un hecho, al que no se adecuaba la conducta de su defendida, cuando de acuerdo a su criterio, y los argumentos que esgrime, ello no es posible fundamentalmente porque su conducta se realizó "...al amparo de la diligencia, pericia y prudencia; que conllevan el debido deber de cuidado en sus actuaciones ...". Consecuentemente afirma, se le debe absolver de toda culpa y responsabilidad. Tal reproche no es de recibo. Examinados los hechos probados de la parte considerativa se llega a una conclusión distinta a la planteada por el impugnante. El Tribunal tuvo por demostrado que la conducta desplegada por la [imputada], fue negligente e imprudente. En efecto, consta en la relación de hechos probados que la madre del ofendido [hoy occiso] fue quien acompañó a éste hasta el Hospital [...], y le comunicó a la imputada que el niño se encontraba mal de salud, presentando insuficiencia respiratoria e inclusive se había puesto cianótico [...]. Sin embargo, la [imputada], a pesar de las recomendaciones [de otro médico]; no le dio el tratamiento apropiado al menor y como consecuencia de ello el menor falleció. Debe hacerse notar, como lo hace el a-quo, que si el menor hubiera sido tratado y diagnosticado, apropiadamente, el día que lo atendió la encartada, se hubiera evitado su deceso. Ante tales circunstancias, resulta imposible -según el criterio de esta Sala- acoger el criterio del recurrente sin modificar el marco fáctico que los juzgadores establecieron en sentencia, lo que, como ya se explicó, esta vedado al contralor de casación. En consecuencia, al exponer el fallo claramente los supuestos en que descansa la culpa de la encartada, debe declararse sin lugar este motivo."

### **d) Homicidio causado por mal praxis médica**

[SALA TERCERA]<sup>7</sup>

"V. Primer, segundo y tercer motivos por el fondo del recurso interpuesto por el representante legal de la Caja Costarricense del Seguro Social: Acusa el licenciado Rodríguez Alvarado quebranto de los numerales 117 del Código Penal, 122, 123, 124, 125 y 127 del Código Penal de 1941 y 1045 del Código Civil. En primer lugar, refiere que de la autopsia practicada a la ofendida no se pudo determinar si efectivamente a la paciente lo que le produjo la muerte fue el medicamento que le prescribió el endilgado, o una sobredosis de éste, pues nunca se midió su concentración en la sangre. Acota, además, que nunca se le realizó el estudio grafoscópico a fin de determinar que las notas médicas con las que se prescribió el medicamento son letra auténtica del encartado. Por último, a pesar de





que en el expediente clínico de la interfecta estaba indicado que ella era alérgica a la penicilina sódica, nunca se comprobó quién había realizado esa observación, ni cuál era la metodología de manejo de los expedientes en el centro de salud. No se acogen los alegatos: En todos aquellos recursos en los que se alegue violentada la ley sustantiva, el recurrente debe respetar el marco fáctico acreditado por el Tribunal. La razón de este principio, denominado principio de intangibilidad fáctica, reside en la circunstancia de que no puede realizarse el proceso de calificación jurídica de una conducta, con base en un supuesto de hecho construido arbitraria y unilateralmente por quien recurre. A pesar de la informalidad del reclamo, se advierte que los defectos in procedendo erróneamente alegados por el encartado como vicios de fondo son inexistentes. La determinación de que fue el doctor Retana Duverrán quien prescribió el medicamento que ocasionó la muerte de la señora Susana Jara Carmona, la establecen los Juzgadores a partir del análisis integral de la prueba, particularmente la declaración de la hija de la ofendida, Jeanette Rojas Jara, quien ingresó con ella al consultorio del encartado, y quien incluso le recordó al médico que su madre era alérgica a la penicilina sódica desde el año 1992. Además, dicha circunstancia constaba en la carátula del expediente médico, por lo que, sin importar quién haya sido la persona que realizó la anotación, el galeno se encontraba suficientemente advertido sobre las contraindicaciones de la paciente, y debía tomar las precauciones necesarias. En su deposición la testigo Rojas Jara, quien le merece total credibilidad a los Juzgadores, relató que: “La receta que el doctor me dio constaba de solo un original, yo la entregó (sic) en farmacia, voy con mi madre a emergencias y luego paso a recogerla. Ese día mi madre tomó una pastilla como a las diez de la noche. En la receta que retiré iban indicadas las dosis que tenía que tomar mi madre, estas eran la amoxicilina 500 cada 8 horas, luego una botellita con un líquido para hacer unas inhalaciones. La reacción de mi madre se produce con la primera dosis... Cuando retira las medicinas estas venían selladas... no hacía falta ninguna cantidad de medicamentos dentro de la receta original... solo faltaba una pastilla que era la que mi mamá se tomó.” (folio 202). Consta en el dictamen médico legal (folios 14 y 15), debidamente incorporado al debate, que la causa de la muerte de la señora Jara Carmona fue “reacción anafiláctica por la ingesta de penicilina”, y en el comentario se señala: “La muerte se debió a una reacción anafiláctica que se desencadenó después de la ingesta de penicilina (amoxicilina) en una paciente con historia de alergia a la penicilina desde 1992”. Además de tenerse por acreditado que el galeno tenía conocimiento de que la ofendida era alérgica a la penicilina, tomó en cuenta el Tribunal que no era la primera vez que el doctor Retana Duverrán la atendía, conforme se desprende del expediente clínico (folios 13 y 14). Las conclusiones vertidas en el fallo, además, encuentran sustento en el dicho de la doctora Mayela Valerio Hernández, quien realizó la autopsia de la perjudicada. Dicha testigo relata que encontró en el cuerpo de la interfecta signos

compatibles con shock anafiláctico, compatible con los antecedentes por ingesta de una pastilla de penicilina. Con vista en el expediente clínico, explicó al Tribunal que. “La dosis pudo ser una sola pastilla, en realidad es que la paciente es alérgica, no es una intoxicación, es una reacción de hipersensibilidad y esto s (sic) un riesgo administrársela porque iba a ser una reacción alérgica...Una paciente como la de este caso, requiere minutos para que se inicie el proceso anafiláctico” (folio 210). No debe dejarse de lado que nuestro sistema de valoración de la prueba se funda en el principio de libertad probatoria, según el cual los hechos pueden demostrarse por cualquier medio de prueba lícito, legítimamente incorporado al debate. El recurrente pudo haber solicitado la evacuación de los elementos probatorios a los que alude, a lo largo del proceso, si lo consideraba esencial para el pleno ejercicio de la defensa de sus intereses, pero lo cierto es que no es sino hasta este momento que reclama su esencialidad a fin de acreditar hechos que, de todos modos, ya encuentran suficiente sustento en la prueba valorada por el Tribunal. Aunado a ello, no es cierto que en ausencia de las probanzas referidas exista fundamentación insuficiente. Dicho razonamiento deja de lado que es extraña a nuestro ordenamiento jurídico penal la prueba tasada o privilegiada. En consideración de lo anteriormente expuesto, se declaran sin lugar los reproches (erróneamente planteados como vicios in iudicando) del licenciado Rodríguez Alvarado.”

***e) Omisión de brindarle el tratamiento prescrito por el médico tratante***

[SALA CONSTITUCIONAL]<sup>8</sup>

“I.- OBJETO DEL RECURSO. El amparado acude en tutela de su derecho a la salud, que afirma ha sido conculcado por las autoridades recurridas en vista de que no le han brindado el tratamiento médico prescrito por su médico tratante, es decir, los medicamentos Interferón Alfa 2 y Ribavirina.

IV.- SOBRE EL FONDO. Cabe señalar, en orden a lo previsto por el artículo 21 de la Constitución Política, el carácter trascendental de la tutela constitucional del derecho a la salud, como derivado del derecho a la inviolabilidad de la vida humana. Es por ese motivo que esta Sala, llamada a proteger los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución Política o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica, a través de la vía de amparo ha acogido múltiples acciones incoadas por asegurados a quienes la Caja Costarricense de Seguro Social ha negado el tratamiento médico óptimo desde la perspectiva de su médico tratante, en algunos casos por criterios eminentemente económicos y en otros por divergencias técnicas con el órgano asesor con competencia para aprobar la compra de medicamentos en ese ente o bien para brindar un tratamiento prescrito por el médico institucional. La jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha sido

conteste al respetar el criterio del médico institucional tratante (véase en ese sentido la sentencia 2001-00962 de las 11:12 horas del 2 de febrero de 2001). En el presente caso, es precisamente con base en el informe que rinden los actuales médicos tratantes que se impone la desestimatoria de este recurso, puesto que ellos afirman bajo la solemnidad del juramento, con oportuno apercibimiento de las consecuencias, incluso penales, previstas en el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción en caso de cualquier inexactitud o falsedad, que el señorXXXXXXXXXXXXXXXXXX es un paciente conocido de cirrosis hepática diagnosticada desde 1998, con episodios de descompensación a repetición, el último de los cuales sucedió en agosto de 2007. Estas condiciones, dicen, contraindican el uso de interferón pegilado + Ribavirina, ya que sus posibles efectos secundarios podrían agravar la enfermedad que sufre. Ese criterio, afirman, fue compartido por el Comité Central de Farmacoterapia de la Caja Costarricense de Seguro Social en la resolución CCF-05-03-04-01 del 25 de abril de 2001. Concluyen diciendo que el amparado mantiene su control y tratamiento debido para el manejo de las complicaciones de su enfermedad de fondo, a saber, espirolactona 200mg/día; Furosemida 40mg tid; Propanolol 40mg/día y ácido Fólico 1 mg/día.

V.- Por exceder las competencias de este Tribunal Constitucional, se omite pronunciamiento sobre la mala praxis que alega el recurrente y, además, carece de interés actual el alegato del recurrente en cuanto a medicamentos que le fueron prescritos años atrás pero que, en la actualidad y de acuerdo con el criterio médico de los profesionales que los están tratando, ya están contraindicados.”

**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio: *Prueba de la Culpa Médica*, 2° ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pp. 44-48.
- 2 ARAYA OROZCO, Susana: *La Culpa Penal de los Profesionales en Medicina por Mal Praxis*, Tesis de grado para optar al título de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2010, pp. 181-196.
- 3 Decreto Ejecutivo No. 30 de 19 de abril de 1886.
- 4 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 1353-2007, de las ocho horas con cincuenta minutos del dieciseis de noviembre de dos mil siete.
- 5 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 606-2002, de las dieciseis horas con diez minutos del siete de agosto de dos mil dos.
- 6 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 351-1991, de las once horas con cinco minutos del cinco de julio de mil novecientos noventa y uno.
- 7 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 760-2004, de las once horas con veinticinco minutos del veinticinco de junio de dos mil cuatro.
- 8 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 9483-2004 de las nueve horas con cincuenta y un minutos del seis de junio de dos mil ocho.