



## EL CONCEPTO DE DAÑO REFERIDO A LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

|   |   |
|---|---|
| Rama del Derecho: Derecho Administrativo.   | Descriptor: Responsabilidad Civil de la Administración. |
| Palabras Claves: Daño, Responsabilidad Administrativa, Daño Moral, Daño Material, Daño Evaluable. |   |
| Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.                                     | Fecha: 29/05/2013.                                      |

### Contenido

|   |   |
|---|---|
| RESUMEN.....  | 2 |
| NORMATIVA.....  | 2 |
| El Concepto de Daño ante el Régimen de Responsabilidad Administrativa ..... | 2 |
| DOCTRINA.....   | 2 |
| Concepto de Lesión Antijurídica.....  | 2 |
| El Concepto de Daño.....  | 3 |
| El Daño.....  | 3 |
| Daño: Concepto y Características.....                                       | 4 |
| El Daño Resarcible.....   | 4 |
| La Existencia Efectiva y Real del Daño.....                                 | 5 |

|   |    |
|---|----|
| <b>JURISPRUDENCIA</b> .....   | 5  |
| <b>1. El Concepto de Daño Contenido en el Artículo 196 de la Ley General de la Administración Pública</b> ..... | 5  |
| <b>2. La Antijuridicidad del Daño como Elemento de la Responsabilidad Civil Extracontractual</b> .....          | 7  |
| <b>3. Daño Moral y Material</b> .....   | 14 |

## **RESUMEN**

El presente informe de investigación reúne información sobre el concepto de Daño en torno a la Responsabilidad Administrativa, para lo cual son aportados los extractos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales que prevén las condiciones en las cuales la conducta dañosa de la Administración Pública debe ser resarcida a coste de la mismas, aunque se obre de forma lícita.

## **NORMATIVA**

### **El Concepto de Daño ante el Régimen de Responsabilidad Administrativa** [Ley General de la Administración Pública]<sup>i</sup>

Artículo 196. En todo caso el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo.

## **DOCTRINA**

### **Concepto de Lesión Antijurídica** [Jinesta Lobo, E.]<sup>ii</sup>

Para el surgimiento de la obligación resarcitoria, el administrado damnificado debe sufrir en su esfera patrimonial o extrapatrimonial una lesión antijurídica que no tiene el deber de soportar. Estimamos que el carácter antijurídico de la lesión no desaparece cuando la ley, el reglamento o un contrato le imponen al administrado el deber de soportarla, puesto que, el deber de resarcimiento está establecido por la propia Constitución Política (artículo 18, 33 y 41), de ahí el fundamento de la responsabilidad por conducta lícita, esto es, el sacrificio especial o singular por el quebranto del principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas...

Lesión antijurídica es toda conducta por acción u omisión que infringe el Derecho objetivo, con lo cual se excluye la culpabilidad –juicio de reproche subjetivo–, puesto que, una acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico puede ser culpable o no, dado que la antijuridicidad es inadecuación objetiva.

### **El Concepto de Daño**

[Jinesta Lobo, E.]<sup>iii</sup>

El daño puede ser definido como la lesión de un bien jurídicamente relevante, esto es, que el ordenamiento jurídico estima valioso y digno de tutela. Al respecto, Rivero Sánchez señala lo siguiente: "La esencia de la responsabilidad (contractual o extracontractual), la constituye el daño. La esencia del daño es la lesión a un bien jurídico. El núcleo de todo bien jurídico consiste en un interés humano jurídicamente relevante. Consecuentemente, la esencia del daño es la lesión aun interés humano relevante desde la perspectiva jurídica.

El daño es un resultado fáctico cuya verificación es una cuestión de hecho, es una pérdida en sus bienes jurídicos. El concepto natural de daño trae causa necesaria de la "hipótesis de la diferencia" siendo que "Lo decisivo, para la determinación de un daño (...) es, en definitiva, el saldo que resulta de comparar el estado que tiene el patrimonio actual del damnificado con el patrimonio que tendría, si se suprime mental o hipotéticamente el evento dañoso"<sup>1</sup>. Consecuentemente, la diferencia de bienes jurídicos resultantes producto de la comparación de estos antes y después del daño es lo que el resarcimiento o reparación debe cubrir.

### **El Daño**

[Gordillo, A.A.]<sup>iv</sup>

La "responsabilidad," en sentido amplio, existirá toda vez que una persona que ha sufrido un daño —material o moral— causado directamente por el Estado o sus concesionarios o licenciatarios, deba ser indemnizada por alguno de ellos.

No existe ninguna regla general que determine cuáles son concretamente las condiciones para que esa responsabilidad exista, pues ello depende del caso que se está considerando. En algunas ocasiones se exigirá que la conducta dañosa sea apreciable en dinero, mientras que en otros será indemnizable el daño meramente moral, o se calculará presuntivamente el daño en ausencia de elementos probatorios tradicionales. Se revalorizan como el daño a la persona y a la intimidad, el derecho a la

---

<sup>1</sup> RIVERO SÁNCHEZ (Juan Marcos) siguiendo a MOMMSEN. Responsabilidad Civil (Curso de Derecho Privado, Vol. I), San José, Ediciones Jurídicas Areté, 1999, p. 61.

imagen y a la privacidad, la exactitud de los bancos de datos y que no tengan un carácter irrazonablemente invasivo de la privacidad de las personas,<sup>2</sup> entre otros.

### **Daño: Concepto y Características**

[Ortiz Ortiz, E]<sup>v</sup>

El daño es el elemento fundamental de la responsabilidad, en cuanto hecho jurídico la genera. El daño puede entenderse también como el efecto jurídico producido por acto directamente encaminado a lograrlo en los casos en que el ordenamiento lo permite. El daño se produce legítimamente en esta hipótesis y la misma ley que lo autoriza normalmente regula su reparación-, negándola o imponiéndola. La legitimidad del daño supone una jerarquía entre dos intereses creada por la ley, en términos que la satisfacción de uno resulta del sacrificio previo del otro. Este tipo de situación se enfocará, posteriormente al estudiar, la doctrina de la llamada indemnización de derecho público, paralela de la obligación de resarcir un daño legítimo en el derecho privado."

### **El Daño Resarcible**

[Jinesta Lobo, E.]<sup>vi</sup>

Para que la lesión antijurídica infringida tenga el carácter de resarcible, esto es, de pie a una obligación de indemnizar en cabeza del sujeto que la ha producido, debe concurrir una serie de requisitos. Así, la propia Ley General de la Administración Pública preceptúa en su artículo 196 que *"En todo caso el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo"*.

Veamos, entonces, cuál es el sentido y contenido de tales características:

1. Efectivo o cierto, significa que no puede ser meramente eventual, posible, hipotético o condicionado.
2. Evaluable económicamente, esto es, traducible o cuantificable en numerario - aún de modo incierto- con las dificultades que trae esta nota respecto de los daños corporales, morales por muerte de un ser querido y a los derechos de la personalidad.
3. Individualizado con respecto a una persona o grupo de éstas, requisito que presenta serios problemas por cuanto no son indemnizables los daños que afectan a la generalidad de los administrados, debe tratarse de un daño residenciable en la esfera del reclamante y que exceda las cargas comunes o generales de la vida en sociedad. Se trata de una pauta de prudencia para el

---

<sup>2</sup> *Supra*, cap. III, § 6.5 y sus referencias.

resarcimiento de lesiones que afectan a un sector extenso de individuos superando éste las posibilidades reales de las finanzas públicas con lo que se les califican de cargas colectivas.

### **La Existencia Efectiva y Real del Daño**

[Escobar Gil, R.A.]<sup>vii</sup>

Existencia real y efectiva del daño. En este punto, hay que recordar que la garantía de cumplimiento tiene carácter resarcitorio y no penal, además, no basta que se haya producido incumplimiento en el contrato administrativo para que nazca la responsabilidad patrimonial. Por ende, la Administración del ente contratante debe acreditar la existencia real y efectiva del daño, porque si no hay interés jurídico lesionado tampoco hay obligación de reparar, y si la finalidad de la responsabilidad contractual es reparar el patrimonio del sujeto lesionado, nada más lógico que probar la existencia real y efectiva del daño, siendo necesario probar su cuantía por cálculos fundados en valores reales, o aportar las bases o parámetros esenciales que permitan determinar su magnitud, no siendo indemnizables las meras especulaciones sobre pérdidas o perjuicios hipotéticos o dudosos, de resultados posibles pero inciertos, es este elemento el que provoca la alteración.

## **JURISPRUDENCIA**

### **1. El Concepto de Daño Contenido en el Artículo 196 de la Ley General de la Administración Pública**

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV]<sup>viii</sup>

Voto de mayoría:

**II.3) RESPECTO AL DAÑO MATERIAL RECLAMADO:** Liquida la actora por concepto de daño material el monto de cincuenta y cinco mil doscientos cincuenta y seis colones con catorce céntimos por concepto de tres días de suspensión sin goce de salario que se le impusiera como sanción disciplinaria, así como el pago de dos millones trescientos tres mil noventa y siete colones con veinte céntimos, que deberá realizar por arreglo del vehículo. Al respecto, es dable indicar que el daño material para poderse reclamar ha de tener relación directa y causal de los hechos dañosos, debiendo ser efectivos, evaluables, individualizables, y no hipotéticos, eventuales e inciertos, a tenor del numeral 196 de la Ley General de la Administración Pública. En el presente caso, se logró acreditar en el hecho probado primero que el señor Martín González Durán, cédula de identidad número 3-266-299 es funcionario en propiedad

de la Caja Costarricense del Seguro Social desde el día 14 de febrero del año 1994, devengando un salario mensual al 13 de abril del año 2012 de quinientos cincuenta y dos mil quinientos sesenta y un colones con cuarenta y dos céntimos y desempeñándose en el cargo de operador de equipo móvil. Por su parte se demostró en el hecho probado 28, que los días 2, 3 y 4 abril del año 2012, se impuso al señor Martín González Durán la sanción dispuesta en la resolución número 1210-02-0169-2012 de las 10:00 horas del 28 de febrero del año 2012, de suspenderlo tres días sin goce de salario, en mérito de lo cual al haberse declarados nulos los actos administrativos que sustentaban tal sanción, se impone la devolución de dicho dinero deducido indebidamente al gestionante, así como el reconocimiento de intereses legales civiles, acorde al ordinal 1163 del Código Civil, desde el día en que se rebajaron y hasta su efectivo pago, fechas que se determinarán en etapa de ejecución de sentencia y además deberá ser indexada en los términos del ordinal 123 del Código Procesal Contencioso Administrativo a partir de la firmeza de la presente sentencia y hasta su efectivo pago. En lo referente al pago a título de daños y perjuicios de la suma que indica el actor deberá realizar de dos millones trescientos tres mil noventa y siete colones con veinte céntimos, no se acreditó en el proceso (hecho no probado segundo), que efectivamente dicha suma hubiera sido rebajada del salario del actor, además de que como daño material el gestionante no puede reclamar el daño que el futuro se le causaría porque sería eventual e incierto. No obstante, si la Caja Costarricense del Seguro Social hubiere realizado algún rebajo del salario del promovente estando en curso este proceso deberá devolver dichas sumas, por lo que le corresponde al actor demostrar en etapa de ejecución de sentencia que sufrió algún rebajo por tal concepto de gastos de repuestos y mano de obra en la reparación de la unidad 200-2398 y de ser así reconocérsele intereses legales civiles, acorde al ordinal 1163 del Código Civil, sobre dicho monto desde el momento en que se rebajaron y hasta su efectivo pago, y además ser indexada en los términos del ordinal 123 del Código Procesal Contencioso Administrativo a partir de la firmeza de la presente sentencia y hasta su efectivo pago, lo que se determinará en etapa de ejecución de sentencia.

**II.4) RESPECTO AL DAÑO MORAL SUBJETIVO RECLAMADO:** Liquidada la actora por concepto de daño moral subjetivo por las actuaciones declaradas nulas, la suma de cinco millones. Al respecto debe indicarse, que basta para demostrar el mismo, una simple presunción de hombre y que el juez como perito de peritos está en capacidad de establecer su quantum, debido a que supone una perturbación injusta de las condiciones anímicas y no requiere de prueba directa, quedando a la equitativa valoración del juez (Voto de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 555-F-99 de las 15:15 horas del 16 de setiembre de 1999). Así las cosas, su fijación está sujeta a la naturaleza de los hechos, tipo de afectación y a los principios de razonabilidad, proporcionalidad, sana crítica, lógica, justicia y la prudencia, que limitan

la discrecionalidad del juzgador. En mérito de ello, en el presente caso en que se le impuso al señor Martín González Durán, una sanción de suspensión de tres días de salario, que se le rebajó dicha suma y se le impuso en tales resoluciones el pago de la considerable suma de dos millones trescientos tres mil noventa y siete colones con veinte céntimos, sin duda genera en quien lo padece una situación frustración, dolor anímico y tristeza que debe ser indemnizado. Como lo refiere el propio actor, est os acontecimientos le produjeron afectaciones en su humor, sufrimiento y en sus relaciones familiares. En razón de ello, la determinación in re ipsa del monto que se fije por el padecimiento moral, debe ajustarse a un monto prudencial, adecuado, proporcional y razonable en razón de la afectación anímica, preocupación, tristeza y ansiedad que un hecho de esta naturaleza le causa al que lo padece y que debe solventar en su justa medida el perjuicio anímico que se le hubiere causado por dicha afectación. En mérito de lo expresado, resulta adecuado y razonable otorgarle a la gestionante la cantidad de quinientos mil de colones por concepto de daño moral subjetivo, con el reconocimiento de intereses legales civiles, acorde al ordinal 1163 del Código Civil, sobre dicho monto a partir de la firmeza de la presente sentencia y hasta su efectivo pago , y además ser indexada en los términos del ordinal 123 del Código Procesal Contencioso Administrativo a partir de la firmeza de la presente sentencia y hasta su efectivo pago.

## **2. La Antijuridicidad del Daño como Elemento de la Responsabilidad Civil Extracontractual**

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII]<sup>ix</sup>  
Voto de mayoría

**“3. DEBER DE DEMOSTRAR LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO QUE SE PRETENDE INDEMNIZAR:** Argumentando que el IDA le desposeyó ilegítimamente de una finca de su propiedad , y que luego la tituló a terceros obviando su derecho, el actor interpuso este proceso reclamando únicamente las indemnizaciones correspondientes, tanto por daño material y moral, como de los perjuicios derivados de tal conducta. El señor Juez de instancia señaló que al no pedirse el reconocimiento de un mejor derecho de propiedad ni la nulidad de la inscripción del inmueble a favor del IDA, y ante la imposibilidad de hacerlo oficiosamente, no queda más que admitir que ese ente es el titular de aquel, y por consiguiente, no puede concluirse que haya incurrido en una conducta dañosa que le imponga el deber de indemnizar al actor, por cuanto no hay forma de ligar el nexo de causalidad. Contra esta resolución se alza el actor, señalando en lo esencial que se presentaron omisiones administrativas, actuaciones anormales y actuaciones ilegítimas de la administración demandada, que promovieron la desposesión, desatendieron sus reclamos y titularon su inmueble a terceros, por lo que se habría configurado el deber de reparación por responsabilidad objetiva de la

administración. Ante este planteo del asunto, el Tribunal estima oportuno primero aclarar que resulta factible el reclamo en esta sede de indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad administrativa, sin necesidad de requerir que determinada conducta administrativa sea declarada como disconforme al ordenamiento jurídico. Lo anterior por cuanto, si bien es cierto que con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se concibe un proceso de tipo objetivo tendiente en lo fundamental al conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo, también lo es que el mismo cuerpo legal habilitó una suerte de unificación de vías, permitiendo dilucidar también las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de aquella; siendo que de conformidad con el régimen objetivo de responsabilidad administrativa que sigue nuestro ordenamiento jurídico, esta puede ser ocasionada tanto por funcionamiento legítimo como ilegítimo, así como normal o anormal. De esta manera, es factible un amplio espectro de actuación administrativa generadores de responsabilidad, que ni siquiera impliquen la adopción de algún acto formal, pasible de revisión en esta sede; siendo los ejemplos más claros aquellos daños originados por omisión, por funcionamiento anormal, e incluso por actos lícitos y por funcionamiento normal, cuando estos últimos afecten de manera especial a algún administrado, sea por la pequeña proporción de perjudicados, o bien por la excepcional intensidad de la lesión irrogada. Pero incluso, aún tratándose de daños provocados por actuación formal administrativa que se señale como ilegítima o ilegal, no puede decirse que la anulación de aquella constituya un requisito sine qua non para exigir la indemnización correspondiente. Debe tenerse presente que, aunque intrínsecamente ligadas entre sí dentro de un proceso de jurisdicción plena, las pretensiones de anulación y de indemnización tienen efectos jurídicos diferentes e incluso independientes, resultando factible por muy diversas razones, el acogimiento de alguna de las dos solicitudes y el rechazo de la otra. De la misma manera, pueden presentarse casos en los que el administrado centra su petición únicamente en la indemnización del daño irrogado, pero no tiene interés en que el acto administrativo deje de surtir efectos o que se devuelvan las cosas al estado anterior a lo que considera la actuación ilegal, o bien estime que de así requerirlo, el proceso pueda tornarse especialmente complejo por las necesarias integraciones de litis que ello conllevaría. En resumen, no se le puede negar el derecho al particular de reclamar la reparación de las lesiones sufridas, sin necesidad de instar la anulación de la conducta administrativa. Admitido ello, sin embargo, no puede pasarse por alto que cuando se alega haber padecido daños con ocasión de actuación de un ente público que se considera ilegítima o anormal, subsiste para el actor la obligación de demostrar tal condición durante el proceso jurisdiccional, no ya para obtener una declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico, sino más bien como un elemento trascendente para dejar sentada la antijuricidad de tal daño. Debe recordarse que dentro del marco de la responsabilidad objetiva, y en

consecuencia, al prescindir del reproche subjetivo, para el surgimiento de la obligación de reparación o resarcimiento de un ente público deben concurrir tres elementos, que serían, una actuación u omisión imputable a la Administración, una lesión antijurídica que el administrado o víctima no tiene el deber de soportar (daño), y una relación de causalidad directa e inmediata entre esa actuación u omisión y el daño irrogado. La concurrencia de estos tres elementos es indispensable para poder imponer al Estado la obligación de reparación, pues la ausencia de alguno de ellos implica a la vez la ausencia de la obligación resarcitoria. De los tres elementos señalados interesa destacar por la relevancia que tiene en el sub-litem, el referido al daño. Tal y como se ha citado con anterioridad, el artículo 190, párrafo primero de la Ley General de la Administración Pública establece que *"La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal..."*

de lo que se extrae que independientemente de la actuación u omisión de la administración, el régimen de responsabilidad administrativa gravita en torno al daño ocasionado, y de allí su carácter objetivo. La doctrina atinente nos informa que: *"La esencia de la responsabilidad (contractual o extracontractual), la constituye el daño. La esencia del daño es la lesión al bien jurídico. El núcleo de todo bien jurídico consiste en un interés humano jurídicamente relevante. Consecuentemente, la esencia del daño es la lesión a un interés humano relevante desde la perspectiva jurídica."* (Rivero Sánchez, Juan Marcos. Responsabilidad Civil, Curso de Derecho Privado, Vol. I, p. 61),

y sobre la importancia constitutiva de este elemento que: *"El daño o existencia del perjuicio es quizás el elemento esencial, pues sin él no puede configurarse ninguna responsabilidad."* (Aguero, Mirta Noemí. Responsabilidad del Estado y de los Magistrados por Error Judicial, AD-HOC, p. 84).

Por su parte la Sala Primera de Casación, al explicar el contenido y alcance de la responsabilidad administrativa dedicó un considerando al elemento daño, señalando al respecto que:

*"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.*" (Nº SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Nº 112, catorce horas quince minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y dos) Ahora bien, tal y como se adelanta en el extracto citado, no todo daño es capaz de originar la obligación resarcitoria que está en discusión, pues aunque una conducta u omisión administrativa haya ocasionado una lesión antijurídica, para que esta tenga el carácter de resarcible debe cumplir una serie de requisitos, enunciados en el artículo 196 de la Ley General de la Administración Pública, que señala: *"En todo caso el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo."*

En la anterior sentencia citada, la misma Sala Primera nos explica parte de estos requisitos de la siguiente forma:

*"VI. No cualquier daño da pie a la obligación de resarcir. Para tal efecto, han de confluir, 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, si 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."*

(ibid) Visto que daño o existencia del perjuicio es quizás el elemento esencial, pues sin él no puede configurarse ninguna responsabilidad, para los efectos que nos interese debe ponerse atención en primer lugar al requerimiento de que éste debe ser antijurídico, es decir, que el administrado no estaba en la obligación de soportar. Nos informa la doctrina que: *"Lesión antijurídica es toda conducta por acción u omisión que infringe el Derecho objetivo, con lo cual se excluye la culpabilidad -juicio de reproche subjetivo-, puesto que, una acción u omisión que infringe el ordenamiento jurídico puede ser culpable o no, dado que la antijuricidad es inadecuación objetiva. García de*

*Enterría estima que para la existencia de una lesión resarcible se requiere que el detrimento patrimonial sea antijurídico "(...) no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (antijuricidad subjetiva) sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuricidad objetiva) (...) La antijuricidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del defecto de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño), a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trata." (Jinesta Lobo, Ernesto, Responsabilidad Administrativa, Tomo II Tratado de Derecho Administrativo, p. 93)*

#### **4. LA TITULACIÓN DEL INMUEBLE A TERCEROS POR PARTE DEL IDA NO LE PRODUJO LESIÓN ANTIJURÍDICA AL ACTOR POR CUANTO AQUEL NO FORMABA PARTE DE SU PATRIMONIO:**

La tesis esencial del actor, y que reitera insistentemente en el recurso que se conoce, consiste en que él es el legítimo propietario de un inmueble, al haberlo adquirido por compraventa en el año 1957, el cual explotó agrícolamente durante veinte años; y que, con la venia y el apoyo de funcionarios del demandado, esa finca fue invadida por precaristas, a los cuales posteriormente el IDA les otorgó título de propiedad, desoyendo por completo todos los reclamos que él hizo ante dicha Administración; basando su pretensión indemnizatoria en la afirmación de que el demandado en forma arbitraria e ilegal, primero lo desposeyó y luego lo despojó de su propiedad, sin reconocerle pago alguno, y sin atender sus reclamos. De haberse demostrado con claridad tal cuadro fáctico, no queda duda que procedería la reparación solicitada, atendiendo los criterios explicados en los considerandos anteriores. Sin embargo, lo que reflejan los documentos y demás prueba evacuada, difiere de tal planteamiento en algunos aspectos que resultan medulares. En forma muy resumida, lo que quedó demostrado en el transcurso del proceso es lo siguiente:

**a- Lo que el actor adquirió fue un derecho de posesión:** La escritura de compraventa que en forma insistente ha sostenido el actor que es la prueba irrefutable de su derecho de propiedad sobre el inmueble, lo que transmite en realidad es un derecho de posesión sobre una finca sin inscribir; puesto que en dicho documento se lee lo siguiente: *"Manifiesta el vendedor que, con la propiedad de la finca descrita, le transmite a su comprador, la posesión que sobre la misma ha ejercido en forma quieta, pública y continuamente, por más de diez años como dueño, por compra a la señora Lidia Granados Abarca."*

**b. Que el actor poseía y explotaba agrícolamente dicho inmueble:** lo cual se tiene como cierto no solo por no haber sido refutado, sino porque la prueba testimonial dio fe de ello en forma contundente.

**c. Que esa posesión se vio interrumpida en el año 1977:** aspecto este que reconoce explícitamente el mismo reclamante, y que además fue confirmado plenamente por los testimonios evacuados, todos contestes en cuanto a que en dicho año el actor salió del país, y durante su ausencia la finca fue invadida por precaristas.

**d. Que el actor nunca logró inscribir en el Registro Público la finca, ni logró el aval correspondiente en las diligencias de información posesoria:** aspecto éste de suma relevancia para acreditar que existió lesión patrimonial, pero que soslaya el actor, siendo determinado únicamente después de revisar las actuaciones que constan en el expediente administrativo.

**e- Que la finca invadida estaba inscrita a nombre del IDA:** aspecto sobre el cual no solo fueron aportadas certificaciones registrales, sino que constan además las respectivas inscripción en los tomos correspondientes, y el mismo actor lo admite, limitándose a protestar en su contra que dicha inscripción se produjo en fecha posterior a la en que él ya la había comprado.

**f- Que los reclamos administrativos fueron resueltos negativamente:** independientemente de la celeridad con que hayan sido atendidos, lo cual fue analizado en un recurso de amparo previo a este proceso, lo cierto es que, contrario a la afirmación del actor de que fue desoído por completo, sus reclamos sí fueron resueltos, aunque hayan sido denegando lo pedido en ellos.

**g- Que el IDA tituló basándose en la inscripción registral que pesaba a su favor:** aunque no consta la resolución administrativa que ordenó la titulación, se desprende del trámite seguido en la atención de los reclamos presentados por el actor, que el IDA estimó procedente su actuación en tanto estaba basada en un título debidamente inscrito ante el Registro Público, y que el señor Quirós no logró demostrar contar con un mejor derecho oponible. Ante este panorama, debe colegirse que no se demostró en el proceso que la titulación efectuada por el IDA resulte ilícita, ni que ella haya provocado una lesión antijurídica al actor. Ante los hechos constantes en el expediente administrativo y las pruebas sustanciadas, la demostración de la ilicitud de la conducta desplegada por el demandado pasaría por la acreditación de un mejor derecho del actor sobre el inmueble que dispuso el IDA, lo que, a pesar de los esfuerzos hechos por la representación actora, no logró concretar, porque contra la inscripción registral que avala el derecho ejercido por el demandado, el señor Quirós únicamente logró sustentar un derecho de posesión, que aunque válidamente adquirido y ejercido, cesó en el año 1977, y que nunca logró consolidarse como derecho de propiedad. Entre otras normas atinentes, debe recordarse que según el numeral 267 del Código Civil, para que la propiedad sobre inmuebles surta todos los efectos legales, es necesario que se halle debidamente inscrita en el Registro Nacional de la Propiedad. Por otra parte, en nuestro sistema, la condición de propietario de

bienes inscritos, se demuestra con su titularidad registral, tal y como se colige de lo dispuesto en los numerales 455 y 456 del Código Civil, según los cuales, entre otros aspectos relevantes, los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos no afectan a terceros, sino desde la fecha de su presentación al Registro. Por ello, poca aplicación tiene al caso concreto el principio que reiteradamente invoca el actor en su recurso, de que su adquisición fue primero en tiempo que la inscripción registral del demandado, toda vez que, mientras no exista una declaración en contrario, su título no es oponible al del IDA. Con base en lo anterior, este Tribunal concuerda con la conclusión a la que arriba el señor Juez de instancia, en el sentido de que debe tenerse como punto de partida para la discusión que se pide, el que, al momento de la titulación que se reclama, era el Instituto de Desarrollo Agrario el propietario del inmueble, con todos los atributos que ello conlleva, y las atribuciones y competencias que al efecto le otorga su ley constitutiva. Por ello, no se acreditó ilicitud de dicha actuación administrativa. Tampoco quedó acreditado funcionamiento anormal por desatención de los reclamos formulados, por cuanto los mismos si fueron resueltos, aunque lo fuera en forma negativa para los intereses del actor. Por último en lo que respecta a este apartado, no pudo demostrarse que dicha titulación haya provocado un daño antijurídico contra el actor, no solo porque no acreditó su condición de legítimo propietario, sino porque al momento de en aquella se realizó, ya había cesado la posesión que ejercía, toda vez que el acuerdo de segregación de lotes y traspaso a las personas que lo habían invadido se produjo en el año 1987, diez años después de que el actor había dejado de poseer. En el tanto que el inmueble no se encontraba dentro del patrimonio del señor Quirós, y que no se demostró la vigencia de algún derecho, no puede decirse que tal acuerdo del IDA haya implicado una lesión en su esfera jurídica; y por consiguiente, la decisión del señor Juez de declarar la improcedencia de una obligación indemnizatoria, se aprecia como consecuencia lógica, necesaria y ajustada a derecho de lo que resultó acreditado en el proceso.

**5. LA ACTUACIÓN GENERADORA DE DAÑO NO ES IMPUTABLE A LA ADMINISTRACIÓN DEMANDADA:** En el Considerando anterior se estableció que no logró demostrarse durante el proceso que la titulación realizada por el IDA en el año 1987 a favor de las personas que invadieron la finca diez años antes, haya ocasionado una lesión antijurídica en el patrimonio del actor; ni tampoco que se hayan presentado omisiones capaces de generar tales detrimentos. Lo que sí resulta claro y suficientemente comprobado, principalmente con la testimonial evacuada, es que el hecho generador de los daños reclamados por el señor Quirós en este proceso, lo fue la desposesión sufrida en el año mil novecientos setenta y siete, cuando la finca fue invadida por varias personas, siendo que tampoco se ha acreditado la tesis del actor en el sentido que el demandado también es responsable por ese hecho. En primer lugar, no resultan de recibo los agravios expresados en cuanto a que funcionarios del demandado en aquel entonces consintieron, propiciaron y facilitaron la invasión de precaristas, por

cuanto tales afirmaciones resultan novedosas en esta etapa procesal, no fueron alegadas en la deducción de la demanda, y por consiguiente, no puede pensarse que formen parte de los hechos tácitamente admitidos como consecuencia de la declaratoria en rebeldía. Por otra parte, ninguna de la prueba allegada al proceso permite siquiera una aproximación en tal sentido, y ni siquiera en las deposiciones testimoniales que refiere el actor refieren en algún momento que haya existido tales actuaciones por parte del demandado. En otro orden de ideas, y por cuanto no fue el IDA quien desalojó al aquí actor, sino que tal acción fue ejecutada por terceros que no han sido traídos al proceso, no puede atribuírsele al instituto demandado la responsabilidad objetiva y ni siquiera solidaria, respecto de tales sucesos. En razón de lo anterior, se impone confirmar el fallo impugnado, en cuanto declaró sin lugar las pretensiones resarcitorias deducidas.”

### 3. Daño Moral y Material

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV]<sup>x</sup>  
Voto de mayoría

**“V. Sobre la responsabilidad de la Administración Pública en general:** El deber de indemnizar todos los daños y perjuicios originados con motivo de las conductas y omisiones de la Administración Pública, encuentra su especificidad propia en nuestro país, a partir de la Constitución Política del año 1949. En dicho cuerpo normativo se estableció por una parte, la existencia de una jurisdicción contencioso administrativa, como parte de los derechos fundamentales de que gozan todos los ciudadanos costarricenses. En este sentido su artículo 49, con las reformas introducidas posteriormente, dispone lo siguiente: *“Establécese la jurisdicción contencioso - administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados”*. Dicha norma, debe complementarse con lo señalado en los artículos 9 y 41 de nuestra Carta Magna, en tanto disponen: *“El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí”*. (El destacado es nuestro) y *“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”*. Con respecto al fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado, la sentencia de la Sala Constitucional. N° 5207-2004, de las 14 horas y 55 minutos del 18 de mayo del 2004, literalmente indicó: *“Nuestra Constitución Política no consagra explícitamente el principio de la responsabilidad*

patrimonial de las administraciones públicas por las lesiones antijurídicas que, en el ejercicio de la función administrativa, le causen a los administrados. Empero, este principio se encuentra implícitamente contenido en el Derecho de la Constitución, siendo que puede ser inferido a partir de una interpretación sistemática y contextual de varios preceptos, principios y valores constitucionales. En efecto, el artículo 9º, párrafo 1º, de la Carta Política dispone que “El Gobierno de la República es (...) responsable (...)”, con lo cual se da por sentada la responsabilidad del ente público mayor o Estado y sus diversos órganos –Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial-. El ordinal 11º, de su parte, establece en su párrafo primero la “(...) responsabilidad penal (...)” de los funcionarios públicos y el segundo párrafo nos refiere la “(...) responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes (...)”. El artículo 34 de la Constitución Política ampara los “derechos patrimoniales adquiridos” y las “situaciones jurídicas consolidadas”, los cuales solo pueden ser, efectiva y realmente, amparados con un sistema de responsabilidad administrativa de amplio espectro sin zonas inmunes o exentas cuando sean vulnerados por las administraciones públicas en el despliegue de su giro o desempeño público. El numeral 41 ibidem, estatuye que “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales (...)”, este precepto impone el deber al autor y responsable del daño de resarcir las lesiones antijurídicas efectivamente sufridas por los administrados como consecuencia del ejercicio de la función administrativa a través de conductas positivas por acción o negativas por omisión de los entes públicos, con lo cual se convierte en la piedra angular a nivel constitucional para el desarrollo legislativo de un sistema de responsabilidad objetiva y directa en el cual el resarcimiento no depende del reproche moral y subjetivo a la conducta del funcionario público por dolo o culpa, sino, única y exclusivamente, por habersele inflingido o recibido, efectivamente, “(...) injurias o daños (...) en su persona, propiedad o intereses morales (...)”, esto es, una lesión antijurídica que no tiene el deber de soportar y, por consiguiente, debe serle resarcida. El numeral 41 de la Constitución Política establece un derecho fundamental resarcitorio a favor del administrado que haya sufrido una lesión antijurídica por un ente –a través de su funcionamiento normal o anormal o su conducta lícita o ilícita- y la obligación correlativa, de éste de resarcirla o repararla de forma integral, el acceso a la jurisdicción previsto en este mismo precepto constitucional, se convierte, así en un derecho instrumental para asegurar, forzosamente, el goce y ejercicio del derecho resarcitorio del damnificado cuando el sujeto obligado a la reparación incumpla voluntariamente con la obligación referida. El artículo 45 de la Carta Magna acoge el principio de la intangibilidad del patrimonio al disponer que “La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley (...)”, se reconoce, de esta forma, por el texto fundamental que los sacrificios especiales o las cargas singulares que el administrado no tiene el deber de soportar o tolerar, aunque devengan de una actividad lícita –como el ejercicio de la potestad expropiatoria- deben

resarcirse. El artículo 49, párrafo 1º, de la Constitución Política en cuanto, de forma implícita, reconoce la personalidad jurídica y, por consiguiente, la posibilidad de demandar en estrados judiciales a los entes públicos, cuando incumplan con sus obligaciones constituye un claro basamento de la responsabilidad administrativa. De su parte el párrafo in fine del ordinal 49 ya citado dispone que “La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados”, siendo que una de las principales formas de garantía de éstos lo constituye un régimen de responsabilidad administrativa objetivo, directo, amplio y acabado. El párrafo final del artículo 50 de la Constitución Política, en materia del daño ambiental, establece que “La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes”, régimen de responsabilidad del que, obviamente, no pueden abstraerse los entes públicos de carácter económico (denominados empresas públicas-ente público) y empresas públicas (llamadas también empresas públicas-ente de Derecho privado) cuando contaminan al desplegar una actividad industrial, comercial o de servicios y, en general, el Estado cuando incumple sus obligaciones de defensa y preservación del medio ambiente a través de una deficiente actividad de fiscalización o de control de las actividades públicas y privadas actual o potencialmente contaminantes. En la hipótesis de los miembros de las Juntas Directivas de las Instituciones Autónomas, el artículo 188 de la norma fundamental dispone que “Sus directores responden por su gestión”. En lo que se refiere al Poder Ejecutivo, el Título X del texto constitucional contiene un Capítulo V cuyo epígrafe es “Responsabilidades de quienes ejercen el Poder Ejecutivo”, siendo que el artículo 148 consagra la responsabilidad del Presidente por el “uso que hiciera de aquellas atribuciones que según esta Constitución le corresponden en forma exclusiva”, la conjunta de éste con el respectivo Ministro del sector “respecto al ejercicio de las atribuciones que esta Constitución les otorga a ambos” –la cual es especificada por el artículo 149 ibídem- y la del Consejo de Gobierno por los acuerdo (sic) que adopte. El principio de responsabilidad administrativa de los entes públicos y de sus funcionarios resulta complementado con la consagración constitucional del principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas (artículos 18 y 33) que impide imponerle a los administrados una carga o sacrificio singular o especial que no tienen el deber de soportar y el principio de la solidaridad social (artículo 74), de acuerdo con el cual si la función administrativa es ejercida y desplegada en beneficio de la colectividad, es ésta la que debe soportar las lesiones antijurídicas causadas a uno o varios administrados e injustamente soportadas por éstos. Finalmente, es menester tomar en consideración que la Constitución Política recoge un derecho fundamental innominado o atípico que es el de los administrados al buen funcionamiento de los servicios públicos, el que se infiere claramente de la relación de los numerales, interpretados, a contrario sensu, 140, inciso 8º, 139, inciso 4º y 191 de la Ley fundamental en cuanto recogen, respectivamente, los parámetros deontológicos de la función administrativa tales como el “buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”, “buena marcha del Gobierno” y “eficiencia de la

*administración". Este derecho fundamental al buen funcionamiento de los servicios públicos le impone a los entes públicos actuar en el ejercicio de sus competencias y la prestación de los servicios públicos de forma eficiente y eficaz y, desde luego, la obligación correlativa de reparar los daños y perjuicios causados cuando se vulnere esa garantía constitucional. De esta forma, queda en evidencia que el constituyente originario recogió de forma implícita el principio de la responsabilidad de las administraciones públicas, el que, como tal, debe servir a todos los poderes públicos y operadores del Derecho como parámetro para interpretar, aplicar, integrar y delimitar el entero ordenamiento jurídico. Bajo esta inteligencia, un corolario fundamental del principio constitucional de la responsabilidad administrativa lo constituye la imposibilidad para el legislador ordinario de eximir o exonerar de responsabilidad a algún ente público por alguna lesión antijurídica que le cause su funcionamiento normal o anormal o su conducta lícita o ilícita a la esfera patrimonial y extramatrimonial de los administrados." (el destacado es nuestro)."De lo anterior, es evidente que opera un deber de resarcibilidad plena del daño, que con base en las indicadas disposiciones, se desprende del artículo 190.1 de la Ley General de la Administración Pública, en tanto dispone que: "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". Como se advierte, en nuestro país impera un régimen de responsabilidad objetiva, mediante la cual opera el deber de indemnización de la Administración, con independencia de criterios de valoración subjetiva (dolo o culpa), en la actuación de sus servidores. Por otra parte, nuestra legislación prevee inclusive la posibilidad de reclamar responsabilidad de la Administración, con motivo de una conducta legítima, en tanto que el artículo 194 del cuerpo normativo mencionado, dispone al respecto, lo siguiente:*

*"1. La Administración será responsable por sus actos lícitos y por su funcionamiento normal cuando los mismos causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión". En razón de lo anterior, como se advierte, el eje central del sistema de responsabilidad estatal en nuestro país, es la víctima de daño, ya que aquella surge, siempre que su funcionamiento normal o anormal, cause un daño que la víctima no tenga el deber de soportar, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, con independencia de su situación jurídica subjetiva. No obstante, este deber resarcitorio, no es tampoco pleno, en el sentido tenga un carácter irrestricto para cualquier tipo de daño, sino que el mismo debe originarse, en el caso de que se origine de una conducta administrativa no lícita o normal, de la anormalidad que significa el apartarse de la buena administración (conforme al concepto utilizado por la propia Ley General en el artículo 102 inciso d., que entre otras cosas incluye la eficacia y la eficiencia) o sea con motivo de un mal funcionamiento, o un actuar tardío o inexistencia del mismo, por parte de la Administración. Esta anormalidad determinará la antijuricidad como presupuesto para*

la resarcibilidad del daño. En el caso del funcionamiento legítimo de la Administración, donde no hay anormalidad o ilicitud, la antijuricidad generadora de la posibilidad de indemnizar el daño, se da en la no obligatoriedad de sufrir una afectación que reviste la característica de ser de intensidad excepcional o pequeña proporción de afectados. En este sentido, vale aclarar que esta responsabilidad está sujeta a otras disposiciones generales sobre la responsabilidad del Estado contenidas en la Ley General de la Administración Pública. Al respecto, debe tomarse consideración lo indicado en el artículo 196 de la Ley General de la Administración Pública, en tanto expresa lo siguiente: *" En todo caso el daño alegado habrá ser efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo"*. Con respecto a los daños que pueden ser objeto de resarcimiento en sede contencioso administrativa, el voto de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N°112 de las 14 horas 15 minutos del 15 de julio de 1992 entre otras cosas, 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 tesitura, 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 conjetúrales. 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, si 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....". De conformidad con lo anterior, no es suficiente invocar un daño, sino que se debe demostrar fehacientemente su existencia y el nexo de causalidad que le une con la conducta u omisión del ente responsable.*

**VI) En particular sobre la responsabilidad por acto médico:** En el caso de la responsabilidad por acto médico las consideraciones realizadas sobre la responsabilidad de la Administración, le resultan plenamente aplicables a la responsabilidad por la actuación del personal médico vinculado por una relación de empleo con un ente público, como es la Caja Costarricense de Seguro Social o por cualquier conducta desplegada en ejercicio de la actuación de servicios de medicina por ésta. No obstante, conviene realizar algunas precisiones aplicables a la materia objeto del presente proceso. En este sentido, se ha indicado que la actuación médica se rige por la *Lex artis ad hoc*, mediante la cual se dan una serie de factores de valoración del carácter técnicamente correcto del acto médico, a efecto de determinar la concurrencia de causales de exoneración o menoscabo de la responsabilidad. En este orden de ideas se entiende por acto médico "*..aquel acto electivo realizado por un profesional cuyo campo de responsabilidad es primaria e irrenunciablemente la salud del paciente a su cargo. Busca como fin la prevención de la enfermedad o la recuperación de la salud, considerada ésta como un bien particular del hombre....."*

Besio Royero Mauricio (Sobre el acto médico). Otro concepto empleado en esta materia es la iatrogenia, la cual es definida de la siguiente manera: "*... es la acción adversa o perjudicial que resulta directa o indirectamente de la actividad terapéutica o*

diagnóstica del equipo de salud, con lo que se abarcan las reacciones secundarias que producen las sustancias, medicamentos o equipos empleados en la acción curativa. Este concepto comprende los daños sufridos por caso fortuito, riesgo imprevisible o la misma enfermedad padecida. La iatrogenia genera una responsabilidad administrativa por funcionamiento anormal del servicio público, ya que, como se señaló precedentemente el caso fortuito no excluye la responsabilidad administrativa." (Jinesta Lobo Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Página 277). Con respecto a la iatrogenia, el voto 000875-F-2007 de las ocho horas del catorce de diciembre de dos mil siete de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia indicó:

*"VI. Este último concepto, proviene del griego "iatros": médico, y "genia": originado o causado por. Desde el punto de vista de la normativa legal vigente, no existe una definición precisa, por lo que la remisión debe hacerse de forma genérica. Así en resolución de esta Sala n o. 23 de las 14 horas 40 minutos del 21 de abril de 1993, se intentó un primer acercamiento sobre su definición y características, sin embargo, conviene hacer un replanteamiento sobre el tema. La iatrogenia consiste en toda alteración del estado del paciente producida por el médico. Patología producida por su intervención, por lo que, ninguno estaría libre de producirla. En ella se incluyen tanto los efectos positivos como los negativos. La acción iatrogénica puede acarrear su responsabilidad y/o de la institución que presta el servicio, sea pública o privada. Es cuando el médico ha generado, no un hecho nuevo cualquiera, banal e intrascendente, sino que ha creado, con una intervención con pretensión terapéutica, una nueva situación patológica. También puede ser el resultado de tratamientos de otros profesionales vinculados a las ciencias de la salud, como por ejemplo terapeutas, psicólogos o psiquiatras, farmacéuticos, enfermeras, dentistas, aunque también ser provocada por las medicinas alternativas. La propia predisposición, constitución o sensibilidad del paciente contribuyen o pueden directamente desencadenarla. Aún en las condiciones ideales en que pueda efectuarse cualquier acto médico puede existir iatrogenia, desde el momento que la medicina no es una ciencia exacta. Sus formas son variadas en su eventualidad y circunstancias, por lo que, como se dijo, se puede clasificar en dos tipos: positiva y negativa. En el primer caso, las alteraciones producidas en el estado del paciente son inocuas. En el otro, el estado del paciente sufre algún daño por la acción médica, que puede ser necesaria o innecesaria. En aquella, el médico tiene pleno conocimiento del riesgo de daño, es un riesgo esperado, previsto, que no produce sorpresa y el especialista lo reconoce como un riesgo propio a favor del paciente. En su decisión se ha ponderado el cociente beneficio/daño, es decir, el riesgo de producir una lesión para alcanzar un resultado conveniente para el paciente. Se evalúa la conveniencia de usar recursos que, por una parte, tendrán efectos benéficos pero por otra causarán efectos indeseables aunque inevitables para evitar un mal mayor. En ningún momento ha existido descuido, equívoco o ignorancia. La potencialidad de generar un menoscabo es inherente a la práctica de la medicina.*

*Por ejemplo, la extirpación radical de un tumor maligno puede salvar la vida del enfermo pero a su vez producir mutilación o discapacidad. Esta duplicidad de efectos se regula bajo el "principio del doble efecto". Según este principio es lícito realizar una acción en la que el efecto positivo tiene que ser proporcionado, es decir, el resultado final debe superar el mal accidental inevitable. En la iatrogenia negativa innecesaria, (comúnmente llamada solo "iatrogenia"), se da un daño, pese a que el médico adoptó todas las previsiones del caso: aplicó el deber general de prudencia y diligencia. Empleó, de manera correcta, conforme a las condiciones de modo, tiempo y lugar, su ciencia, arte, oficio y experiencia; pero la particular situación del enfermo -ya sea su sistema inmunológico, su forma de reaccionar, las particularidades anatómicas o fisiológicas diferentes a lo usual, o cualquier factor desconocido pero evidentemente existente-, causa una patología lesiva o dañina, imprevista e imprevisible. No deben confundirse los anteriores conceptos, con la mala práctica (mal praxis), que es el detrimento producido por una conducta negligente, imprudente o con impericia. Es la actividad profesional que se realiza por debajo de los estándares de la buena práctica exigida. Es la omisión del médico, de prestar apropiadamente los servicios a que está obligado en su relación profesional con el paciente, y que causa un perjuicio. La mal praxis, es el daño ocasionado que el médico no previó, no anticipó y que, sin embargo, era previsible. Por último, es importante entender que, el acto médico, comprende toda acción o disposición que realiza en el ejercicio de su profesión, entendiéndose como tal, los de diagnóstico, terapéutica, entre otros, en la atención integral del paciente, así como los que se deriven directamente de éstos. Es un acto complejo que implica conocimiento científico, para saber el fin que se quiere lograr y las posibles consecuencias. La actuación de los médicos se contrae a una obligación de medios y no por resultados, que se sabe, pueden ser negativos, aún poniendo toda la ciencia disponible, pericia, dedicación o diligencia. Debe regirse por la "Lex Artis", que consiste en una actividad encuadrada en las pautas y reglas que natural y armoniosamente derivan del estado del conocimiento técnico - científico actual, integrando también normas de la deontología. Su invocación supone una referencia no sólo a normas de carácter profesional, sino también a criterios éticos. La obligación médica es poner todos los conocimientos a la orden del paciente a los efectos de mejorar su salud (obligación de medios) y cuando son insuficientes, deben realizarse interconsultas, trabajando interdisciplinariamente a efectos de buscar lo adecuado para su beneficio, pero no puede asegurársele, la cura total (obligación de resultados). En este sentido, rige el principio de que el paciente ingresa al centro hospitalario para curarse, no para enfermarse más..."*

De conformidad con lo anterior, en el caso de la responsabilidad por conducta médica, se deberá determinar si el daño alegado tiene como causa una conducta omisa o negligente del servidor (sea funcionamiento anormal) o si por el contrario, se produjo como consecuencia misma del tratamiento correcto realizado, en el entendido de que

en este último caso, debe distinguirse entre la iatrogenia negativa necesaria y la innecesaria. En la primera, el posible daño es un riesgo probable (sopesado la eventual existencia de su acaecimiento contra los eventuales beneficios), que de producirse, es consecuencia del tratamiento elegido y que se justifica en los efectos positivos de éste (principio de doble efecto). En la innecesaria, existen condiciones propias del tratamiento o del paciente, no conocidas al momento de escoger el particular acto médico. Es importante indicar, que de operar iatrogenia negativa innecesaria, (sea la patología imprevista e imprevisible que deviene de un acto médico por la particular situación del paciente en concreto), estima este Tribunal que opera la responsabilidad por funcionamiento normal, habida cuenta que estamos en presencia de un daño, cuya antijuricidad surge con motivo de su singularidad y de la inexistencia del deber de soportar un resultado no esperado por parte del Administrado afectado, en tanto se trate de un sacrificio singular, especial e intenso. De manera complementaria, debe tomarse en consideración, que para esta cámara, la existencia de iatrogenia no es un eximente de responsabilidad, habida cuenta que la misma se equipara a un "caso fortuito". Con respecto a esta figura, se indica que para que ocurra, se requiere que el daño pueda ser previsible de manera general pero imprevisible para el caso en concreto. En este sentido, el voto 00214-2007 de 30 de abril de 2007 de la Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo, resolvió lo siguiente:

*"VII. Alega el apelante, que existe una eximente de responsabilidad, porque lo sucedido se debió a una causa de fuerza mayor, por ser una situación totalmente imprevisible, configurándose lo que se conoce como "iatrogenia". En realidad, lo acontecido no constituye fuerza mayor, sino un caso fortuito, el cual no es una eximente de responsabilidad contemplada en el artículo 190 párrafo primero de la Ley General citada, al ser un factor interno y no externo a la prestación del servicio médico. "El caso fortuito es frecuentemente equiparado con la "causa desconocida", cuando no se llega a conocer o probar el origen del accidente dañoso, Es obvio que el concepto comprende dicha hipótesis, pero que no se agota en ella. La característica del caso fortuito, de ser evento interior o interno en la organización del responsable, implica por sí la posibilidad -aunque no la necesidad de que sea también conocible-, precisamente por esa su interioridad. Pero aunque el caso fortuito sea conocido y comprobado a posteriori, se presenta siempre una nota (que ya no es exclusiva sino compartida con la fuerza mayor, la cual tiene normalmente efecto liberatorio, y cuya diferencia fundamental con el caso fortuito es su carácter externo e incontrolable respecto del imputado o demandado), consistente en ser imprevisible in actu, lo que la hace inevitable..." (Ortíz Ortíz, Eduardo. "Expropiación y Responsabilidad Pública", Litografía e Imprenta Lil, San José, Costa Rica, 1996, pág. 52)". En razón de las anteriores consideraciones, en los casos en que nos encontremos en presencia de un daño efectivo, evaluable e individualizable, (artículo 196 de la Ley General de la Administración Pública), que así sea demostrado en juicio por los medios*

probatorios correspondientes y siempre que el mismo posea un vínculo causal como resultado imprevisto e imprevisible que deviene de un acto médico, estamos en presencia de la posibilidad de determinar la responsabilidad de la Administración por tal motivo, habida cuenta que en tales casos, estaríamos en presencia de un caso fortuito que no tiene la virtud liberatoria del deber indemnizatorio general establecido en la Ley General de la Administración Pública.

**VII). Sobre el daño material o "corporal" reclamado por la parte actora:** La parte actora invoca un daño económico originado en los siguientes razonamientos hechos por la señora Barboza Alvarado: *"Dicho monto responde al daño que produjo en mi cuerpo la actuación administrativa. Debe tener claro esta autoridad que la aguja estuvo un año en mi cuerpo, un año durante el cual no pude realizar mis actividades normales, donde todos los ámbitos de mi vida se vieron afectados por un constante dolor agudo en mi pecho, que no se quitaba y que los médicos calificaban de "natural". Las actividades que requerían de aun el mínimo esfuerzo eran motivo de un dolor fuerte, que inclusive hoy día esa molestia en mi seno sigue latente. Este tribunal debe tener en consideración que la presencia de un garfio en un seno impide realizar cualquier esfuerzo, pues la mínima presión causa un dolor punzante, agudo y sumamente molesto. Al mismo tiempo, tuve que volverme a operar para que me sacaran el garfio, lo cual conlleva una serie de molestias, curaciones, heridas y cicatrices propias de cualquier intervención médica, misma que vuelvo a repetir no se hubiera provocado si los doctores hubieran actuado de forma correcta."*

. En este sentido, en autos se ha tenido por demostrado y no ha sido controvertido que con motivo de una biopsia realizada a la actora, quedó dentro de su mama izquierda una punta del arpón de marcaje de aproximadamente de 22 mm de largo de punta a punta, la cual estuvo allí desde el día 27 de febrero de 2009, hasta el día 29 de enero de 2010, fecha en la que le fue extraída, por parte de los médicos Dr. Navarro, Dra. Salazar y Dr. Miranda en el Hospital de las Mujeres. Como se advierte la indicada situación se da con motivo de un acto médico, cual es la realización de una biopsia a la actora, en razón de que ella presentaba microcalcificaciones en su seno izquierdo. En dicha intervención se extrajo una muestra de tejido adiposo que pesa 30 gramos y medía 3.5 x 3 x 2 cm y una elipse de piel que medía 2,5 x 1 cm, con el fin de determinar si no existía una situación patológica que pusiera en riesgo la vida de la señora Barboza Alvarado. De la prueba evacuada en autos, no obstante, no consta evidencia alguna de que el hecho que se alega como generador de responsabilidad sea imputable a una mal praxis, dado que no se evidencia demostración de que se haya realizado un procedimiento de manera inadecuada y por el contrario, de la declaración testimonial del médico Jorge Eduardo Navarro Cruz, cuya credibilidad no fue desvirtuada en juicio, se evidencia que por la ubicación del área a ser extraída para la biopsia respectiva y a fin de evitar la contaminación de la muestra respectiva, no era posible predecir ni evitar que una parte del instrumento médico para su realización quedara dentro de la

mama izquierda de la actora. En razón de lo anterior, estima este Tribunal que en el caso de análisis, no estamos en presencia de una mal praxis, mas si se advierte la existencia de una iatrogenia innecesaria negativa, habida cuenta que el resultado de manera general era esperable en un dos por ciento de los casos de los casos a los cuales se les realiza biopsia, mas no previsible de que acaecería en el caso particular de la actora. No estamos en presencia de una fuerza mayor como lo alega la representación del ente demandado para pretender el rompimiento del vínculo causal, en tanto que lo acaecido si bien previsible de manera general como algo que excepcionalmente puede acaecer, según la doctrina, es imprevisible en el caso particular, dado que depende de una serie de variables que no pueden ser determinadas a priori. Tampoco estamos en presencia de la culpa de la víctima, por cuanto a pesar de que consta en autos que las citas de seguimiento con posterioridad a la operación, no fueron realizadas, cualquiera afectación sufrida lo fue con motivo del acto médico consistente en la biopsia y no se origina por su inasistencia o la posposición de las consultas de seguimiento. No puede olvidar este órgano jurisdiccional que la señora actora había sido operada para extraer parte de su tejido mamario, lo que en sana crítica racional, haría pensar que cualquier dolor provendría del acto médico, no es sino de manera ulterior que pudo haber generado sospecha de la situación invocada. Además tampoco se evidencia que la paciente haya recibido la información sobre esa posibilidad porcentualmente baja del infortunio ocurrido como para poder generar un eximente de responsabilidad. Dado lo anterior, y según lo expresado en el considerando anterior procedería el reconocimiento de responsabilidad del ente demandado, siempre y cuando operen los supuestos para el reconocimiento del daño en particular, singular, especial e intenso, según lo indicado. Ahora bien, de una lectura de los daños invocados, este Tribunal estima que en términos generales, lo solicitado por la parte actora en la primera parte de su pretensión, corresponde más a la descripción de los alcances de un daño moral, que a un daño material o corporal, en tanto que éste implica la afectación a la integridad física de la parte que alega ser afectada y la señora Barboza Alvarado, lo que invoca es la existencia de una sensación de dolor. En este orden de ideas, el daño corporal ha sido descrito por la Sala Primera de la siguiente manera: *“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...". (voto 859-2002 de las 11 horas 30 minutos del 1 de noviembre de 2002). Fundado en lo anterior, el daño corporal se traduce en alteraciones anatómicas, funcionales o estéticas, de las cuales no existe prueba alguna en autos, que demuestre el daño invocado, no siendo suficiente el mero dicho de la parte. En este orden de ideas, debe recordarse lo que indica expresamente el artículo 317 del Código Procesal Civil, que "La carga de la prueba incumbe: 1) A quien formule una pretensión, respecto a las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho...". La Sala Primera ha determinado con toda claridad esta carga al señalar, en su voto 000067-F-2007 de nueve horas cuarenta minutos del dos de febrero del dos mil siete, lo siguiente: "... es claro que la indemnización de los daños y perjuicios que puedan surgir del proceder público, está sujeta a la demostración de su existencia y al nexo causal entre las partidas reclamadas y la conducta censurada, que permita imputar al Estado por las consecuencias patrimoniales de su conducta. Por ende, solo cuando se establezca que son consecuencia directa o indirecta de aquella, será viable la condena compensatoria. Tal demostración incumbe, en tesis de principio, a la víctima, según se desprende del numeral 317 inciso 1) de la normativa procesal civil, mediante cualquiera de los mecanismos probatorios que permite el Ordenamiento Jurídico patrio. No podría el juzgador asumir que se han producido daños cuando la parte que los pretende no los ha reclamado o bien, habiéndolo hecho, no demostró que en efecto se hayan ocasionado o hubieren ocurrido. La demostración del daño y su nexo causal es por tanto impostergable en la dinámica del régimen objetivo de responsabilidad pública, ergo, si no llegan a acreditarse, no podrían ser objeto de reparación. En este sentido, el numeral 62 inciso c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa fija la regla de que cuando se hubiere pretendido el resarcimiento de daños y perjuicios, la sentencia deberá formular pronunciamiento concreto sobre su existencia y cuantía, siempre que estuviere demostrada en autos. Según lo ha indicado esta Sala, de lo anterior se colige que cuando se reclaman en un proceso, debe probarse en la fase constitutiva su existencia. Ergo, es a quien formula la pretensión que corresponde acreditar los hechos constitutivos de su derecho, a tono con el mandato general del artículo 317 de la normativa procesal civil. Por tanto, si no existe demostración de las lesiones alegadas, no podría el juzgador conceder esos extremos, por el contrario, deben ser denegados, siendo que lo único que puede reservarse para la etapa de ejecución del fallo es la determinación de su cuantía o extensión, siempre que no fuera posible establecer esta fijación dentro del proceso principal. No obstante, su existencia tiene que quedar suficientemente acreditada desde la fase demostrativa del proceso. Así visto, la acreditación del daño no puede establecerse en ejecución, toda vez que es un dato que de manera insoslayable debe ser determinado en sentencia de fondo. En este sentido, resolución no. 127 de las 14 horas 5 minutos del 13 de diciembre de 1996 y la no. 374 de las 9 horas 40 minutos del 27 de septiembre del 2002. No es de recibo su*

*alegato de que los daños se entienden como la consecuencia lógica y natural del funcionamiento administrativo. En este orden de ideas, debió el demandante demostrar los daños y perjuicios que reclamó así como el nexo de causalidad con el proceder público...."*

. En el caso de análisis, no consta en autos prueba con respecto a la existencia de una afectación corporal a la parte actora, siendo así que en la parte estética, más bien, consta prueba de que con motivo de la operación para la eliminación del garfio en su seno, se eliminó la alteración estética producida anteriormente con ocasión de la biopsia realizada. En este orden de ideas, debe tomarse en consideración que cualquier alteración estética que hubiere invocado la señora Barboza Alvarado, lo fue, no con motivo del hecho que invoca como dañoso - sea la segunda intervención para extraer el garfio en su seno- sino más bien en razón de la biopsia (realizada con el fin de prevenir un riesgo de existencia de un motivo de afectación mayor hacia su salud), y de la cual no se ha invocado relación causal para fundamentar el daño, advirtiendo que el Tribunal no considera viable derivar responsabilidad alguna a partir de un tratamiento médico por si cuando la paciente lo consintió y era necesario para asegurar su salud. La parte actora alega afectación en la funcionalidad en tanto indica que durante "*...un año durante el cual no pude realizar mis actividades normales, donde todos los ámbitos de mi vida se vierton afectados por un constante dolor agudo en mi pecho, que no se quitaba y que los médicos calificaban de "natural". Las actividades que requerían de aun el mínimo esfuerzo eran motivo de un dolor fuerte, que inclusive hoy día esa molestia en mi seno sigue latente...."*

. Al respecto, no hay prueba de que la existencia del garfio provocara una situación de imposibilidad de realización de cualquier actividad ordinaria en todos los ámbitos de la vida de la actora, ni de un dolor tal que le imposibilitara realizar "*el mínimo esfuerzo*". Tampoco en autos hay prueba de la existencia de "*...molestias, curaciones, heridas...*" producidas con motivo de la intervención médica para la eliminación del arpón en su seno. Como se ha indicado, la mera invocación de la parte no es suficiente, si no existe un sólido fundamento probatorio que sirva de demostración de los hechos que se alegan. Como se ha indicado, el daño debe ser efectivo, cierto, individualizable y no es procedente reconocer apreciaciones que no se vean sustentadas en prueba. Si la parte alega que no durante un año no pudo realizar todas las actividades normales de su vida, al menos debe probar que de alguna manera la afectación a su salud o cuerpo es de tal grado invalidante que le impidiera realizar la actividad diaria de todo ser humano y dar un elemento de convicción a los Juzgadores que permita trascender de la mera apreciación subjetiva sobre la intensidad del daño (y eventualmente sesgada por los intereses propios de la parte que lo alega) hacia una demostración objetiva del carácter impidiendo o dificultante del quehacer diario de un ser humano. No obstante, en autos no consta que durante un año, con motivo eficiente, único, inmediato, directo en el garfio introducido en el seno de la actora, ésta haya vivido en una

permanente situación de un dolor "fuerte", "agudo" "molesto" y constante que incidiera en todos sus ámbitos personales, de manera tal que le impidiera su realización como una persona promedio. En los autos, de la declaración del testigo Oscar Cerdas Avila ex pareja de la actora, a lo sumo se refiere que hubo afectación en la vida marital de la actora, mas sin que quede claro que la misma se origine con ocasión del indicado garfio, ni que el dolor que la actora manifiesta haber sufrido no tenga como causa las propias consecuencias de la biopsia realizada (sea la incisión y la extracción de tejidos). En todo caso, la consecuencia inmediata del dolor, sea la sensación negativa que el mismo conlleva atañe más bien a un daño moral, que a una afectación corporal como se ha visto y por consiguiente procede su rechazo, así como todo lo pedido en tal sentido, habida cuenta de la carencia de prueba al respecto.

**VIII). Sobre el daño moral:** Con respecto a la posibilidad de indemnizar el daño moral que pudiere haberse ocasionado con motivo de una conducta de la Administración, también debe aplicarse el artículo 9 y 41 de la Constitución Política, habida cuenta que en el primero no se realiza en ningún tipo de distinción con respecto a la responsabilidad del Estado y en el segundo, se hace expresamente referencia a la posibilidad de tutelar intereses "morales", entre los cuales, se encuentra la posibilidad de resarcir tanto el daño moral subjetivo, como el objetivo. Por otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, dispuso sobre este tema: "*Artículo 11: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*" *Artículo 24: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.*" "*Artículo 5.1: Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.*" Inclusive de manera previa a que entrara a regir la Constitución Política de 1949 o se aprobara dicha Convención a finales de la década de los 60, desde el siglo XIX, el numeral 59 del Código Civil preceptúa: "*Se establece el derecho a obtener indemnización por daño moral, en los casos de lesión a los derechos de la personalidad*" En materia del derecho administrativo nacional propiamente, el artículo 197 de la Ley General de la Administración Pública, dispuso: "*Cabrá responsabilidad por el daño de bienes puramente morales, lo mismo que por el padecimiento moral y el dolor físico causados por la muerte o por la lesión inferida, respectivamente*". No obstante lo anterior, procede realizar algunas precisiones sobre la materia, con base en la doctrina y sendas resoluciones judiciales emitidas en la materia, dadas las particularidades existentes con respecto a este tipo de daño, habida cuenta que en el caso del daño moral subjetivo, al afectarse la esfera más íntima del individuo, no pueden aplicarse las reglas comunes con respecto a la prueba del daño, cuando la afectación se realiza en el patrimonio del sujeto. En este orden de ideas, se ha

dicho, *"Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho y las cualidades M. de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. No creemos que el agravio moral deba ser objeto de prueba directa, pues ello resulta absolutamente imposible por la índole del mismo que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifiesta a veces por signos exteriores que pueden no ser una auténtica expresión ... nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia y la intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o de la decepción"* ( Bustamante Alsina, *"Equitativa valuación del daño no mensurable"*, 1990. p 655 y 656). Las anteriores consideraciones tienen como fundamento la apreciación de que el daño moral debe ser visto como *in re ipsa* o *en sí mismo*, dado que para tener configurado un perjuicio espiritual, no resulta necesario probar sufrimiento o depresión exteriorizados hacia terceros, dado que implica más bien la alteración del equilibrio existencial de las personas, dentro de su ámbito más íntimo y no necesariamente dado a conocer o exteriorizado en toda su dimensión hacia terceros, en tanto que esto último está en función de la personalidad de cada individuo lesionado y partiendo de que las reacciones del humano tienen diversas formas y oportunidades de manifestación. Por lo anterior, en el caso de que se demostrara la existencia de una conducta (muerte de un ser querido, pérdida o lesión de un bien moral o patrimonial, afectación a derechos fundamentales, etc) que pudiere afectar el ámbito de intimidad de la persona - por provocar dolor, angustia, sufrimiento, etc-, se interpreta que necesariamente existe un daño moral, siendo así que la intensidad de éste y por ende el medio para su resarcimiento, se determinarán de conformidad con los criterios que a continuación analizaremos en este mismo considerando. Es entonces, en función de los derechos subjetivos menoscabados, que podemos hablar de la existencia de un daño moral, dado que éste se producirá ante la violación de alguno de los derechos inherentes de la personalidad y que por ende son considerados extrapatrimoniales. Es por ello, que se habla que el daño moral surge con el mero acaecimiento demostrado de la actuación formal o material de la Administración u omisión de actuación que vulnera dichos derechos. En este orden de ideas, conviene hacer referencia a lo siguiente: *"Siendo el agravio moral la consecuencia necesaria e ineludible de la violación de algunos de los derechos de la personalidad de un sujeto, la demostración de la existencia de dicha transgresión importará, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño. La determinación de la existencia de un daño moral puede efectuarse de una manera tan objetiva como la comprobación de un agravio patrimonial. Se hace necesario a tal fin sólo confrontar un hecho con la norma jurídica que otorga a favor de un sujeto un derecho inherente a la personalidad, para comprobar si el primero constituye o no violación de lo preceptuado en la segunda.."* Brebbia Roberto. *El Daño Moral*. Editorial Orbir. Por otra parte, debe advertirse que se

ha aceptado que dentro del marco de la teoría de la responsabilidad de la Administración Pública, en tesis de principio, sería válido aceptar la posibilidad de que el demandado puede probar la existencia de una de las circunstancias eximentes de responsabilidad establecidas en el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, a saber, la fuerza mayor, la culpa de la víctima o de un hecho de un tercero; o inclusive probar su inexistencia o menor gravedad de lo invocada. Es así como se ha indicado que *"La cantidad que se fije, debe ser fiel reflejo de las circunstancias descritas en el expediente, para que resulte una suma apropiada, dado los problemas sufridos por el perjudicado, causados por los actos ilícitos penales o civiles del agente o de los agentes productores del daño. En razón de que esas presunciones son iuris tantum, admiten prueba en contrario, de lo cual debe ser sumamente diligente el demandado o sujeto activo del daño, ya que le corresponde la carga de la prueba para desvirtuar las presunciones de dolor, sufrimiento, mortificación o agravio y para ello puede acudir a cualquier tipo de prueba ordinaria."*

(Montero Piña Fernando. El Daño Moral, Página 61. Impresión Gráfica del este). No sin advertir que alguna doctrina ha sostenido que cualquier daño producto de una conducta lícita y normal, cuando el nivel de intensidad es excesivo, no procede ningún tipo de eximente. En este orden de ideas, considera este Tribunal que conviene hacer algunas precisiones con respecto al daño moral que serán plenamente aplicables para la resolución de la ejecución sometida a su conocimiento. En primer término, debe destacarse que en materia de daño moral hablamos de una función compensadora y no de la equivalencia buscada en el caso del daño material. Adicionalmente, no debe obviarse que el daño moral no escapa de la certeza con relación a que éste debe ser consecuencia de la actuación u omisión de la administración, así como debe ser cierto el interés lesionado de la persona que lo invoca. En este orden de ideas, se ha indicado lo siguiente: *"El daño moral no es el dolor, la pena, la angustia sino la minoración espiritual derivada de la lesión a un interés no patrimonial. Dicho detrimento existe aunque falte comprensión por parte del damnificado del perjuicio sufrido; en ausencia de lágrimas; inclusive cuando la víctima no se encuentre en condiciones físicas o "síquicas" para "sentir" pena, dolor o angustia (v.gr. una persona descerebrada). El disvalor subjetivo existe cuando la víctima haya "madurado" ese dolor y quizás, dejado de "sentirlo". Así concebida la cuestión, se advierte de inmediato que el daño moral puede derivar sus efectos hacia el futuro, con suficiente grado de certeza..."*

(Daniel Pizarro Ramón Daño Moral. Ed. Hammurabi. Página 105) Por otra parte, el daño moral es de orden personal, en función de la afectación de un interés legítimo del afectado. Con respecto a los alcances del daño moral en nuestro país, la Sala Primera en su voto N 112 de las 14 horas 15 minutos del 15 de julio de 1992, reiteradamente citado y aplicado por diferentes instancias jurisdiccionales, 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 confluir, 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 conjeturables. 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, si 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 repute 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."

Con base en lo anterior, se evidencia que en el caso del daño moral subjetivo, no se requiere de la existencia de una prueba directa, sino que le es aplicable determinados criterios que delimitan la discrecionalidad del Juzgador y que desprenden de su propia naturaleza jurídica y que han sido desarrollados por la jurisprudencia nacional. Así, en la resolución mencionada ut supra se establece como primer criterio delimitador, los principios generales del derecho y la equidad, siendo así que mediante voto 556-2003 de la Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo, se dispuso además como criterio, lo siguiente:

*VI. Referente al daño moral subjetivo, la situación es distinta, y desde ya se deja de manifiesto, que no lleva razón el Estado en cuanto a su oposición. Es un hecho innegable, que hubo lesión por conducta antijurídica del Ministerio de Educación, según lo declaró la Sala Constitucional, cuya consecuencia es, entonces, procurar en lo posible, el restablecimiento efectivo de la esfera subjetiva afectada, dada la falta de respuesta oportuna a un reclamo administrativo, para cuya concesión, al tratarse de este tipo de daño, es innecesaria la prueba, bastando en ocasiones, la simple constatación del hecho generador para que proceda su indemnización, con independencia del reconocimiento o rechazo de otros aspectos meramente patrimoniales, para los cuales sí es imprescindible la demostración física de los producidos. No significa lo anterior, que por el simple reclamo pueda otorgarse, ya que es necesaria la acreditación de su existencia y gravedad, carga que, sin lugar a dudas, le corresponde a la víctima no obstante, se ha permitido, que su comprobación pueda lograrse a base de indicios, ya que éste se produce, cuando se afecta la intimidad, el honor, la psiquis, la salud y la integridad física, entre otros, cuya gravedad, sin lugar a dudas, corresponde al reclamante, pudiendo acreditarse su existencia a través de presunciones de hombre inferidas de elementos circunstanciales, y por ello su prueba, es in re ipsa, tal y como reiteradamente lo ha expresado la Sala Primera de la Corte". (El destacado es nuestro). Tenemos entonces que un segundo criterio delimitador del daño moral subjetivo son las presunciones del hombre inferidas de los elementos circunstanciales del caso de análisis. Asimismo de diversas resoluciones judiciales y de la sentencia 413 de 19 de noviembre de 2002 de la Sección Primera del Tribunal Contencioso Adm. Sección I, se evidencian otros criterios, a saber: "III. Por daño moral subjetivo, ha entendido la doctrina aquella afección que incide sobre la esfera emocional de las personas causando preocupación, sufrimiento, ansiedad y otras emociones negativas y perjudiciales, cuyo origen sea los actos ilícitos provocados por el accionante. Por su naturaleza, son difíciles de probar por los medio ordinarios, por lo que puede el juzgador estimarlo con examen de las circunstancias que consten en el expediente y aplicado su experiencia, los principios generales de derecho y los de racionalidad y proporcionalidad. " (El destacado es nuestro). Estos últimos criterios han sido desarrollados de manera relevante para limitar la posibilidad de reconocimiento de indemnizaciones exageradas o desproporcionadas. En este orden*

de ideas, la Sala Primera ha señalado: "No se trata, entonces, de cuantificar el valor de la honra y dignidad de un sujeto, pues estos son bienes inapreciables, sino de fijar una compensación monetaria a su lesión, único mecanismo del cual puede echar mano el derecho, para así reparar, al menos en parte su ofensa. No cabría dentro de tal filosofía, establecer indemnizaciones exorbitantes, como sucede en otros sistemas jurídicos, pues ello produciría el enriquecimiento injusto del ofendido, mediante el lucro inmoral con la honra y dignidad propias. Dentro de los principios fundamentales del derecho, hállanse los de razonabilidad y proporcionalidad, a los cuales se les ha reconocido en nuestro medio el rango de principios constitucionales (ver al respecto, las resoluciones de la Sala Constitucional #1739 - 92 de las 11:45 horas del primero de julio y 3495-92 del las 14:30 horas del diecinueve de noviembre, ambas de 1992). Aplicándolos a situaciones como la presente, resulta indispensable, al fijar las obligaciones nacidas en situaciones jurídicas indemnizatorias, atender la posición de las partes y la naturaleza, objeto y finalidad del resarcimiento, sin llegar a crear situaciones absurdas, dañinas o gravemente injustas. En tal sentido, el daño moral, en casos como el analizado, no podría dar lugar a indemnizaciones millonarias, como la pretendida. Ello abriría un portillo inconveniente, para dar paso a pretensiones desproporcionadas las cuales, so pretexto de tutelar el ámbito subjetivo del individuo, conducirían a un enriquecimiento injustificado que lejos de reparar la dignidad mancillada, socavaría sus fundamentos haciéndola caer en valores eminentemente económicos (Sala Primera voto 141 de 15:00 hrs. del 18 de junio de 1993 y No. 99 de 16 horas de 20 de setiembre de 1995) (El destacado es nuestro). La causalidad del daño es otro criterio de naturaleza insoslayable, en tanto que la causa real de éste puede determinar los alcances y límites de la estimación reparadora. Esto se puede inferir claramente del voto 00099-2003 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II, en tanto indicó:

*“IV. Resulta indispensable, establecer qué se entiende por daño moral, para lo cual, este Tribunal se permite citar la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No. 112 de las 14:15 horas del 15 de julio de 1992: “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 intimidación, 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 valiables (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 repute 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." También sobre la prueba del daño moral, en la misma sentencia citada se expresó: " 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 psiquis, la salud, la integridad física, el honor, la intimidación, 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 le 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)". En el presente caso, cuando el actor solicitó el daño moral, expresó: "El grave daño moral que ocasionaron los Recurridos con sus actos, Los (sic) cuales llegaron a perjudicar psicológicamente mi integridad, los Cuales (sic) fueron debidamente razonados por el Magistrado Instructor y De (sic) los cuales solicito una prueba pericial forense a fin de determinar las secuelas del daño coaccionado al ser sometido a vejámenes y Presiones internas (...) Al ser despedido injustamente por parte del Minae, ocasiono (sic) la destrucción de mi hogar, ya que mi esposa me dejó porque no podía mantenerla, y al día de hoy no he podido conseguir trabajo, nos echaron (sic) de la vivienda en que vivíamos y tuve que irme de arrimado donde mi mamá. Además estaba en proceso un préstamo para vivienda y por mi despido no se pudo hacer." Todo el tema del despido del actor y por supuesto sus consecuencias materiales o morales, no es posible discutirlo dentro del presente proceso, porque no guarda relación de causalidad con los hechos que motivaron se acogiera el recurso de amparo: no pago de los extremos laborales, que en este caso, se limitó a la no cancelación en tiempo de vacaciones. El ejecutante nunca se refirió expresa o implícitamente, a que haya sufrido una perturbación anímica (pequeña o grande), sea dolor, angustia, congoja, por ese motivo, sino por el despido. Es el Juzgado de instancia, el que habla de un daño moral por la "espera en la situación en que se encontraba -cesante- era apremiante para resolver su estado y afrontar sus compromisos personales" . En otras palabras, el señor Miranda Garita pidió daño moral por una causa, y el Juzgado se lo concede por otra no alegada. Bajo estas circunstancias, procede revocar la sentencia apelada en cuanto concede una indemnización por daño moral."

Por otra parte, siempre dentro del orden de la proporcionalidad, se habla de la "prudente apreciación del Juez" del daño y su resarcimiento, de la siguiente manera: "Por lo anterior, el tribunal debe considerar la procedencia del extremo en comentario, al efecto la Sala 1ª. de la Corte Suprema ha dicho: " VI. Si bien el daño moral -en relación con el tema en cuestión- debido a su naturaleza, permite un amplio margen de discrecionalidad al juzgador en cuanto a su fijación, éste debe observarse necesariamente dentro de ciertos parámetros insoslayables, por ejemplo, la antigua Sala de Casación, en sentencia Nº 114 de las 16 hrs. del 2 de noviembre de 1979 avala la prudente apreciación de los jueces "...cuando les es dable inferir el daño con fundamento en la prueba de indicios. Esta Sala, en su fallo Nº 114-93 señala que el prudente arbitrio aludido, ha de tener en consideración las circunstancias del caso, los principios generales del derecho y la equidad. Alrededor de tales conceptos, la Sala, en un pronunciamiento posterior razona en los siguientes términos: "No se trata,

*entonces, de cuantificar el valor de la honra y dignidad de un sujeto, pues estos son bienes inapreciables, sino de fijar una compensación monetaria a su lesión, único mecanismo del cual puede echar mano el derecho, para así reparar, al menos en parte su ofensa. No cabría dentro de tal filosofía, establecer indemnizaciones exorbitantes, como sucede en otros sistemas jurídicos, pues ello produciría el enriquecimiento injusto del ofendido, mediante el lucro inmorale con la honra y dignidad propias. Dentro de los principios fundamentales del derecho, hállanse los de razonabilidad y proporcionalidad, a los cuales se les ha reconocido en nuestro medio el rango de principios constitucionales (ver al respecto, las resoluciones de la Sala Constitucional N° 1739-92 de 11,45 horas del 1 de julio y N° 3495-92 de 14,30 hrs. del 19 de noviembre, ambas de 1992). Aplicándolos a situaciones como la presente, resulta indispensable, al fijar las obligaciones nacidas en situaciones jurídicas indemnizatorias, atender la posición de las partes y la naturaleza, objeto y finalidad del resarcimiento, sin llegar a crear situaciones absurdas, dañinas o gravemente injustas. En tal sentido, el daño moral, en casos como el analizado, no podría dar lugar a indemnizaciones millonarias, como la pretendida. ello abriría un portillo inconveniente, para dar paso a pretensiones desproporcionadas las cuales, so pretexto de tutelar el ámbito subjetivo del individuo, conducirían a un enriquecimiento injustificado que lejos de reparar la dignidad mancillada, socavaría sus fundamentos haciéndola caer en valores eminentemente económicos (Sala Primera N° 41 de 15,00 de 18 de junio de 1993 ). VII. Recapitulando, se tiene que el prudente arbitrio a emplear por el Juzgador en situaciones como la presente, supone la observancia de parámetros ineludibles como la prueba indiciaria, las circunstancias propias del caso concreto, los principios generales del derecho, la equidad, la posición de las partes; la naturaleza, objeto y finalidad del resarcimiento y los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Sobre tales extremos puede y debe la parte interesada ofrecer prueba en lo posible. Solo así puede arribarse a un prudente arbitrio. Al margen de tales consideraciones la fijación discrecional corre el grave riesgo de incurrir en un exceso de poder que desfigure o desvirtúe lo ejecutoriado. Sea, la prudente apreciación del juez, aún contando con la realización del hecho generador -cual ocurre en la especie- (principio "in re ipsa"), precisa de las consideraciones o parámetros comentados, en torno al daño, para, con arreglo a ellos establecer el motivo. En el evento de que no militaren en autos elementos de juicio sobre el particular, tendrá el juzgador que actuar en consonancia con tal situación adoptando una actitud conservadora en la fijación, pues de no hacerlo así podría incidir en exceso de poder."*

Voto 00093-2000 del Tribunal Contencioso Adm. Sección II. De conformidad con lo anterior, el reconocimiento del daño moral debe realizarse en el entendido de que si bien no requiere prueba directa, los Juzgadores deben tener especial prudencia y proceder a su valoración bajo su prudente apreciación, bajo criterios de equidad, aplicando las presunciones del hombre inferidas de los elementos circunstanciales del

caso de análisis, a efecto de determinar la procedencia y el quantum de la sentencia condenatoria por este extremo dentro de los límites de la razonabilidad y la proporcionalidad.

**IX). Sobre el daño moral invocado en el caso concreto:** En el presente proceso, la parte actora invoca un daño moral consistente en lo siguiente: *"Respecto al daño moral subjetivo, aun (sic) cuando el mismo es in re ipsa, debe tomar en consideración que a raíz de la mala práctica médica, en la que se deja el garfio en mi seno, me adentro a un año casi completo de tener dolor constante en esa parte, dolor físico que se transforma en sufrimiento emocional por lo duro de pasar un año entero con un dolor agudo. La frustración de levantarse día con día y que me siguiera doliendo es muy grande, mi estado de ánimo decayó, las relaciones con las demás personas se volvieron difíciles, ya no quería otra cosa diferente a que desapareciera el dolor. Debe considerar esta autoridad como agravante, lo determinante que es la zona de los senos para mi feminidad, es claro que un dolor tan agudo provoca un detrimento directo a mi seguridad personal, a mi auto estima y perjudica mi vida en pareja. Además tuve que volver a someterme a una serie de intervenciones médicas como placas, radiografías, consultas, entrevistas, sumamente tediosas, que requieren de un esfuerzo y una dedicación de tiempo muy grande. Al final hasta tuve que volverme a operar para que pudieran extraer la aguja. En fin, mi vida en sus aspectos laboral, emocional, corporal, social, sexual, familiar, cambió de manera vertiginosa a raíz de la intervención negligente del equipo médico de la CCSS. El día a día ha sido mucho más difícil desde esa intervención, no es juto que se me haya causado un daño de esa magnitud, cuando yo solo iba a que me hicieran una biopsia."* Como se advierte de lo manifestado por la parte actora, el daño invocado se funda básicamente en el dolor sufrido y accesoriamente en la perturbación a la vida diaria de la actora y la necesidad de someterse a tratamientos médicos con motivo del garfio en su seno. En este sentido, si bien consta en autos que no posible descartar la posibilidad de que el garfio presente en el seno izquierdo de la parte actora, le provocara algún dolor y sensación punzante, cuando se le aplicara algún tipo de presión en el área respectiva (según declaración del testigo médico Navarro Cruz), lo cual genera en sí la posibilidad de ocurrencia de un daño moral, no es posible determinar la magnitud de dolor que manifiesta haber sentido, ni diferenciarlo del ocasionado con motivo de la intervención quirúrgica. Por el contrario, existen indicios que llevan a la convicción de que el dolor alegado no llega al grado de intensidad que invoca la parte actora. En este orden de ideas, de la declaración testimonial del Dr. Navarro Cruz se puede determinar que el arpón que quedó dentro de la mama izquierda de la actora podría haber generado alguna sensación, como producto de la aplicación de presión sobre ella, mas no generar un dolor agudo, permanente o constante, toda vez que se encontraba en una zona con mucho tejido adiposo y graso que implicaba que sólo con una presión podría sentir la actora una sensación punzante. Por otra parte, debe tomarse en consideración que

durante casi un año, no consta que la actora haya realizado gestión alguna tendiente para calmar algún dolor - más allá de su mero dicho- y no es sino hasta con posterioridad al día 8 de diciembre de 2009, fecha en que se realizaron placas de seguimiento a la actora en el Hospital de las Mujeres, Dr. Adolfo Carit Eva, en las cuales se advierte la existencia del arpón de marcaje en su seno izquierdo, que la señora Barboza Alvarado se realizó un estudio de mamografía digital, un estudio radiológico de Torax AP y lateral y que fue atendida el día 12 de enero de 2010, por el médico psiquiatra Martín Abarca Matamoros. Es posible pensar que la señora lo considerara parte del proceso de cicatrización pero nuevamente tenemos una insuficiencia probatoria y nos quedamos en el plano de inferencia deductiva. Previo al mes de diciembre, no se evidencia que la actora haya recurrido a médico público o privado manifestando un dolor agudo, constante que le afectara su normal vida diaria y personal y que evidenciara, que el mismo era de tal grado que pudiera traducirse en un sufrimiento emocional permanente. La lógica indica que si una persona presenta una afectación por casi un año, que implique dolor de tal magnitud que incide en la vida laboral, emocional, corporal, social, sexual, familiar, al menos debía asistir a un médico para la consulta y tratamiento respectivos, lo cual no se ha demostrado en juicio ni se desprende de su expediente clínico. Por otra parte no merece credibilidad la declaración del médico psiquiatra Martín Abarca Matamoros, cuando, con sólo una cita de tratamiento, certifica una serie de patologías psicológicas a la actora y pretende, en juicio, vincularlas directamente con los hechos objeto del presente proceso. No es posible partir que con sólo una consulta el día 12 de enero de 2010, dicho profesional pueda determinar que con motivo del arpón en su seno - y del cual sólo tenemos evidencia que ella tuvo conocimiento a partir del 8 de diciembre de 2009- se pueda inferir que la actora sufrió una serie de trastornos físicos y psicológicos, tal y como describe en su declaración y en el certificado médico 0517269 de 12 de enero de 2010. Por el contrario, la declaración del señor Perito Doctor Allan Cháves Moreno ordenada como prueba para mejor resolver por este Tribunal, evidencia que la fibromialgia no puede ser diagnosticada por la especialidad del médico Abarca Matamoros y que un hecho como el sufrido por la actora no puede ser el detonante unicausal de tal enfermedad, sino que en ella inciden otros factores. Tampoco se advierte que el hecho objeto del presente proceso haya provocado en la actora depresión clínica, afectación a sus actividades cotidianas y destrucción de su vida social y afectiva. Como se ha indicado, para el dimensionamiento del daño moral, los Juzgadores deben tener especial prudencia, a efecto de no conceder a las partes peticionantes sumas exorbitantes ni conceder montos irrisorios. Por lo anterior, si bien este tipo de daño moral es in re ipsa, en casos como el de análisis, no puede partirse automáticamente del mero dicho de la víctima, ni mucho menos acogerse de manera irreflexiva las estimaciones que ésta haga al respecto, dado que la subjetividad del daño no significa arbitrariedad ni una fijación del quantum infundada. Es menester que cualquier monto concedido sea acorde con un nivel razonable y probable de

afectación moral, que se pueda fundamentar en consideraciones objetivas y precisas hechas por el Juzgador. Es decir la subjetividad del daño no implica la subjetividad del Juez a la hora de concederlo, ni es per se, procedente su reconocimiento, cuando como en el caso de análisis existen circunstancias objetivas a valorar y prueba aportada por ambas partes para su correcto dimensionamiento. En el presente proceso este Tribunal puede determinar que indudablemente, la comunicación de tener un instrumento extraño en el cuerpo genera en la persona afectada una sensación de angustia, temor e incertidumbre, máxime si se emplean términos como "aguja", "gancho" o "arpón". En este sentido, la parte actora no está obligada a saber si la presencia de dicho elemento es anodino o si por el contrario podría generarle un daño a futuro más grave. Por otra parte, hay demostración de que al menos ante presión sobre el área respectiva, el indicado arpón si podría haber generado dolor o sensación de pinchamiento en la zona, lo cual contribuye a considerar la existencia de un daño moral por tal motivo. No está de más indicar que después de pasar a actora por una primera operación, lo último deseado es repetir la situación en la misma zona con el maltrato a una zona especialmente sensible. A lo anterior, se debe sumar que el hecho de tener que ir a una operación adicional para extraer el cuerpo extraño, contribuye a los sentimientos anteriormente descritos. No obstante, como se ha dicho, no hay evidencia de indicios de que el dolor tenga la intensidad, permanencia y efectos alegados por la señora Barboza Alvarado. En este orden de ideas, la apreciación del nivel del dolor invocado, debe trascender de los adjetivos que pueda evidenciarse de la demanda y alegatos en audiencia, a elementos objetivamente considerados que puedan desprenderse de las circunstancias de los hechos. Como se ha dicho, hay prueba pericial en el sentido de por el área en donde se encontraba el gancho, el dolor se manifestaba ante presión en la zona, mas sin que pueda inferirse más allá, dado que no hay elementos de convicción en tal sentido. Indudablemente también debe tomarse en consideración que el área del pecho izquierdo sufrió una intervención quirúrgica - sea la biopsia- que también podría haber generado molestia y dolor por algún tiempo, máxime si como se indica, la herida en algún momento se infeccionó. Es menester considerar, que tal y como se ha indicado, no hay evidencia de que las afecciones físicas y psicológicas alegadas tengan un vínculo causal con el hecho concreto objeto del presente proceso (v.g. la fibromialgia alegada). De manera adicional, debe tomarse en consideración que se demostrado que el conocimiento real de la situación generadora de daño moral por parte de la actora se dio a partir del día 8 de diciembre de 2010, fecha en que se realiza placas de rayos X de seguimiento por parte del personal del Hospital Dr. Adolfo Carit Eva y hasta el día 29 de enero de 2010, fecha de la extracción del arpón, sea 53 días naturales y no desde marzo de 2009 como la parte pretende invocar. Con anterioridad, no hay prueba del conocimiento de su existencia, ni del daño moral consistente en la angustia, tensión y sufrimiento que podría haberse invocado por el conocimiento de tener un cuerpo extraño en su seno izquierdo, salvo en un lapso de tiempo muy corto, sea entre el conocimiento de la

situación hasta la segunda operación. Debe adicionarse a las anteriores consideraciones que no hay suficientes elementos de convicción en los autos que demuestren la existencia de cambios "*de manera vertiginosa*" en los aspectos laboral, emocional, corporal, social, sexual, familiar, de la actora con motivo en los hechos objeto de la demanda, no pasando de ser meras afirmaciones no probadas en juicio. Para que existiera responsabilidad por daño moral originado en este último supuesto, debería haber constado en autos, elementos de convicción suficientes sobre la anormalidad en la conducta de la actora que incidiera en las diferentes redes familiares, laborales, sociales en que la misma socializa y vive, y adicionalmente, algún indicio que hiciera presumir que dicha modificación de la conducta o del normal vivir, tuvo como causa inmediata y directa, el hecho sobre el cual se invoca, se origina la afectación moral subjetiva. En este orden de ideas, debe distinguirse entre dos momentos. El primero, la situación de la actora originada con motivo de la biopsia realizada y la cicatriz producto de la misma. Indudablemente tal acto médico puede generar sensación de dolor, angustia, depresión, tal y como lo indica la testigo Keisy Fernández Barboza, mas este no ha sido señalado por la parte actora como generador del daño moral objeto de la presente litis. El segundo momento lo es a partir del conocimiento de la existencia del arpón en el seno que generará similares sentimientos y que surge a partir del 8 de diciembre de 2010. Es este segundo supuesto el que debe ser indemnizado debidamente individualizado del primero, mas sin que del mismo pueda inferirse, reiteramos un nivel de afectación tal que haya implicado lesión grave al normal vivir de la actora. Es dable pensar que sí tuvo incidencia en su personalidad - la incertidumbre de las consecuencias del hallazgo en su cuerpo- mas sin que conste elemento de convicción que lleve a considerar que lo anterior haya significado cambios profundos en los aspectos familiares, personales, laborales, etc, dichos, habida cuenta que en un término razonable, aproximadamente mes y medio con posterioridad a la detección del arpón, fue extraído por el personal médico el ente demandado. Todo lo anterior nos lleva a la convicción sobre la existencia de un daño moral subjetivo en la actora, fundado en la posibilidad de existencia de incomodidad y eventual dolor por presión, por la presencia del arpón en el seno izquierdo, así como la sensación de angustia e incertidumbre que tal situación genera en una persona, mas sin que pueda inferirse la posibilidad de reconocimiento de dicho daño por el monto solicitado por la parte, sea ciento veinticinco millones de colones. Por criterios de proporcionalidad y razonabilidad, no es posible otorgar tales sumas, cuando no se ha tenido por evidenciadas a plenitud, las razones por las cuales la parte funda sus pretensiones indemnizatorias. En razón de lo anterior y atendiendo a las consideraciones realizadas ut supra, este Tribunal, estima acorde con la afectación sufrida, fijar un monto de dos millones por concepto de daño moral subjetivo. Monto razonable para cubrir la afectación producida.

**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.

---

<sup>i</sup> ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 6227 del dos de mayo de 1978. **Ley General de la Administración Pública**. Versión de la norma 8 de 8 del 14/09/2009. Datos de la Publicación Colección de leyes y decretos Año: 1978. Semestre: 1. Tomo: 4. Página: 1403.

<sup>ii</sup> JINESTA LOBO. Ernesto. (2005). **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo II Responsabilidad Administrativa. Editorial Biblioteca Jurídica DIKÉ. Medellín, Colombia. Pp 98-99.

<sup>iii</sup> JINESTA LOBO. Ernesto. (2005). **Tratado de Derecho Administrativo**. op cit. supra nota 2. Pp 99-100.

<sup>iv</sup> GORDILLO, Agustín Alberto. (2012). **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo II. La Defensa del Usuario y del Administrado. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. y Fundación de Derecho Administrativo. San José, Costa Rica. P XX-21.

<sup>v</sup> ORTIZ ORTIZ, Eduardo. (1976). **Derecho Administrativo**. Tomo 2. Tesis XXIV. Universidad de Costa Rica.

<sup>vi</sup> JINESTA LOBO. Ernesto. (2005). **Tratado de Derecho Administrativo**. op cit. supra nota 2. Pp 101-102.

<sup>vii</sup> ESCOBAR GIL, Rodrigo Alonso. (1989). **Responsabilidad Contractual de la Administración Pública**. Bogotá, Colombia. Editorial Temis. P. 189.

<sup>viii</sup> TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA. Sentencia 20 de las once horas del once de marzo de dos mil trece. Expediente: 12-001976-1027-CA.

<sup>ix</sup> TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SÉTIMA. Sentencia 12 de las quince horas con cinco minutos del treinta y uno de enero de dos mil trece. Expediente: 07-000487-0163-CA.

<sup>x</sup> TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA. Sentencia 5 de las diez horas del veinticinco de enero de dos mil trece. Expediente: 11-003298-1027-CA.