

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO

*El Consentimiento Informado dentro de la práctica médica
asistencial como elemento fundamental de la Lex Artis Ad Hoc y
su ausencia como generadora de Responsabilidad Médica.*

Andrés Barquero Morera

Carné: A90789

Valeria León Villalobos

Carné: A93396

Sede Universitaria, Rodrigo Facio

San José, Agosto del 2015



19 de agosto del 2015
FD-AI-561-2015

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de los estudiantes: Andrés José Barquero Morera, carne A90789 y Valeria León Villalobos, carne A93396 denominado: "El consentimiento informado dentro de la práctica médica asistencial como elemento fundamental de la Lex Artis Hoc y su ausencia como generadora de responsabilidad médica" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABLES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	Dr. Franz Vega Zúñiga
Presidenta	MSc. Olga Marta Mena Pacheco
Secretario	Dr. Julián Solano Porras
Miembro	Dr. Erick Gatgens Gómez
Miembro	MSc. Gustavo Jiménez Madrigal

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **31 de agosto del 2015**, a las 7:00 p.m. en la Sede Rodrigo Facio.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



lcv
Cc: arch. expediente

San José, 04 de agosto del 2015

Dr. Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Estimado Señor Director:

Quien suscribe, Dr. Franz Vega Zúñiga, con la finalidad de cumplir con los requisitos institucionales correspondientes, tengo el agrado de informarle por este medio que he participado como Director del trabajo final de graduación denominado "*El Consentimiento Informado dentro de la práctica médica asistencial como elemento fundamental de la Lex Artis Ad Hoc y su ausencia como generadora de Responsabilidad Médica*", elaborado por los estudiantes Valeria León Villalobos carnet universitario número A93396 y Andrés José Barquero Morera carnet universitario número A90789, me apersono a manifestar lo siguiente:

He leído y doy mi aprobación a la Tesis de graduación para optar por el grado de licenciatura en mención, en el tanto cumple con todos los requisitos de fondo y de forma exigidos por la normativa Universitaria para ser sometida a Replica ante el Tribunal Examinador. El mismo se trata de un trabajo complejo que realiza aportes valiosos en materia de Derecho Médico y que los postulantes abordaron de manera adecuada; por ello otorgo mi aprobación para los efectos que corresponden.

Sin otro en particular,


Dr. Franz Vega Zúñiga.

Director

San José, 18 de agosto del 2015

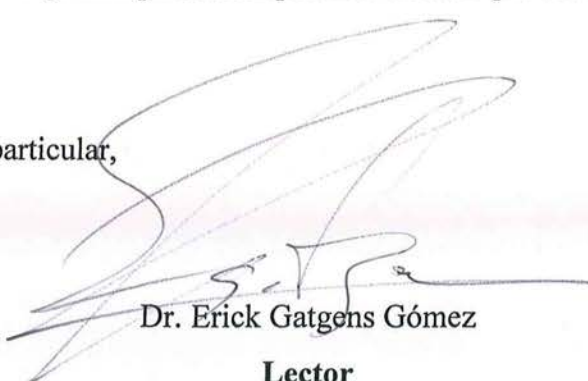
Doctor
Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Estimado Señor Director:

Quien suscribe, Doctor. Erick Gatgens Gómez, en mi condición de lector del Trabajo Final de Graduación denominado "*El Consentimiento Informado dentro de la práctica médica asistencial como elemento fundamental de la Lex Artis Ad Hoc y su ausencia como generadora de Responsabilidad Médica*", elaborado por los estudiantes Valeria León Villalobos carné universitario número A93396 y Andrés José Barquero Morera carné universitario número A90789, me apersono a manifestar lo siguiente:

He leído y aprobado la Tesis de Graduación para optar por el grado de licenciatura en mención, de la cual considero que cumple con todos los requisitos de fondo y de forma exigidos por la normativa Universitaria para ser sometida a réplica ante el Tribunal Examinador. El mismo se trata de una investigación rigurosa, basada en un tema de actualidad y alta complejidad que los postulantes abordaron de manera adecuada, Por ello otorgo mi aprobación para los efectos que corresponden.

Sin otro en particular,



Dr. Erick Gatgens Gómez

Lector

San José, 24 de julio del 2015

Doctor
Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Estimado Señor Director:

Quien suscribe, Master. Gustavo Jiménez Madrigal, en mi condición de lector del Trabajo Final de Graduación denominado "*El Consentimiento Informado dentro de la práctica médica asistencial como elemento fundamental de la Lex Artis Ad Hoc y su ausencia como generadora de Responsabilidad Médica*", elaborado por los estudiantes Valeria León Villalobos carné universitario número A93396 y Andrés José Barquero Morera carné universitario número A90789, me apersono a manifestar lo siguiente:

He leído y aprobado la Tesis de Graduación para optar por el grado de licenciatura en mención, de la cual considero que cumple con todos los requisitos de fondo y de forma exigidos por la normativa Universitaria para ser sometida a réplica ante el Tribunal Examinador. El mismo se trata de una investigación rigurosa, basada en un tema de actualidad y alta complejidad que los postulantes abordaron de manera adecuada, Por ello otorgo mi aprobación para los efectos que corresponden.

Sin otro en particular,



M.S.c. Gustavo Jiménez Madrigal

Lector

San José 31 julio del 2015

Señores:

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Estimados señores:

He revisado y corregido los aspectos referentes a la estructura gramatical, ortografía, puntuación, redacción y vicios del lenguaje de la Proyecto de Investigación, denominado **“El Consentimiento Informado dentro de la práctica médica asistencial como elemento fundamental de la Lex Ad Hoc y su ausencia como generadora de Responsabilidad Médica”** elaborado, por los estudiantes Andrés Barquero Morera Carnet: A90789 y Valeria León Villalobos Carnet: A93396 , por lo tanto, puedo afirmar que está escrito correctamente, según las normas de nuestra Lengua Materna.

Respeté, a lo largo del trabajo, el estilo de los autores.

Atentamente,

Profesor


Carlos Manuel Barrantes Ramirez

Filólogo

Cédula 1-0312-0358

Carné afiliado 16308 (Colegio de Licenciados y Profesores)

Cel. 8397-1348

Dedicatoria

A mi padre,
por ser el mejor ejemplo e inspirarme a buscar llegar siempre a más;

A mi madre,
por ser una fuente de apoyo y ver perenemente en el fondo lo mejor de mí;

A mi hermano,
por llenarme de alegría y ser un compañero fiel de cotidianeidad y aventuras;

A mi conciencia,
por comunicarse, llenarme de fuerza y hacerme saber que nunca estoy solo.

Hoy “soy” gracias a ustedes. Mi triunfo es suyo.

Andrés Barquero

Dedicatoria

A Dios,
por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón y mi mente, pero principalmente por dotarme de personas incondicionales que han sido mi mayor soporte en este proceso;

A mi madre,
por su apoyo incondicional y trabajo continuo en toda mi vida y más aún por todo su esfuerzo para dotarme de una educación profesional, sin ella hubiese sido imposible culminar este proyecto;

A mi tío Enio,
por ser mi guía y compañía desde el cielo;

A todos los que me han acompañado en esta aventura, gracias porque sin ustedes nada hubiese sido posible.

Valeria León

Agradecimiento

Al profesor Franz Vega, por ser guía indispensable de este proyecto, el cual culmina gracias a su interés, su constante aporte y su sabiduría. *¡Muchas gracias, Maestro!*

Andrés y Valeria.

Índice General.

Tabla de contenido

Dedicatoria.....	ii
Dedicatoria.....	iii
Agradecimiento.....	iv
Índice General.....	v
Resumen Ejecutivo.....	ix
Ficha bibliográfica.....	xi
Introducción.....	1
Capítulo Primero: La Lex Artis Médica en su función reguladora de la realización del Acto Médico y la Iatrogenia como un resultado esperable ajeno a la Mala Praxis.....	6
<i>Sección Primera: El acto médico y su buena práctica.</i>	7
Conceptualización del acto médico.....	9
Elementos y Principios del Acto Médico.....	15
Requisitos para ejercer como profesional en medicina.....	18
Obligación de medios.....	26
Tipos de Acto Médico.....	30
<i>Sección Segunda: Lex Artis Ad Hoc.</i>	34
<i>Sección Tercera: Mala Praxis Médica.</i>	42
<i>Sección Cuarta: Iatrogenia.</i>	46
Conceptualización.....	46
La Iatrogenia dentro de la Teoría de la Imputación Objetiva.....	55
Capítulo Segundo: Fundamentos del Consentimiento Informado.....	58
<i>Sección Primera: La Dignidad Humana como elemento de tutela fundamental.</i>	59
Conceptualización.....	59
Bioética y Derechos Humanos, su relación con la Dignidad Humana.....	65
Tutela a la dignidad humana en la normativa y jurisprudencia costarricense.....	75
<i>Sección Segunda: Noción histórica del Consentimiento Informado.</i>	85

Inicios de la ciencia médica y periodo paternalista de la relación médico-paciente.....	85
Antecedentes del Consentimiento Informado. Sistema Norteamericano- Estados Unidos de América.....	90
Regulación del Consentimiento informado, posterior a la Segunda Guerra Mundial.....	94
Etapas del Consentimiento Informado en la Práctica Médica.....	101
<i>Sección Tercera: El consentimiento informado en los procedimientos médicos y su relación con los Derechos Humanos.</i>	106
Concepto del Consentimiento informado.....	106
Fundamentación Ética y Naturaleza Jurídica del Consentimiento Informado.	119
Consentimiento informado y los derechos humanos.....	130
<i>Sección Cuarta: Principal Regulación Nacional respecto del Consentimiento Informado en la práctica médica.</i>	132
Códigos y Leyes.....	135
Reglamentos y el Consentimiento Informado.....	138
Normativa del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica.	144
Capítulo Tercero: El consentimiento informado y su acción sustancial en la práctica médica.	146
<i>Sección Primera: Presupuestos del consentimiento informado.</i>	146
Elementos básicos del consentimiento informado.	146
Contenido y límites del Consentimiento Informado	150
Titularidad y Legitimidad para brindar el Consentimiento informado.	166
Momento para proporcionar el consentimiento informado.....	202
Forma del Proceso del Consentimiento informado.	205
<i>Sección Tercera: Ausencia del consentimiento informado.</i>	215
Omisión del proceso informativo por parte del médico y no anuencia del paciente al procedimiento.....	215
Capítulo Cuarto: La Responsabilidad Médica deviniente de la carencia de consentimiento informado.	222
<i>Sección Primera: Concepto y nociones básicas en torno a la Responsabilidad Profesional Médica</i>	223
Importancia de la Responsabilidad médica en su actuar.	226
Presupuestos Jurídicos para la configuración de la Responsabilidad Profesional Médica.....	228

<i>Sección Segunda: Responsabilidad Gremial en el ejercicio de los actos médicos.</i>	232
Conceptualización.....	232
Principales Generalidades de la Ética Médica.	235
Responsabilidad Ética del Médico Costarricense y su relación con la Ausencia del Consentimiento informado.....	238
Supuesto de Resultados Iatrogénicos y falta del Consentimiento Informado ante la Responsabilidad Gremial	243
<i>Sección Tercera: Responsabilidad Civil en el ejercicio de los actos médicos.</i>	244
Concepto	244
Elementos de la Responsabilidad Civil.....	248
Tipos de Responsabilidad Civil	251
Responsabilidad Civil en los Profesionales en Medicina.....	255
Supuesto de Resultados Iatrogénicos y falta del Consentimiento Informado ante la Responsabilidad Civil	262
<i>Sección Cuarta: Responsabilidad Penal en el ejercicio de los actos médicos.</i>	264
Concepto	264
Responsabilidad por Dolo y Responsabilidad por Culpa.....	265
Delitos que pueden generar responsabilidad profesional médica.	271
Supuesto de Resultados Iatrogénicos y falta del Consentimiento Informado ante la Responsabilidad Penal	276
<i>Sección Quinta: Responsabilidad objetiva del Estado y su aplicación a la prestación de los servicios médicos de salud pública.</i>	281
Concepto de Responsabilidad Administrativa.	281
Responsabilidad Extracontractual y Objetiva del Estado.	286
Funcionamiento Normal y Anormal en la Prestación de Servicios Médicos.	293
Supuesto de Resultados Iatrogénicos y falta del Consentimiento Informado ante la Responsabilidad Objetiva del Estado.....	297
<i>Sección Sexta: Carga de la prueba ante las autoridades judiciales.</i>	298
Capítulo Quinto: Análisis Jurisprudencial Comparativo en torno a la solución de casos nacionales y españoles.	306
<i>Sección Primera: Análisis de casos en la jurisprudencia costarricense.</i>	307

Resolución 1102-F-S1-2010 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.....	307
Resolución 0016-2012 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda	316
Resolución 0138-2012 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Séptima.	327
<i>Sección Segunda: Análisis de casos en la jurisprudencia Española.</i>	<i>336</i>
Caso Civil: Resolución No. 9 del dieciséis de enero del 2012 del Juzgado de Primera Instancia Número 50 de Madrid.	336
Caso Civil: Resolución No. STS 8738-2012, del veinte de noviembre del 2012, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Cuarta de Madrid.....	343
Caso Contencioso Administrativo: Resolución No.EDJ-2010/140122, del veintinueve de junio del 2010, de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Madrid.	349
Caso Contencioso Administrativo: Resolución No. EDJ-2009/240017 del dieciséis de setiembre del 2009, de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Madrid.	355
Caso Constitucional: Resolución No. 37/2011 del veintiocho de marzo del 2011, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional.	364
<i>Sección Tercera: Estudio de Derecho comparado: jurisprudencia de España y Costa Rica frente al Consentimiento Informado.</i>	<i>372</i>
Conclusiones y Recomendaciones.	376
Conclusiones.	376
Recomendaciones.....	380
Referencias.....	383
Anexos.	408
<i>Anexo I: Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social.</i>	<i>409</i>
<i>Anexo II: Formulario del Consentimiento informado de la Caja Costarricense de Seguro Social. </i>	<i>429</i>
<i>Anexo III: Formulario del Consentimiento Informado de Hospital Privado de Costa Rica.</i>	<i>432</i>
<i>Anexo IV: Encuestas realizadas, a pacientes en referencia al Consentimiento Informado.</i>	<i>438</i>

Resumen Ejecutivo

El tema de la responsabilidad y el daño indemnizable derivado de no proporcionar información adecuada al paciente o la falta de obtención del consentimiento del paciente para la realización de un procedimiento médico determinado, son temas de gran relevancia dentro del mundo moderno. Esto en el tanto existe una nueva visión humanista y garantista de derechos fundamentales que es ampliamente perseguida por la sociedad, quien vela por su exigencia. Asimismo, toda persona en algún momento de su vida, tendrá que ser usuaria del sistema de salud, ya sea público o privado, por lo que es de vital importancia el procurar atención a los elementos que integran su adecuada prestación, dentro de los que destaca el Consentimiento Informado, tema de la presente investigación.

Primeramente, se realiza un abordaje al tema de la práctica médica, conceptualizando en qué consiste la buena práctica médica y realizando un enfoque a la —*Ex Artis Ad Hoc*”, como máximas por seguir por los galenos. De igual forma, se estudia el tema de la Mala Práctica Médica y se analiza, igualmente, la figura de la —*Atrogenia*”, estudiando su configuración como resultado inevitable de un buen ejercicio médico.

En un segundo nivel se analiza la figura del Consentimiento Informado. En este aspecto, primeramente, se determina su origen a partir de la figura de la Dignidad Humana y su relevancia como elemento de tutela fundamental. Se estudia su carácter histórico y la importancia que adquiere en la práctica médica como elemento obligatorio a nivel de Derechos Humanos a modo de garantía. Se hace referencia a su ubicación dentro del ordenamiento jurídico y la normativa que le regula. Asimismo, se examina cuáles son sus presupuestos fundamentales, así como los supuestos en los que existe una omisión o ausencia del Consentimiento informado.

Vinculando los dos temas anteriores, se realiza un estudio en lo que refiere al tema de Responsabilidad Médica. Se aborda, primeramente, su concepto y las nociones básicas, para posteriormente, determinar sus derivaciones en: Responsabilidad Gremial, Civil, Penal y Administrativo. Estableciendo sus conceptos, elementos y normativa; además se analiza ante ellos el caso de la falta de consentimiento informado en un supuesto de resultados iatrogénicos, a fin de determinar si existe responsabilidad.

Consecutivamente a ello, se realiza un análisis comparativo de resolución de casos a nivel judicial entre Costa Rica y España, donde se hace una referencia al trasfondo de los casos en concreto, el análisis que se le hizo a nivel judicial, consideraciones al respecto y un contraste entre lo destacado en ambas jurisdicciones.

Finalmente, se realizan una serie de conclusiones y recomendaciones de la investigación, donde se busca brindar un aporte a lo referente al tema, destacando nuevamente la importancia de éste y buscando brindar un análisis crítico en lo que le concierne.

Ficha bibliográfica

Barquero Morera, Andrés José y León Villalobos, Valeria. *—El Consentimiento Informado dentro de la práctica médica asistencial como elemento fundamental de la Lex Artis Ad Hoc y su ausencia como generadora de Responsabilidad Médica—*. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2015. Xi y 439.

Director: Dr. Franz Vega Zuñiga.

Palabras claves: acto médico, Lex Artis hoc, consentimiento informado, iatrogenia y responsabilidad médica.

Introducción

En Costa Rica el Derecho a la Salud está tutelado en la Constitución Política Costarricense en sus artículos 21 y 50, así como en una serie de normativa que garantiza su protección y acceso, entre la que se puede mencionar: Código Civil, Código de Familia, Código Procesal Penal, Código de Ética Médica, Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica asistencial de la Caja Costarricense de Seguro Social, entre otros. El bienestar integral de la población deviene de este primer aspecto, el cual es imprescindible, siendo su tutela y estudio necesarios. La práctica médica es uno de los medios en los que se ve manifiesto el acceso a este derecho, tanto en su prestación pública como privada.

Dentro de esta práctica médica, la figura del Consentimiento Informado es de suma importancia, en el tanto supone la manifestación de voluntad del paciente respecto de ser sujeto de una intervención a fin de brindarle tratamiento a una dolencia, parte del ejercicio de autonomía de voluntad, siendo, entonces, una extensión de este Derecho Fundamental. Es un derecho para el paciente, como una obligación para el galeno que lo atienda.

El consentimiento informado ha sido, en este sentido, ampliamente estudiado respecto de su inherencia dentro de la mala práctica médica. No obstante, no ha sido analizado en el supuesto en el que en determinada intervención se carezca de este requisito en una práctica profesional acorde con la Lex Artis Médica. Existe un vacío legal por determinar si esta carencia llega a suponer una mala práctica médica o una falta al deber de cuidado, así como la responsabilidad que acarrea al médico y la posible acción penal, civil o administrativa de parte del supuesto ofendido o de sus familiares.

Es también, importante a efectos de la presente investigación la figura de la iatrogenia, entendiendo ésta como la producción de un resultado gravoso, ya fuera previsible o imprevisible, como consecuencia de un acto médico realizado de conformidad

con la Lex Artis Médica, siendo producido en razón de características propias del paciente o del entorno en la ejecución de la intervención. Será la carencia del consentimiento informado en estos supuestos en específico lo que será estudiado como posible generador de responsabilidad.

Cabe destacar que en las ciencias jurídicas a nivel internacional como nacional, en sus diversas fuentes de derecho normativo, doctrinal y jurisprudencial no se encuentra ningún criterio jurídico concreto al respecto. En este sentido, los profesionales en derecho no han aprovechado los alcances de este tema, el cual es primordial como instrumento legal para garantizar un real Derecho Fundamental a la Salud.

En razón de lo anterior, el objetivo general de la presente investigación radica en:

—Determinar si el acto médico llevado a cabo en ausencia de consentimiento informado es constitutivo de una falta al deber de cuidado, que genere responsabilidad.”

En concordancia a ello, como objetivos específicos se tienen:

I. Estudiar el acto médico como fundamento de la práctica médica y la figura de la iatrogenia como una manifestación esperable acorde a la Lex Artis Ad Hoc.

II. Analizar el consentimiento informado como elemento fundamental de la práctica médica.

III. Analizar en forma general la responsabilidad médica en el ámbito gremial, civil, penal y administrativo.

IV. Realizar un análisis de jurisprudencia comparada, respecto de la jurisprudencia nacional y la española en la resolución de casos donde se haya prescindido del consentimiento informado.

V. Conocer la perspectiva de algunos usuarios de distintos servicios médicos acerca del Consentimiento Informado.

A partir de lo anterior, la hipótesis que se formula es:

“La ausencia del consentimiento informado genera responsabilidad médica.”

La comprobación de los anteriores pilares parte de modelo híbrido cualitativo de metodología, el cual se basa en un estudio esencialmente exploratorio y analítico del tema de la ausencia del consentimiento informado en la buena práctica médica como posible generador de responsabilidad del profesional en ciencias de la salud; utilizando elementos descriptivos, correlacionales y explicativos.

Para la comprobación de la hipótesis que se señala, se aplica fundamentalmente el método documental deductivo, partiendo de aspectos generales, teóricos e históricos del consentimiento informado en la buena práctica médica, hasta llegar a la regulación y aplicación de éste en una posible responsabilidad médica.

Asimismo, se utiliza el método comparativo con miras para determinar los controles encontrados a nivel jurisprudencial en relación con España. Para realizar comparaciones fundadas y encontrar soluciones aplicables al plano nacional.

También, se utilizan métodos empíricos para el conocimiento de los hechos y como medio para la obtención de la percepción del profesional en la salud y de la sociedad civil del tema en estudio; específicamente, se utilizarán entrevistas informales cerradas, tanto a pacientes como a funcionarios experimentados. En el caso de los pacientes se les consultará si antes de un procedimiento médico se les solicitó su consentimiento informado y cuáles fueron los medios para proporcionárselo; en cuanto a los especialistas se les solicitará que indiquen si dotan a los pacientes de la información necesaria para que autoricen un procedimiento médico determinado.

La estructuración, a fin de abarcar los objetivos planteados, consta de cinco capítulos. El primero de ellos se titula *—La Lex Artis Médica en su función reguladora de la realización del Acto Médico y la Iatrogenia como un resultado esperable ajeno a la Mala Praxis—*. Este resulta un estudio del acto médico y su correlación con la Lex Artis Ad Hoc, relacionándose, asimismo, con el concepto de la Mala Praxis Médica y la figura de la Iatrogenia. Busca conceptualizarse doctrinaria, jurisprudencial y normativamente, señalando sus elementos característicos.

El segundo capítulo se titula *—Fundamentos del Consentimiento Informado—*. En este capítulo, se parte de un análisis de la Dignidad Humana como elemento de tutela fundamental y deviene en un estudio conceptual e histórico de la figura del Consentimiento Informado, estableciendo su relación con los Derechos Fundamentales y haciendo hincapié en la principal normativa nacional que se le relacione.

El tercer capítulo, bajo el título *—El consentimiento informado y su acción sustancial en la práctica médica—*, continúa el análisis en torno a esta figura. Primeramente, analiza los presupuestos necesarios para la configuración adecuada del Consentimiento Informado, analizando los supuestos en los que deba hacerse alguna consideración especial. De seguido se estudia la ausencia de dicha figura, entendiéndose como la omisión de quien preste el servicio médico y los efectos que éste tiene sobre el paciente.

El cuarto capítulo se titula *—La Responsabilidad Médica deviniente de la carencia de consentimiento informado—*. En éste, primeramente, se analizan el concepto y las nociones básicas referentes a la responsabilidad profesional médica, posteriormente, estudiando su aplicación a nivel gremial, civil, penal y administrativo. Pasando consecutivamente a determinar cuál parte dentro del proceso judicial (médico o el paciente), poseen la carga de la prueba para determinar dicha responsabilidad.

El quinto capítulo se desarrolla con el título de *—Análisis Jurisprudencial Comparativo en torno a la solución de casos nacionales y españoles—*. Hace un estudio de casos que contengan el supuesto en estudio, tanto de la jurisprudencia nacional como en la española. Se realiza una descripción del trasfondo de cada uno de los casos, las interpretaciones a nivel judicial y, posteriormente, comentarios de cada reseña. Consecutivamente, se realiza un análisis comparativo entre lo referido en las jurisprudencias de ambos países.

Finalmente, como corolario, se extraen una serie de conclusiones y recomendaciones, surgidas con ocasión de lo estudiado en el recorrido de los objetivos planteados. Se busca ofrecer un panorama en torno a las comprobaciones y los hallazgos, ofreciendo, asimismo, una serie de críticas en torno a la utilización de la figura del Consentimiento Informado en la cotidianeidad del país.

Capítulo Primero: La Lex Artis Médica en su función reguladora de la realización del Acto Médico y la Iatrogenia como un resultado esperable ajeno a la Mala Praxis.

El presente capítulo pretende mostrar las nociones elementales para entender el acto médico, la Lex Artis Médica y la manifestación de la iatrogenia en la práctica médica. Se encuentra dividido en cuatro secciones que buscan esclarecer parte de los elementos primordiales que componen la investigación.

La primera sección se titula "*El acto médico y su buena práctica*" y aborda conceptos y elementos del acto médico como tal, explicando las clasificaciones que devienen de éste y resaltando su carácter de obligación de medios. Asimismo, se elaboran consideraciones respecto de la figura del profesional en medicina y los requisitos para que éste pueda ejercer su labor en nuestro país.

La segunda sección se titula "*Lex Artis Ad Hoc*" y explica la figura de la ley del arte como un elemento fundamental de la buena práctica médica, conceptualizándole y explicando los criterios valorativos que de ella devengan.

La tercera sección se titula "*Mala Praxis Médica*", la cual conceptualiza y caracteriza a la mala práctica realizada por un profesional en medicina, aclarando los supuestos requeridos para su configuración.

La cuarta sección se titula "*Iatrogenia*" y elabora una noción en torno a la figura, señalando sus primordiales elementos característicos, así como las interpretaciones que ha realizado la doctrina y la jurisprudencia. Asimismo, se analizan las diversas incidencias en la figura dentro de la Teoría de la Imputación Objetiva

Sección Primera: El acto médico y su buena práctica.

Durante el siglo V a.C, época del periodo clásico de la civilización griega, caracterizada por su devoción a los elementos religiosos de su cotidianidad; se efectuó una separación de los actos médicos de los propios de dicha adoración, convirtiendo los primeros en un arte de la curación, con carácter clínico y no mágico, humanizado y racionalizado; todo esto gracias a los grandes aportes de Hipócrates médico de la época.

De la tradición y enseñanzas de Hipócrates surge el “*Juramento Hipocrático*”, el cual ha sido el máximo referente de contenido ético para los profesionales de la salud; actualmente, es el medio por el cual se juramentan los diversos profesionales en las numerosas ramas de la medicina antes de poder iniciar sus labores como profesionales. El juramento se realiza ante la sociedad y sus iguales, con la finalidad de orientar el carácter de su oficio, establecer responsabilidades y la conciencia de la cualidad humana de los sujetos de su labor. Este establece:

Juro por Apolo, médico, por Esculapio, Higías y Panacea y pongo por testigos a todos los dioses y diosas, de que he de observar el siguiente juramento, que me obligo a cumplir en cuanto ofrezco, poniendo en tal empeño todas mis fuerzas y mi inteligencia.

Tributaré a mi maestro de Medicina el mismo respeto que a los autores de mis días, partiré con ellos mi fortuna y los socorreré si lo necesitaren; trataré a sus hijos como a mis hermanos y si quieren aprender la ciencia, se la enseñaré desinteresadamente y sin ningún género de recompensa.

Instruiré con preceptos, lecciones orales y demás modos de enseñanza a mis hijos, a los de mi maestro y a los

discípulos que se me unan bajo el convenio y juramento que determine la ley médica, y a nadie más.

Estableceré el régimen de los enfermos de la manera que les sea más provechosa según mis facultades y a mí entender, evitando todo mal y toda injusticia. No accederé a pretensiones que busquen la administración de venenos, ni sugeriré a nadie cosa semejante; me abstendré de aplicar a las mujeres pesarios abortivos.

Pasaré mi vida y ejerceré mi profesión con inocencia y pureza. No ejecutaré la talla, dejando tal operación a los que se dedican a practicarla.

En cualquier casa donde entre, no llevaré otro objetivo que el bien de los enfermos; mi libraré de cometer voluntariamente faltas injuriosas o acciones corruptoras y evitaré sobre todo la seducción de mujeres u hombres, libres o esclavos.

Guardaré secreto sobre lo que oiga y vea en la sociedad por razón de mi ejercicio y que no sea indispensable divulgar, sea o no del dominio de mi profesión, considerando como un deber el ser discreto en tales casos.

Si observo con fidelidad este juramento, séame concedido gozar felizmente mi vida y mi profesión, honrado siempre entre los hombres; si lo quebranto y soy perjuro, caiga sobre mí la suerte contraria.¹

¹ Hipócrates. (n.d.) *Juramento Hipocrático*, Versión del griego traducida por Briceño Jáuregui, M, Red de Salud de Cuba. Obtenido el día 10 de septiembre de 2014 de http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/bmn/hipoc_jur.pdf

Cabe resaltar de este texto, su connotación mayormente ética asociada no solo al cumplimiento del rol como profesional en medicina, sino abordando su carácter de discípulo, colega y maestro. Introduce, además elementos de justicia, donde se parte del supuesto que quien vaya a ejercer la profesión médica, va a actuar bajo lineamientos siempre en pro del beneficio de sus pacientes, buscando garantizar la mejor solución que su conocimiento le permita aportar y manteniendo una garantía de privacidad en la relación.

El juramento planteado por Hipócrates se ha seguido utilizando a lo largo de la historia, sufriendo cambios paulatinos en su contenido, pero manteniendo su esencia, que vincula al nuevo galeno a un sentido de responsabilidad, tanto en el cumplimiento de su labor, como en los daños que surjan por su práctica defectuosa o inadecuada. De esta forma, el mencionado juramento resulta la base del servicio médico, siendo la norma que le da origen y sentido.

En la sociedad contemporánea, ese servicio médico resulta indispensable para un adecuado acceso y ejercicio del Derecho a la salud, siendo que, primeramente, el estudio conceptual del acto médico como tal, así como de sus elementos y figuras inherentes, resultan primordiales como referencia en la presente investigación.

Conceptualización del acto médico.

Para el abordaje idóneo del concepto de acto médico, es fundamental, en primer lugar, definir lo que se entenderá por medicina, la cual, según los autores León Barua y Berendson Seminario consiste en *—el conjunto de conceptos, procedimientos y recursos materiales, con los que se busca prevenir y curar las enfermedades.*”².

² León Barua, R. & Berendson Seminario, R. (1996) “*Medicina Teórica. Definición de la medicina y su relación con la biología*”, Revista Médica Herediana, 7:(1-3). Obtenido el día el 24 de junio de 2014 de <http://www.scielo.org.pe/pdf/rmh/v7n1/v7n1e1.pdf>

Se proporciona una visión amplia del concepto de medicina, de la que se concluye que es un medio que busca el alcance y protección del derecho a la salud. Esto lo realiza mediante dos tipos de funciones, una preventiva, en la que se estudian las diversas enfermedades y epidemias para la búsqueda de tratamientos de curación y prevenir dichos padecimientos; y en segundo lugar, una función curativa que consiste en la atención de seres humanos para el restablecimiento de su estado original de salud. No puede dejarse de lado que dichas funciones se encuentran supeditadas a cambios evolutivos a nivel de condiciones socioeconómicas y ambientales del espacio geográfico en que se desarrolle.

En la misma línea de análisis, el autor Cabanellas de Torres, define a la vez médico como *—quien legalmente autorizado, por los estudios hechos y el título obtenido, puede ejercer la medicina; el arte y ciencia de evitar las enfermedades, y curarlas o combatirlas”*³. Por lo tanto, se considera médico a aquel sujeto primordial dentro de la medicina, en quien recae la responsabilidad de tratar los padecimientos que sufra la comunidad en la que decida desarrollarse, a partir de los estudios que haya realizado. También, debe desarrollar técnicas adecuadas que faciliten su función. Como se dijo, la medicina es una materia en constante evolución, por lo que el conocimiento de los galenos debe mantenerse actualizado.

Todas las funciones indicadas anteriormente, permiten introducir lo que es el acto médico. Una de las primeras definiciones de este concepto fue efectuada en el año 1898. Al respecto señala:

—STOOSS entiende por tratamiento médico la acción beneficiosa para la salud de la persona ejercida sobre su cuerpo, pero entiende también no solo acciones meramente terapéuticas, sino de prevención, exploración y cuidados.

³Cabanellas de Torres, G. (2008), *Diccionario jurídico elemental*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta (19ª ed), p. 240.

Así lo define en sentido negativo: «No constituye tratamiento cuando no se realiza en interés de la salud y del bienestar corporal o psíquico de la persona sobre la que se actúa.»⁴

De esta primera interpretación es importante señalar que el acto médico no consiste solo en el hecho de brindar tratamiento, sino que también, incluye las acciones preventivas, como los exámenes médicos y la vacunación; exploración, es decir, investigación científica de las enfermedades; y el cuidado posterior al tratamiento. Además, todo esto debe ir dirigido al bienestar integral del paciente, tanto en el aspecto corporal como psíquico. Es importante resaltar en esta definición, que aquellas acciones que no posean dicha finalidad, no podrían constituirse como actos médicos en sentido estricto.

De manera más reciente, se ofrecen las siguientes definiciones, por ejemplo: *«El Comité de Expertos en Problemas Legales del Consejo de Europa adoptó la siguiente definición; toda clase de tratamiento, intervención o examen con fines diagnósticos, profilácticos, terapéuticos o de rehabilitación llevados a cabo por un médico o bajo su responsabilidad.»⁵*

Más actualizada aún es la proporcionada por la Unión Europea de Médicos Especialistas, según la cual acto médico es *«El conjunto de pasos efectuados en todos los campos de la salud, exclusivamente por un licenciado en medicina, con vistas a formular un diagnóstico, seguido, si es necesario, de la aplicación de acciones médicas, terapéuticas o preventivas.»⁶*

⁴ Gisbert Calabuig, J. A. & Villanueva Cañas, E. (2004), *“Medicina legal y toxicología”*. Barcelona, España: Editorial Masson (6ªed.), p 57.

⁵ Gisbert Calabuig, J. A. & Villanueva Cañas, E. *Ibid.*, p 57.

⁶ Gisbert Calabuig, J. A. & Villanueva Cañas, E. *Ibid.*, p 57.

Se denota una evolución del primer concepto aportado, en el tanto se brinda una referencia más específica, en la que se incluyen todas las etapas o pasos que lleven al diagnóstico del paciente, así como el tratamiento o atención que se decida dar a partir del resultado. Es decir, todas las acciones que sean parte del quehacer médico. Asimismo, se resalta el hecho de la necesaria realización por un profesional en medicina, debidamente certificado como tal. En el caso de Costa Rica, además del título universitario que acredite dicha condición, se necesita que se encuentre incorporado al Colegio de Médicos y Cirujanos.

Una definición más completa puede obtenerse en la doctrina nacional, como la aportada por el Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, el cual indica:

Es el acto en el cual se concreta la relación médico-paciente. Es un acto complejo, personal, libre y responsable, efectuado por el profesional médico, con conocimientos, destrezas y actitudes óptimas, legalmente autorizado y en beneficio del paciente asumiendo el valor fundamental de la vida desde el momento de la fecundación hasta su muerte natural y respetando la dignidad de la persona humana, tanto de quien lo ejecuta como de quien lo recibe.

El acto médico comprende la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad, su diagnóstico y tratamiento, rehabilitación y cuidados hasta el ocaso de la vida.

Incluye también toda acción o disposición que realice el médico en los campos de la enseñanza, la investigación y la administración, ya sea en su condición de director,

*asistente, docente, especialista, investigador, administrador, consultor, auditor, juez u otros. Todo lo anterior, en lo posible, debidamente registrado y documentado.*⁷

En la definición anterior, se añaden nuevos elementos del acto médico, en donde lo extiende a otras actividades que el profesional en medicina puede desarrollar, como la docencia, la investigación y la administración. Así mismo, se rescata la necesidad del resguardo de la vida y la dignidad humana como derechos fundamentales, por lo que debe tratarse de un acto libre, personal y responsable; lo que hace necesario verdaderas destrezas y actitudes para el médico.

Por otro lado, dentro de la jurisprudencia nacional, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, se ha referido al tema de la siguiente forma:

*(...) 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 estos. Es un acto complejo que implica conocimiento científico, para saber el fin que se quiere lograr y las posibles consecuencias.*⁸

⁷Vega Zúñiga, F. (2009) —*Consideraciones Jurídicas y Médico Legales en torno a la Definición de Acto Médico emitida por el Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica*”, en Sesión Ordinaria 2008.07.23, mediante Acuerdo Sjg.7783.08.08. *Medicina Legal de Costa Rica*, 26 (1). Obtenido el día 22 de septiembre de 2014 de: http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152009000100006

⁸Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 875-2007 de las ocho horas del catorce de diciembre del dos mil siete.

Interesa rescatar de la definición aportada por la Sala Primera, que coincide en elementos frecuentes con las definiciones anteriores, como lo es el enfoque a la atención integral y la complejidad del acto. Entiende que el acto médico existe en cada momento de la prestación del servicio, así como la necesidad de que éste surja de un adecuado conocimiento científico por parte del profesional en medicina.

Con base en las referencias anteriores, se entiende, entonces, por acto médico el conjunto de acciones u omisiones realizadas por un profesional en medicina, o por su equipo de trabajo, bajo responsabilidad personal; en cada una de las etapas de atención a un paciente, lo que incluye, según se ha visto, desde la promoción, prevención, e investigación de las enfermedades, hasta su diagnóstico, tratamiento y rehabilitación; enfocados en la búsqueda de garantizar el derecho a la salud, resguardando la dignidad del ser humano de una mejora a su salud. Asimismo, se llega a considerar como acto médico las acciones de investigación, docencia y administración que lleve a cabo el especialista.

A manera de ejemplo, constituyen actos médicos, la atención de los pacientes, el diagnóstico de las enfermedades, la consignación en el expediente médico de los procedimientos realizados, las investigaciones relacionadas con el estudio de problemas médicos, la explicación al paciente de las enfermedades que presenta, así como los procedimientos quirúrgicos a los que será sometido, el consentimiento informado del usuario para la realización de estos, entre otros.

Ahora bien, teniendo claro el concepto del acto médico, es importante hacer referencia a los elementos que le constituyen, así como a los principios rectores desde los que debe orientarse.

Elementos y Principios del Acto Médico

En relación con los elementos constitutivos del acto médico, el autor Lombana Villalba hace referencia a estos, al resaltar en su texto:

A partir de esta definición MARTÍNEZ CALCERRADA señala la existencia de cuatro elementos del acto médico: la profesionalidad del acto, representada por la intervención de un médico titulado; su ejecución regular o típica, es decir, de acuerdo a las reglas de la Lex Artis; el objeto sobre el cual recae, en este caso el cuerpo humano; su finalidad directa que es la curación e indirecta que es el bienestar del afectado o la salud pública; y por último, su licitud, la cual viene condicionada por la legitimidad de su autor, la licitud de la finalidad que persigue, su realización con consentimiento del paciente y su ajuste general a la legalidad.⁹

Estos elementos vienen a reafirmar los presupuestos elaborados anteriormente a modo de conceptualización, permitiendo interpretar que sus requerimientos, serán, entonces, los siguientes:

- Ser realizado por un sujeto con legitimación para ejercer la actividad médica; entendido como un especialista titulado en dicha área de la ciencia y que cuente con los requisitos para el ejercicio de la profesión.

- Ser ejecutado bajo los parámetros de la Lex Artis.

⁹Lombana Villalba, J. (2007), “Derecho Penal y Responsabilidad Médica”. Medellín, Colombia, Editorial Diké, (1ªed.), p 53.

- Tener como objeto del acto médico el ser humano, comprendido de forma integral, tanto en su corporalidad como en su aspecto psicológico.
- Tener como finalidad la curación de los pacientes y proporcionar el bienestar a las personas que sufran una enfermedad.
- Existencia de licitud del acto efectuado, siendo realizado bajo el acato de las normas jurídicas nacionales e internacionales dictadas para su ejecución.

De lo anterior, es importante señalar que el requisito de profesionalidad implica no solo la necesidad de conocimientos técnicos, sino la presencia de un título académico que otorgue el carácter de médico y la adecuada autorización del Estado para su ejercicio, como se ha dicho antes en el caso de Costa Rica, la incorporación al Colegio de Médicos y Cirujanos. Así mismo, se establece que debe ser un ejercicio regular, de conformidad con los conocimientos adecuados aplicados a un caso concreto que es reflejado en la figura del paciente, a quien se le debe atender bajo la finalidad de garantizarle un adecuado acceso a la salud y protección a su dignidad humana.

Todos estos elementos permitirán definir la licitud del acto, el cual es un elemento indispensable para su validez, ya que éste existirá en el tanto haya legitimidad de parte de quien vaya a realizar el acto médico y mientras actúe de conformidad a lo que sus conocimientos científicos indiquen, con la debida autorización del paciente, en pro del beneficio a su salud y bajo la normativa jurídica- técnica establecida para éste.

Dentro de este esquema de legalidad del acto, se ha establecido una serie de principios indispensables en la ejecución de la actividad médica, desarrollados a partir de la

doctrina bioética norteamericana, los cuales pueden ser sintetizados de la siguiente manera, con base en el planteamiento de Lombana¹⁰:

- *Principio de no maleficencia*: todas las personas deben ser tratadas con el mismo respeto y consideración en el orden físico y psíquico. Este principio se encuentra dividido en cuatro reglas: No se debe causar mal o daño; se debe prevenir el mal o el daño; se debe eliminar el mal o el daño y se debe promover el bien.
- *Principio de justicia*: todas las personas deben ser tratadas con el mismo respeto y consideración en el orden social. Implica que se debe procurar igualdad de oportunidades en el acceso a la atención sanitaria, así como una distribución equitativa de recursos sanitarios.
- *Principio de beneficencia*: todos deben hacer el bien, procurando reducir al mínimo los riesgos previsibles. Genera cinco obligaciones: proteger y defender los derechos de los demás, evitar los daños a otros, eliminar aquello que pueda causar daño a otros, ayudar a las personas discapacitadas y salvar a las personas en peligro.
- *Principio de autonomía*: todas las personas capaces de tomar decisiones por sí mismos en relación con lo que afecta su modo de vida deben ser considerados para la toma de éstas. Genera cinco reglas: decir la verdad, respetar la privacidad de los otros, proteger la confidencialidad de la información, obtener el consentimiento para intervenir a los pacientes y ayudar en la toma de decisiones importantes.

Estos principios establecen máximas de carácter ético que orientan la prestación del acto médico hacia la mejora de la salud de la comunidad. Denotan la búsqueda de un enfoque equitativo en el alcance de la prestación de servicios, siendo que hay un amplio enfoque hacia el trato justo y equitativo para la población que lo solicite. También, buscan

¹⁰ Lombana Villalba, J. *Ibíd.*, p 56.

garantizar un adecuado ejercicio de la profesión donde se trate de satisfacer las necesidades de la forma más beneficiosa posible, evitando la realización de daños innecesarios.

Es importante resaltar particularmente el principio de autonomía, en el tanto éste es un precepto que involucra la participación del paciente como objeto del acto médico, considerando su opinión o la de sus representantes, en lo que refiera a la toma de decisiones que vayan a afectar su estilo de vida. Esto denota la humanización de éste y la tutela de su derecho a la salud y la integridad corporal, permitiéndole tener opinión previa a acciones que vayan a afectar esta área de su vida y, principalmente, una garantía al derecho del respeto a la dignidad humana.

Quedando claro los elementos configurativos del acto médico y sus principios rectores, es importante analizar los requisitos indispensables para el ejercicio profesional en medicina, como elemento de gran relevancia para la configuración del acto médico.

Requisitos para ejercer como profesional en medicina.

Para el ejercicio correcto y legal del profesional en medicina, el galeno debe cumplir con una serie de requisitos legales y éticos; de carácter obligatorio. Deben ser obedecidos como medio para la prestación de sus servicios. Estas exigencias en todo momento se encuentran entrelazadas y no se podrían presentar en forma individual; ya que como se expondrá más adelante el médico debe cumplir, tanto con normativa jurídica como ética en su función.

Uno de los elementos principales se encuentra en la legitimidad del sujeto que realiza el acto para su validez y que se encuentre acorde con una buena práctica; es necesario que sea ejecutado por un profesional en medicina debidamente titulado y autorizado para ejercer la profesión. Dichos requisitos nacen a partir de la necesidad a nivel internacional

de regular la actividad de las diversas personas que realizan actividades médicas, ya que no se puede dejar de lado que ésta provoca una afectación directa a la salud pública.

Por ello, desde tiempos antiguos por ejemplo con el Código de Núremberg de 1947 y la Declaración de Ginebra- Asociación Médica Mundial adoptada en setiembre de 1948, se empiezan a regular a nivel internacional el actuar médico, el cual, además de ser autorizado anteriormente se debe basar en normas de la buena práctica médica, éticas y jurídicas.

Un claro ejemplo se puede apreciar en el caso de Costa Rica, en la cual un profesional en medicina debe ajustarse a una serie de requerimientos normativos, que son regulados en la Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos, dado que es necesario encontrarse inscrito en dicho colegio para poder ejercer:

Artículo 4. Sin la previa inscripción en el Colegio de Médicos y Cirujanos, nadie podrá ejercer en el país las profesiones de médico y cirujano ni sus especialidades.

En cuanto a otros ramas dependientes de las ciencias médicas, como la Homeopatía, la Osteopatía, la Técnica Radiológica, la Fisioterapia, la Quinesioterapia, la Optometría, la Psicología Clínica y la Salud Pública, el Colegio de Médicos y Cirujanos autorizará su ejercicio, excepto para aquellas personas inscritas en dichas ramas en otros colegios profesionales.¹¹

¹¹Ley No. 3019 del 9 de agosto de 1962, denominada Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos, Artículo 4, Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, obtenido el 4 de junio del 2014 de <http://www.medicos.cr/web/documentos/Ley%20Org%C3%A1nica%20de%20Colegio%20de%20M%C3%A9dicos%20y%20Cirujanos>

Teniendo claro que para poder ejercer, hay una clara obligación de encontrarse inscrito en el Colegio, es importante señalar que para dicha incorporación se establecen como requisitos, los siguientes:

Artículo 7 Para obtener la inscripción en el Colegio, deberán llenarse los requisitos siguientes:

a) Presentar el título de la Universidad de Costa Rica o atestados de dicha Universidad en que conste que al solicitante se le han convalidado estudios hechos en otro país;

b) Satisfacer los derechos que señale la Junta de Gobierno del Colegio;

c) Aportar constancia fehaciente de haber observado buena conducta.

d) Comprobar que se ha residido en el país antes o después de haber realizado los estudios profesionales;

e) Los extranjeros, además de llenar los requisitos anteriores, deberán comprobar que en su país de origen los costarricenses pueden ejercer la profesión en análogas circunstancias. Sin embargo, los médicos extranjeros con dos años o más de matrimonio con costarricense y que residan en el país, podrán obtener la inscripción en el Colegio cumpliendo con los requisitos exigidos para los costarricenses.

f) Haber hecho un año de internado en un hospital nacional o extranjero capacitado para tal fin, a juicio del Colegio de Médicos y Cirujanos y de la Facultad de Medicina, y

g) Haber desempeñado durante un año el Servicio Sanitario en el país.

Los requisitos señalados en los apartes c) y d) se comprobarán mediante información ad perpetuam con intervención del fiscal del Colegio.

No será aplicable lo dispuesto en los incisos d), e) y g) de este artículo a los médicos extranjeros que sean contratados por instituciones del Estado para prestar sus servicios en el país, quienes no podrán ejercer la profesión fuera de los contratos, pero una vez terminado el contrato con esas instituciones, para obtener su inscripción en el Colegio deberán los interesados llenar los requisitos de este artículo.

Los médicos extranjeros sólo podrán ser contratados cuando no hubiere médicos costarricenses dispuestos a prestar sus servicios en las condiciones requeridas por esas instituciones. En todo caso, debe hacerse previamente la revisión de atestados y capacitación por el Colegio de Médicos y Cirujanos o por la Facultad de Medicina de la Universidad de Costa Rica.¹²

Las exigencias mencionadas anteriormente se establecen a fin de ser incluidos los profesionales médicos dentro del Colegio, siendo que en el Reglamento a la Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos, se señalan los requerimientos para ser autorizado a

¹² Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos. Artículo 7, *Ibíd.*

ejercer por la Junta de Gobierno del Colegio, los cuales se encuentran regulados en el artículo 6 de dicho cuerpo normativo, el cual señala:

Artículo 6°- La solicitud de autorización deberá cumplir los siguientes requisitos:

a. Datos personales consignados en la fórmula que para tal efecto suministrará el Colegio.

b. Los nacionales deberán presentar su cédula de identidad y los extranjeros su pasaporte.

c. Fotos tamaño pasaporte, cuyo número fijará la Junta de Gobierno.

d. Presentar el original del título extendido por universidad nacional o extranjera. En este último caso el título deberá venir autenticado por las autoridades del país de origen, el Cónsul de Costa Rica en dicho país y el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República, quedando autorizada la Junta para verificar en la forma que considere conveniente la excelencia académica de la universidad extranjera.

e. Constancia fehaciente, a juicio de la Junta, de haber observado buena conducta.

En el caso de nacionales residentes en el extranjero o de extranjeros, deberán aportar el certificado de buena conducta del país en que han residido en los últimos cinco años, caso de ser imposible esa presentación la Junta queda facultada para exigir otro documento.

f. Expresar las razones por las que solicita la autorización.

g. Pagar los derechos que señale la Junta.

h. Cualquier otro requisito que solicite la Junta.

Esta documentación será presentada ante el Fiscal del Colegio, el cual la devolverá si no esta completa. Una vez completa la documentación el Fiscal la pondrá en conocimiento de la Junta para su estudio, trámite y resolución posterior.

La autorización será otorgada a juicio exclusivo de la Junta por un período no mayor de un año, pudiéndose renovar por períodos iguales a su vencimiento siempre a juicio de dicha Junta.¹³

Estos lineamientos formales de inscripción y autorización para poder ejercer la profesión, sirven como filtro para garantizar, que sean los profesionales en ejercicio, los más idóneos. Asimismo, es importante a efectos registrales, al permitir llevar un listado de los profesionales autorizados. Lo anterior, junto a la obligación de ser agremiado para poder ejercer, se da una garantía de fiscalización a las funciones, permitiendo que exista una entidad administrativa ante quien haya que responder como profesional y, por ende, quien podrá interponer eventuales sanciones por incumplimiento de éstas.

Es importante señalar, que los profesionales en medicina no solo deben sujetarse a los mencionados requisitos formales, sino que son sujeto, también, de los lineamientos establecidos en el Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos, el cual

¹³Decreto 23110-S denominado Reglamento a la Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos. Artículo 6, Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, obtenido el 4 de junio del 2014 de <http://www.medicos.cr/web/documentos/Normativa%20Legal/Reglamento%20a%20la%20Ley%20Org%C3%A1nica%20del%20Colegio%20de%20M%C3%A9dicos%20y%20Cirujanos.pdf>

establece una serie de pautas de carácter moral a la que deben sujetarse los galenos, como se puede denotar en su primer artículo:

Artículo 1. Las disposiciones del presente Código de Moral Médica, que podrá también denominarse Código de Ética Médica, se aplican a los médicos y cirujanos, profesionales afines y tecnólogos dependientes del Colegio debidamente autorizados para ejercer por el Colegio de Médicos y Cirujanos de la República de Costa Rica, y bajo ninguna circunstancia se podrá alegar su desconocimiento.¹⁴

Por lo tanto, hay que destacar que esta normativa, además de plantear una serie de principios y normas por seguir, para un adecuado ejercicio de la profesión en lo que refiere a elementos no técnicos, sino de trato, tanto con el paciente como con otros profesionales y el Colegio de Médicos y Cirujanos como institución; también sujeta a los galenos a otras normativas de carácter ético:

Artículo 10. El médico, en el ejercicio de la profesión, se obliga a cumplir lo estipulado en los principios éticos de:

- a) Juramento Hipocrático.*
- b) Declaración de Ginebra. Asociación Médica Mundial.*
- c) Código de Nuremberg.*
- d) Declaración Universal de los Derechos Humanos.*

¹⁴Decreto 35332-S, Código de Ética Médica. Artículo 1, Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, obtenido el 4 de junio del 2014 de <http://www.medicos.cr/web/documentos/codigomoralmdica.%20Final>.

e) *Declaración de Helsinki.*

f) *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos y los Derechos Humanos.*

g) *Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos.*

h) *Cualquier otra norma que en materia de salud suscriba el país.*¹⁵

Estos elementos de carácter ético, resultan de relevancia, en el tanto confrontan el carácter subjetivo de la actividad médica, con los lineamientos que debe conocer el profesional en medicina para un adecuado ejercicio de su labor, en lo que refiere al trato y comportamiento con otras personas, así como a la responsabilidad ética propia de su oficio.

Dichas regulaciones, a las cuales se tienen que ajustar los profesionales médicos, en sus funciones obligatoriamente, pertenece a la rama del derecho conocida como *“Derecho médico”*, la misma comprende normas jurídicas, preceptos morales y principios; la cual es definida por el doctrinario venezolano Rafael Aguilar Guevara como:

*El conjunto de normas jurídicas y preceptos ético-morales, de carácter Público y Privado, que regula la actividad del médico con motivo del ejercicio de su profesión, regula la relación médico-paciente y las consecuencias derivadas de la misma; estableciendo así los principios generales de la responsabilidad legal médica.*¹⁶

¹⁵ Código de Ética Médica. Artículo 10. *Ibid.*

¹⁶ Aguilar Guevara, R. (1996). *“Derecho Médico en Venezuela”*, Caracas, Venezuela, Editorial Liurosca, (1ªed).

Dentro de las obligaciones señaladas anteriormente, se desprende que la actividad realizada por el profesional médico constituye una obligación de medios y no de resultados, el cual se analiza a continuación.

Obligación de medios

La obligación del profesional médico constituye, especialmente, en aplicar todos sus conocimientos y destrezas en prevenir las enfermedades e intentar curar éstas, sin embargo, su obligación es de medios, porque no puede garantizar al paciente un resultado favorable en todas las ocasiones, por existir diversos factores de riesgo que no pueden ser controlados por dicho profesional.

El autor Chepe Ramos, respecto de la obligación de medios, indica:

El médico no promete curar al enfermo; el único resultado que puede anticipar es que pondrá todo el empeño, diligencia, pericia, conocimiento, prudencia y cuidado para una correcta ejecución, sin prometer, asegurar ni garantizar nada. Los Médicos tienen la obligación de medios y no de resultados; pero los resultados cuentan, pues su no obtención suele generar demandas.¹⁷

Al no depender el ejercicio de la medicina, únicamente de la aplicación de conocimientos científicos, sino también, de factores externos respecto del equipo médico, el ambiente y la condición del mismo paciente, es imposible asegurar resultados exactos en las intervenciones a realizar. Es por esto que la obligación de los profesionales en medicina

¹⁷Chepe Ramos, E. (2010) “Acto Médico y el Consentimiento Informado.” p 20. Universidad Nacional de Colombia. Obtenido el día 25 de junio de 2014 de http://www.virtual.unal.edu.co/cursos/economicas/91337/ayudas/manuales/acto_medico.pdf

es de medios, en el tanto está obligado a la prestación adecuada del servicio, más no del resultado que devenga de ésta.

Para mayor claridad, Rozo Sordini indica la diferencia entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultados:

La diferencia entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado es una diferencia entre dos distintos objetos de la prestación. Precisamente, en las primeras la prestación debida prescinde de un particular resultado positivo de la actividad del deudor, y el deudor cumple con la obligación si ejerce de la manera debida la actividad que le corresponde. Al contrario, en las segundas, lo que es debido es el resultado, y para cumplir exactamente la obligación el deudor debe realizar dicho resultado. Si el resultado no se realiza, la obligación se considera incumplida, aunque el deudor se haya comportado diligentemente. Esto significa que la prueba del comportamiento diligente no es prueba del cumplimiento.¹⁸

Esta diferencia resulta fundamental, por cuanto se mencionó anteriormente que la medicina es materia de resultados inexactos, siendo, entonces, que la obligación radica en la adecuada prestación del servicio a partir de la atención a la técnica planteada en conocimientos científicos. El profesional de medicina se encuentra obligado a evaluar al paciente y brindarle la atención necesaria que le indiquen sus conocimientos.

¹⁸Rozo Sordini, P. (1998), “Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el Derecho Italiano,” Revista de Derecho Privado, No 4 (1). p 139.

En este sentido, es importante señalar el criterio emitido por la Sala Primera, en su voto 23-1993, en el que establece el carácter de obligación de medios en los procedimientos médicos, justificando la incerteza de los resultados esperables en una intervención médica:

La médica no configura una ciencia exacta. Ella es falible, pues aún no se han llegado a dominar todas aquellas variantes inherentes al funcionamiento del organismo humano. Estadísticamente se ha logrado establecer el porcentaje de eficacia de ciertas intervenciones, pero, a priori, no se puede precisar si un caso en particular corresponderá a aquéllas desafortunadamente infructuosas o si, por el contrario, a las exitosas. Todo tratamiento médico entraña algún riesgo y no puede garantizarse, en ningún caso, la obtención de los resultados esperados. Por ello, comúnmente se ha calificado como obligación de medios, y no de resultado, la contraída en la prestación de este tipo de servicios. El galeno, o la institución pública o privada encargada de brindar la prestación médica, se obligan tan sólo a ejecutarla en una forma diligente, ofreciendo al paciente aquellos medios idóneos para satisfacer sus intereses.¹⁹

En este primer enfoque, es importante señalar que se toma como punto de partida la inexactitud de los resultados de la medicina, así como los riesgos que conllevan las intervenciones, a modo de justificación del carácter de obligación de medios y no de resultados. Asimismo, indica que la única obligación que existe es de ejecutar en forma

¹⁹Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 23-1993 de las catorce horas con cuarenta minutos del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y tres.

diligente la prestación médica, más no analiza en qué consiste o cuáles son los requerimientos este tipo de actuar.

Un criterio más reciente emitido por la Sala Primera, pero siempre dentro de la misma línea teórica se encuentra en el voto 875-2007, donde se establece lo siguiente:

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, aun 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.*²⁰

Existe, por ende, una clara evolución de la definición aportada previamente por la Sala Primera, en el tanto se sustituye el *“actuar diligentemente”* por *“actuar de conformidad a la Lex Artis”* y se procede a explicar brevemente en qué consiste ésta, ampliando el primer criterio que es insuficiente. Asimismo, resalta que se debe buscar lo más idóneo para el beneficio del paciente, pero que no se le puede asegurar la cura total a su padecimiento.

En razón de las referencias anteriores, resulta importante indicar que queda claro que el acto médico resulta una obligación de medios, en el tanto la obligación del profesional en medicina radica no en garantizar al paciente la obtención del resultado esperado, sino la intervención adecuada a partir del seguimiento de la llamada Lex Artis, de lo cual se profundizará en la siguiente sección. En el acto médico, entonces, se ofrecen medios con una finalidad terapéutica, pero estos no se encuentran exentos de riesgo y no son garantía absoluta de un resultado.

Aclarado el carácter de obligación de medios del profesional en medicina, es importante hacer referencia a los diversos tipos de acto médico existentes.

Tipos de Acto Médico

Los tipos de actos médicos, han sido desarrollados a lo largo del tiempo por diversos autores, entre ellos Chepe Ramos, quien señala la existencia de tres tipos de actos los cuales se detallan a continuación:²¹

- *Acto Médico Directo*: aquellos en los cuales mediante la intervención médica se trata de obtener la curación o alivio del enfermo. Pueden ser:
 1. Preventivos, referente a la recomendación de medidas para evitar la aparición

²⁰Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 875-2007 de las ocho horas del catorce de diciembre del dos mil siete.

²¹Chepe Ramos, E. Op.Cit.17, p 3

de procesos patológicos.

2. Diagnósticos, de la opinión del médico obtenida de la observación directa o de laboratorio del paciente.

3. Terapéuticos, respecto de las diversas formas de tratamiento para la enfermedad.

4. De rehabilitación; en el conjunto de medidas encaminadas a completar los tratamientos terapéuticos a efectos de reincorporar al individuo a su entorno personal y social.

• *Acto Médico Indirecto*: también llamados extracorpóreos que se refieren a la investigación, experimentación, autopsia, entre otros; los cuales realiza el médico en el ejercicio de su profesión.

• *Acto Médico Documental*: incluye el Certificado Médico, la Receta o fórmula médica y la Historia Clínica. Viene a ser complemento de los actos anteriores y su importancia legal radica en su validez como prueba dentro de cualquier reclamación o proceso, siendo la historia clínica fundamental a efectos probatorios.

Como se denota, la clasificación de este autor, los tipos de acto médico es amplia y permite ubicar cada una de las etapas de la prestación de servicio al paciente, mostrándose una aplicación más práctica de los conocimientos científicos en el acto médico directo y el indirecto, mientras que lo que refiere al acto médico documental es relativo a un aspecto más de trámite, más no por ello menos necesario.

Respecto de este último punto es importante resaltar que el acto médico incluye, también, los actos documentales preparatorios que se realizan previos a una intervención médica, como se puede ver ejemplificado para el sector público en el *Reglamento del Expediente de Salud de*

la Caja Costarricense de Seguro Social, del cual se puede inferir que el registro documental en el expediente forma parte de los actos propios de los profesionales en medicina, al establecer:

Artículo 18. Inclusión de documentos. Todo reporte relacionado con el paciente, que se genere en los servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento u otros, deben ser remitidos al Archivo mediante lista de control, para efectos de su inclusión al expediente respectivo.²²

Artículo 32. Anotaciones en el expediente. Todo miembro del equipo de salud, con autorización expresa de la Dirección Médica respectiva para registrar información en el expediente, está en la obligación de hacerlo en los formularios oficiales, los cuales deberá identificar con el nombre y dos apellidos del paciente y el número correcto de identificación. Las anotaciones deben hacerse con tinta, en forma legible y en estricto orden cronológico, con la fecha y la hora de la anotación. Las anotaciones deben de quedar suscritas por el responsable con indicación del nombre, la firma y el código, si lo tuviera. En todo caso, no deberá quedar espacio entre anotaciones, ni entre éstas y la firma del responsable, evitando así la alteración posterior. Queda prohibido hacer anotaciones ajenas a la atención del paciente o que lesionen el principio ético del ejercicio de la profesión.²³

²²Reglamento del Expediente de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social. Artículo 18. Caja Costarricense de Seguro Social, Obtenido el 14 de julio del 2014 de <http://www.ccss.sa.cr/normativa?pagina=1&cat=18>

²³ Reglamento del Expediente de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social. Artículo 32, Ibid.

En lo que refiere este mismo tema, dentro del sector privado, se encuentra la regulación en el Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de la República de Costa Rica, donde se establece:

Artículo 102. En el consultorio médico privado el profesional está obligado a tener un expediente clínico, el cual pertenece al profesional. A solicitud del paciente o autoridad judicial, el médico está en la obligación de extender una epicrisis o una fotocopia del expediente. Solo la autoridad judicial podrá requerir el expediente original.²⁴

En estos dos ejemplos normativos, se denota la obligación que surge al profesional en medicina de llevar un adecuado registro de todo acto que se realice teniendo como sujeto al paciente, consistiendo estas anotaciones en actos médicos documentales que adquieren relevancia no solo como registro, sino como futuro elemento probatorio.

Es importante señalar como es necesario, tanto en el sector público como en el privado, llevar un adecuado registro de cada paciente y las intervenciones que se realicen, consistiendo esto una obligación que puede llegar a constituir prueba documental posteriormente.

Se entiende, entonces, la existencia del acto médico, tanto en título propio del profesional en medicina (en lo que sería la práctica a través de servicios privados) o en representación de la Administración (siendo funcionario de una institución pública que brinde estos servicios) y manifiesto de forma directa, indirecta y documental.

²⁴Código de Ética Médica. Artículo 102, Óp. Cit., 14.

Después de analizar y definir los principales elementos que constituyen el acto médico y sus diversos tipos de manifestación, es importante comprender en qué consiste la Lex Artis, como componente fundamental del acto médico.

Sección Segunda: Lex Artis Ad Hoc.

La expresión "*Lex Artis*" etimológicamente significa "*ley del arte*" y se ha venido empleando, como lo indica Martínez Calcerrada²⁵, para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse.

De esta forma, a partir del concepto de Lex Artis se permite hablar de "*un buen profesional*" y de una buena "*praxis*" en el ejercicio de una profesión. Surge esta figura como un principio regulador de las profesiones que requieran de técnica operativa adecuada para su ejercicio, determinando los pilares a respetar a partir de los resultados que son esperables y los medios necesarios, según la práctica cotidiana. Se destaca dentro de las profesiones que requieran de una adecuada práctica, la profesión médica, en el tanto los resultados empíricos en razón del ejercicio cotidiano son inherentes a esta ciencia experimental.

Asimismo, debe recalcar que las singularidades de cada supuesto influyen decisivamente en la determinación de las reglas aplicables, por lo que se ha hablado de la "*Lex Artis ad hoc*" como el módulo rector de la actividad médica.

²⁵Martínez Calcerrada, L. (1986) "*Estudio especial de la denominada Lex Artis ad hoc en la función médica*". *Actualidad Civil*, no 24 (1), p 1697.

En este sentido, Martínez Calcerrada ha definido la Lex Artis ad hoc como «*el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria -, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.* »²⁶

La Lex Artis surge como un criterio que permite la valoración de un acto en concreto a partir de supuestos en torno a cómo tuvo que haberse ejecutado a partir de la adecuada técnica profesional, en razón de las premisas presentadas, entiéndase por ello el caso en concreto y los medios con los que se contaba.

Lo anterior, es reforzado por el autor Molina Arrubla, quien contextualiza el medio en el que existe la Lex Artis, al definir ésta como «*la serie de reglas que determinan el correcto modo de conducta profesional del médico frente a la corporeidad de su paciente, dentro del contexto de una determinada situación clínica, y de acuerdo con los últimos avances de la ciencia médica.* »²⁷

Nuevamente, se destaca el hecho de la señalización de la Lex Artis, como un conjunto de reglas en relación con la conducta profesional y lo esperable de ella ante una determinada situación. Supone, entonces, la existencia de conocimientos básicos o pautas fundamentales con los que el profesional en medicina debe realizar la prestación de su servicio.

²⁶Martínez Calcerrada, L. *Ibíd.*, p1697.

²⁷Molina Arrubla, C. (1998), *–Responsabilidad Penal en el Ejercicio de la Actividad Médica: Parte General.*” Medellín, Colombia: Editorial Díké. (1ªed.), p. 203.

De acuerdo con la prestación del servicio de conformidad a la Lex Artis, Giménez Candela aporta:

Se advierte que el concepto de Lex Artis abarca lo que primariamente parece más evidente que son: los conocimientos técnicos que al médico se le deben exigir para actuar como tal; también dichos conocimientos y practicas actualizados y en un óptimo nivel de competencia. Además de este sentido, también con Lex Artis se alude al deber de diligencia o exigencia y cuidado con que el médico debe ejercer su actividad; por tanto, se trataría de pautas de comportamiento, que funcionan a modo de "ordenamiento secundario", que los poseedores de un saber especializado muestran ante la opinión pública como la mejor respuesta ante un problema de salud concreto. Además, como dato novedoso a tener muy en cuenta, la jurisprudencia usa también la expresión Lex Artis, para erigirlo en presupuesto del deber de información que el facultativo debe cumplir frente al paciente en determinadas intervenciones, muy especialmente las quirúrgicas, y como un presupuesto también del consentimiento informado.²⁸

Reiteradamente, se hace referencia al carácter de la Lex Artis, como un marco de comportamiento para la evaluación de supuestos ante la opinión pública a efectos de establecer si se ha actuado de la forma adecuada. Resulta una obligación de parte del profesional, en el tanto le es exigible actuar de un modo determinado, generando la oportunidad de reclamos si no lo hiciera. Así mismo, es importante señalar, como lo

²⁸Giménez Candela, T. (2006), "Lex Artis y responsabilidad médico-sanitaria: una perspectiva actualizada". (1ªed.) México: Universidad Nacional Autónoma de México. Pp 06.

menciona la autora Giménez Candela, que el deber de información se ha incluido jurisprudencialmente dentro de la Lex Artis, en el tanto dentro del actuar adecuado de la profesión médica, se supone, también, la existencia de una adecuada información y posterior consentimiento de parte del paciente cuando se vayan a realizar intervenciones sobre su corporalidad.

Otro elemento importante, es el recalcado por el autor García Hernández, el cual indica:

No cabe la aplicación de la Lex Artis a situaciones no estudiadas, no conocidas, o imprevistas en la ciencia médica, sino todo lo contrario, pues una condición de la Lex Artis es que cualquier médico actuaría de igual forma cuando se dieran las mismas condiciones. Siempre con la salvedad de la libertad profesional.²⁹

Esta característica es de especial relevancia, en el tanto establece un límite al alcance de la Lex Artis, siendo que por razones obvias no se puede esperar que un profesional se vea sujeto a ella al enfrentarse a un escenario imprevisto en el ejercicio típico de la labor. Esto puede resultar, entonces, en un eximente por daños que se produzcan al estar frente a una situación novedosa para la ciencia médica, en lo que sea producto directo de ella, siendo que el galeno debe cumplir con los elementos básicos de atención y concertarse en la mayor medida de lo posible a la Lex Artis.

²⁹García Hernández, T. (1999), “Manual del médico clínico para evitar demandas judiciales”, Madrid, España: Editorial La Ley Actualidad, (1ªed.), p 14.

Asimismo, se supone que un actuar conforme con la Lex Artis exime de responsabilidad penal, siendo que Tiffer Sotomayor indica la siguiente elaboración de pautas para determinar si la actuación de un profesional médico se ajusta a ella:

Para que la actuación médica no interese al derecho penal, se requiere que se haya efectuado conforme a la Lex Artis. A continuación presentamos ciertas pautas para valorar si la actuación médica se ajusta, o no, a ella:

- *La propia capacidad profesional del médico, entendida esta como su preparación y experiencia.*

- *Las circunstancias de lugar y tiempo, entendidas como una valoración distinta según las condiciones en las cuales se encuentre el médico.*

- *La fase en la que se produzca la actuación médica.*

- *La responsabilidad derivada del trabajo en equipo.*³⁰

Se debe valorar la capacidad profesional del médico, en el tanto son sus conocimientos técnicos, los que derivan en la decisión del actuar ante una determinada situación. Las circunstancias de lugar y tiempo, al ser variables, deben ser consideradas también en el tanto hacen referencia a los elementos con los que contaba el galeno para realizar su actuación, siendo, entonces, necesario evaluar cómo se actuaría de conformidad con la Lex Artis contando con los mismos instrumentos y condiciones con los que contó el médico.

³⁰Tiffer Sotomayor, C. (2008), “Responsabilidad Penal por Mala Praxis: Estudio Sistemático de Casos”, San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. (1ªed.) p. 35.

Respecto de la fase cuando se produce el acto médico, es importante analizar en el tanto la condición física del paciente, así como sus necesidades, las cuales van a variar dependiendo del estado en que se encuentre éste. Respecto de la responsabilidad derivada del trabajo en equipo, hay que recordar que se parte del supuesto que el profesional en medicina es responsable por la supervisión del equipo con el que cuente, siendo que debe verificar su idoneidad y fiscalizar su actuar.

En el mismo sentido de la Lex Artis como criterio valorador de actuaciones médicas, es importante mencionar que el autor Lombana Villalba señala tres características correspondientes a la misma³¹, que pueden ser sintetizadas de la siguiente manera:

- Es imprescindible el análisis de la Lex Artis para juzgar el comportamiento del médico: Para ello, al ser la medicina un área específica de conocimiento, es necesario para evaluar el comportamiento de quienes la desempeñan, tener en cuenta las características especiales de quien la ejerce, contextualizando el momento en criterios económicos, de complejidad del acto médico, del desarrollo del área profesional, circunstancias específicas del paciente y la disponibilidad de elementos.
- El cumplimiento de la Lex Artis no puede analizarse de modo abstracto, sino de acuerdo con las exigencias del momento y caso concreto: en este sentido, la exigencia del momento se determina teniendo en cuenta el estado de la ciencia, las condiciones del paciente y la disponibilidad de recursos. La Lex Artis no es absoluta, sino que depende de la evolución de la ciencia médica.
- El desempeño de la Lex Artis debe llevarse a cabo en todos los momentos del tratamiento médico: ello requiere que el profesional de la medicina tome las medidas necesarias para el diagnóstico oportuno, la formulación de terapias

³¹Lombana Villalba, J. Óp. Cit., 9, p 249.

disponibles para su superación, el seguimiento constante del paciente y la prestación del acompañamiento necesario para la rehabilitación.

Se rescata nuevamente que un actuar acorde con la Lex Artis necesariamente debe ser reconocido por los iguales, entendiendo que estos también actuarían de la misma manera bajo el mismo contexto. Se debe considerar, tanto los conocimientos técnicos con los que cuenta el profesional que realiza el actuar, como el caso en concreto al que debe atender. Se sujeta al avance científico de la época, entendiendo, entonces, que es sujeto de evolución, la cual es paulatina, pero de necesaria actualización. De igual forma, existe a lo largo de los momentos del tratamiento médico, siendo que para cada etapa del mismo se espera de parte del galeno un actuar determinado.

Es importante, habiendo explorado los criterios doctrinarios en torno a la figura, hacer una apreciación del entender jurisprudencial en torno al término, el cual es proporcionado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia mediante voto 127-2000, el cual estipula:

El médico, a diferencia de otros funcionarios públicos cuyas tareas se encuentran descritas en la ley o los reglamentos, está llamado a ejecutar una serie de actos que no son definidos por normas emanadas del Poder Legislativo o entidades administrativas (la ley no le indica al profesional médico cómo debe realizar un diagnóstico, una intervención quirúrgica, o qué exámenes y tratamientos prescribir a un paciente), sino que ellos derivan de las reglas y los conocimientos técnicos y científicos que caracterizan al saber médico en una determinada fase de su desarrollo; es decir, lo que comúnmente se denomina “Lex Artis”, cuyo contenido no depende, en consecuencia, del

ordenamiento jurídico. Lo que este último sí impone al médico es, por un lado, el deber de respetar la Lex Artis en la ejecución de sus actos, de manera que no produzca lesiones o muertes originadas en una falta a su deber de cuidado, dado que las propias normas lo autorizan a manipular, intervenir, suministrar drogas e incluso invadir quirúrgicamente a los seres humanos; en otros términos, le han confiado a la vez –atendiendo a sus especiales conocimientos- la facultad y la obligación de velar por la salud de las personas. Por otra parte, también le impone el ordenamiento –y en razón de las mismas circunstancias dichas- una posición o deber de garante relativa a los pacientes que tiene bajo su cuidado, pues le compete proteger al bien jurídico (vida, salud) frente a los peligros que puedan amenazarlo.³²

Respecto de este criterio jurisprudencial es importante destacar que al igual que en las mencionadas referencias doctrinarias, se establece la Lex Artis como una normativa no emitida por un poder legislativo, sino más bien, referente al que se deriva de las reglas que surgen del conocimiento técnico y científico y que es esperable de un adecuado profesional. La Lex Artis no surge del ordenamiento jurídico, más éste exige al profesional en medicina que se ajuste al mismo, respetando sus preceptos en la ejecución de sus actos, con la finalidad de no producir daños originados por la falta al deber de cuidado de éste.

De igual forma, resulta interesante el señalamiento de la Sala Tercera de la Lex Artis como un medio que ubica al profesional en medicina, como garante de la tutela del

³²Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 127-2000 de las nueve horas con cuarenta minutos del cuatro de febrero del dos mil.

bienestar integral del paciente, específicamente, tutelando su derecho a la vida, siendo que con base en ese criterio se supone la necesidad de ajustarse y actuar de conformidad a éste.

Entonces, a partir de lo expuesto anteriormente, se entiende que surge la Lex Artis como una referencia a lo que sería la buena práctica médica, en el tanto representa la manera de realizar los actos médicos conforme con los criterios científicos y técnicos necesarios, siendo las pautas adecuadas por seguir por los profesionales en medicina. Esto presenta estricta relación con la ya referida *“obligación de medios y no de resultados”*, puesto que la Lex Artis viene a ser el medio que el galeno, garantiza llevar a cabo en su relación profesional con el paciente.

Sección Tercera: Mala Praxis Médica.

En Costa Rica, el término mala praxis es utilizado para referirse a la práctica inadecuada de la profesión médica. En lo que concierne al desarrollo de su término resulta fundamental citar al Dr. Tiffer Sotomayor, quien ofrece una perspectiva en sentido amplio y otra en sentido estricto respecto del concepto. Primeramente indica:

En sentido amplio, el concepto de mala praxis se aplica tanto a la profesión médica, como a las otras áreas profesionales estrechamente vinculadas con el ejercicio de la medicina (tal es el caso de la microbiología, la farmacia, la odontología, etc.), e incluso a cualquier profesión como, por ejemplo, la ingeniería, la abogacía y el periodismo.

*Ante un inadecuado ejercicio de una profesión con resultado dañoso, surge el concepto de *→responsabilidad**

profesional". Esta es otra categoría por la cual se conoce lo que entendemos en sentido amplio como mala praxis.³³

Sobre esta primera concepción o sentido amplio, se concibe la mala praxis como el actuar inadecuado de una profesión, entiéndase contrario a los preceptos de la Lex Artis y generando un daño sobre el bien jurídico de una tercera persona. Se señala la responsabilidad profesional como una consecuencia directa de ésta, en el tanto el profesional debe responder respecto de su incumplimiento de la función esperada.

Donde los supuestos de este concepto en sentido amplio, señala el Dr. Tiffer³⁴ que la mala praxis médica tiene diferentes acepciones, siendo:

- El ejercicio inadecuado de la profesión médica.
- El daño corporal producto del acto médico.
- La violación de las normas del adecuado ejercicio profesional.
- La omisión, por parte del médico, de una prestación apropiada de los servicios a que está obligado.

A partir de la configuración de estos supuestos, el autor Tiffer Sotomayor permite conducir a la elaboración de un concepto restringido respecto de la noción en estudio, que viene a ser:

La mala praxis médica consiste en un error involuntario vencible, un defecto o falta en la aplicación de métodos, técnicas o procedimientos en las distintas fases de

³³Tiffer Sotomayor, C. Óp. Cit., 30, p. 25.

³⁴Tiffer Sotomayor, C. Ibid, p. 26.

*actuación del médico (exploración, diagnóstico, tratamiento y seguimiento) que tiene como resultado una afectación, que era previsible, en la salud o vida del paciente.*³⁵

Este concepto restringido evoca la Mala Praxis, enfocada directamente al actuar médico y en los errores y defectos que se puedan encontrar en las diversas fases de la prestación del servicio, dándose siempre una afectación involuntaria sobre la integridad del paciente.

Sobre estos daños producto de la Mala Praxis existe responsabilidad, siendo importante en este sentido recalcar lo señalado por Arrieta Quesada³⁶, quien indica que dentro de las causas que las acciones civiles han estimado como origen de responsabilidad por daños derivados de una mala praxis médica, están:

- *La imprudencia*: es la ausencia de moderación y razonabilidad o el descuido en la atención requerida o en la previsión de sus consecuencias.
- *La negligencia*: es equivalente al descuido y la omisión.
- *La ignorancia*: es el desconocimiento de la técnica u oficio médico, así como desconocimiento injustificado de los principios, normas técnicas y especialidad propias del conocimiento especializado.
- *La impericia*: es la falta de habilidad, experiencia o práctica dentro de la ciencia.

³⁵Tiffer Sotomayor, C. Ibid, p. 26.

³⁶Arrieta Quesada, L. (1999) “*Mal praxis médica. Medicina Legal de Costa Rica*”, Heredia, Costa Rica, Vol. 16 (1-2). Obtenido el día 20 de agosto del 2014 de http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00151999000200007

Estos elementos como configuradores de Mala Praxis médica, resultan relevantes a efectos de determinar nominativamente de donde surge ésta en un caso determinado, permitiendo realizar un adecuado análisis y justificación razonable a la hora de dictar una resolución, garantizando a las partes del proceso que la sentencia se encontrará bien fundamentada.

A pesar de lo anterior, actualmente, este concepto ha entrado en desuso y ha pasado a convertirse en un concepto integral de falta al deber de cuidado; de forma general. Se dejan de lado las diferencias respecto de si es por imprudencia, negligencia, ignorancia o impericia. Esto es evidenciable en el criterio que ha mantenido la Sala Tercera en relación con el término de mala praxis médica y lo requerido para su configuración:

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

*causal, figura cuyo tratamiento en doctrina no ha sido pasivo, conforme con las distintas teorías que intentan definir el vínculo entre un comportamiento determinado con el resultado producido.*³⁷

Es importante recalcar de esta definición jurisprudencial que mantiene criterios semejantes a los evocados dentro de la doctrina, siendo que se señala la mala práctica médica como una falta en el ejercicio adecuado de la profesión que genera un efecto negativo en el paciente. Añade la idea de la necesidad de un nexo causal, entendiendo que el resultado perjudicial sea consecuencia directa del médico, o en otras palabras, que la supresión o la sustitución del acto dañoso por uno acorde con la buena práctica impliquen que no hubiera existido perjuicio.

Es necesario recalcar, entonces, que se entiende a grandes rasgos que para que exista configuración de mala praxis médica es necesario la existencia de una falta (que debe ser previsible y evitable) en el ejercicio de la profesión que produzca un resultado perjudicial sobre la integridad del paciente como consecuencia directa del acto que no fue realizado de conformidad con los criterios de la Lex Artis.

Sección Cuarta: Iatrogenia

Conceptualización.

Dentro de la Lex Artis surge la figura de la iatrogenia, como una noción meta-jurídica de la que no se encuentra referencias en la legislación, por lo que la búsqueda de su adecuada conceptualización requiere primero de una revisión de la doctrina médico legal y, posteriormente, de un análisis de las consideraciones ofrecidas jurisprudencialmente a fin de realizar un adecuado perfil en torno a ésta.

³⁷Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 1353-2007 de las ocho horas con cincuenta minutos del dieciséis de noviembre del dos mil siete.

El término iatrogenia deviene etimológicamente de las raíces latinas *–iatros*”, curación y *–genia*”, génesis de engendrar o inicio, por lo que en una primera interpretación su significado viene a ser *–proveniente de una intervención médica*”³⁸.

Sin embargo, en un sentido estricto se ha entendido referido a las situaciones en que a partir de un acto médico surge en el paciente una consecuencia negativa o detrimento en su salud, siendo que este efecto negativo surge debido a características del paciente o de los riesgos inminentes a la intervención y no del actuar del profesional médico.

Resulta de cardinal atención, señalar el aporte de Cortés Cortés y Monroy Alvarado, quienes elaboran una acepción amplia y una restrictiva en torno al tema, al indicar:

*En sentido amplio significa, todo lo producido por el médico en el enfermo, en sus familiares y/o en la sociedad. Por tanto, incluye no sólo las consecuencias nocivas de la intervención del facultativo, sino también los éxitos de la medicina, la curación de las enfermedades y la conservación de la salud. En sentido restringido, se entiende como los aspectos negativos de la práctica de la medicina; esto es, la provocación de hechos o efectos materiales que se traducen en un daño, efectivo o potencial a la salud o integridad física y mental del paciente.*³⁹

³⁸Gerstner, J. (2009) “Significado de iatrogenia o yatrogenia”, Asociación Civil Argentina en Defensa del Paciente. Obtenido el día el 24 de junio de 2014 de [www.http://drgoliamiguel.blogspot.com/2009/07/significado-de-iatrogenia-o-yatrogenia.html](http://drgoliamiguel.blogspot.com/2009/07/significado-de-iatrogenia-o-yatrogenia.html)

³⁹Cortés Cortés, M. & Monroy Alvarado, G. (2004) “Iatrogenia, Ética y Administración.” Publicado en *Dimensión Social y Humana del Crecimiento Económico*, pp. 325-348, México: Departamento de Producción Económica. Obtenido el día 05 de septiembre del 2014 de <http://www.centrogeo.org.mx/curriculum/germanmonroy/pdf/iatrogenia.pdf>

Se entiende, entonces, que surge del actuar de un profesional en medicina, cuando en el procedimiento se produce un aspecto negativo, dentro de una adecuada práctica de la medicina y generando un detrimento dentro de la integridad del paciente.

Para mayor claridad respecto de lo anterior, es importante, también, señalar el aporte brindado por Tiffer Sotomayor, quien indica a modo de definición:

Aquella situación que contienen los efectos inevitables de la actuación profesional del médico y de los medios que emplea, esto por cuanto, en el ejercicio profesional de la medicina, existe un margen de fatalidad o riesgo, como en cualquier otro acto humano. Esta representa complicaciones que ocurren a pesar de haberse actuado con la debida diligencia y observancia de reglamentos. La iatrogenia no es punible, por lo que no puede tipificarse como ilícita.⁴⁰

Es destacable del criterio anterior, entender que se está ante un efecto inevitable de la actuación profesional, estableciéndose que se está ante un acto practicado de conformidad con las normas de la Lex Artis, pero que genera un perjuicio que no pudo haber sido evitado mediante otro medio. Esto corresponde al margen de riesgo que existe dentro de la medicina, relacionado con las ideas anteriormente expuestas en torno al hecho que la obligación del profesional médico es de medios y no de resultados, por lo que la existencia de estos daños no supone que el galeno haya faltado a su obligación.

Se tiene, entonces como característica fundamental que la iatrogenia tiene carácter de eximente respecto del acto en sí, en el tanto supone un acto médico realizado por el galeno

⁴⁰Tiffer Sotomayor, C. Óp. Cit.,30, p38.

de conformidad con la Lex Artis, y un resultado dañoso que fue independiente a su actuar profesional, sino producido por factores externos.

En relación con este carácter de eximente, debe considerarse, el aporte realizado por Castro Vindas y Escalante Quirós, quienes indican:

Podemos decir que la iatrogenia es algo inherente al organismo del paciente. Es cuando surge alguna complicación debido a reacciones propias de cada organismo que no pueden ser evitadas por el médico, a pesar de que su actuación sea diligente y se encuentre apegada a las regulaciones existentes y a su experiencia, o sea, que estamos ante un supuesto de hecho en donde no está en manos del médico evitar el resultado dañoso, precisamente por ello cuando se está en presencia de un caso de iatrogenia, el médico estará exento de responsabilidad penal. Si bien, la iatrogenia no está prevista de manera expresa en el Código Penal como una eximente, esta puede ubicarse dentro del caso fortuito.⁴¹

Por lo tanto, la iatrogenia surge como eximente, al referirse a una situación fuera del alcance profesional del médico, como lo son las condiciones propias del paciente y su manera de reaccionar ante lo que la adecuada práctica indicaría como la opción idónea para su tratamiento.

Al ser una situación inevitable para el médico, aun cuando éste guarde toda la diligencia debida, se le desvincula el resultado como consecuencia de su intervención,

⁴¹Castro Vindas, S. & Escalante Quirós, W. “La responsabilidad del médico derivada del fenómeno de la mala praxis.”, Cuadernos de estudio del Ministerio Público de CR. Obtenido el día 07 de julio del 2014 de http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/biblioteca/cuaderno_estudio/Cuader-6/Cuader-6.html

siendo que no se puede llegar a establecer un nexo causal entre el actuar del profesional de medicina y el daño generado al paciente, por cuanto éste es producido por otros factores.

Asimismo, debe mencionarse los criterios expuestos por Fernández Delgado, quien indica:

Para el Dr. Edgar Cabezas Solera, jefe de cirugía del Hospital San Juan de Dios, la iatrogenia son las consecuencias no previstas que puede producir un tratamiento, una cirugía o un medicamento.

El Lic. Arias Valverde indica que la iatrogenia es un término que procede de dos palabras griegas: iatros que significa médico, y genos que significa causa u origen. Define iatrogenia como el resultado dañoso en un procedimiento médico, a pesar de la diligencia, dedicación y cuidado puestos por el profesional.

Algunas personas tienen organismos diferentes a los normales a tal punto que un tratamiento generoso, bueno para la mayoría, le resulta perjudicial.⁴²

Se coincide con los acercamientos anteriores, al aclarar que la iatrogénica es una consecuencia inevitable y ajena al actuar médico, la cual se produce a partir de una prestación del servicio. Al existir diversidad de organismos diferentes, no se puede suponer que estas respondan de igual forma ante cualquier intervención o tratamiento, por lo que es parte del actuar profesional encontrar casos en los que lo que resultaría beneficioso para la mayoría resulta más bien contraproducente y genera un daño en el paciente.

⁴²Fernández Delgado, X. (2006), “*Iatrogenia y Mal Praxis.*” Biblioteca Nacional de Salud y Seguridad Social, Caja Costarricense de Seguro Social. Obtenido el día 07 de julio del 2014 de http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica4/Art_6.htm

Otra perspectiva importante de resaltar es abordada en el artículo mencionado precedentemente, donde se hace referencia a una definición dada por el Consejo Médico Forense, el cual explica:

*Iatrogenia es el margen admisible, excusable y no punible de falibilidad de la actuación del médico a pesar de su pericia, diligencia, prudencia y observancia de reglamentos, y es que en este sentido debe tenerse presente que la relación comercial por servicios médicos es un contrato -si es que puede denominarse así- de los llamados doctrinariamente de medios, en los que el médico se compromete a ejecutar los cuidados diligentes, a hacer todo lo posible para curar al paciente, sin garantizar el resultado. Aquel profesional pone a disposición del paciente todos los medios de que dispone teniendo en cuenta los avances de la medicina, pero no se compromete a eliminar el mal que aqueja al enfermo, de manera que únicamente será responsable cuando se compruebe que hubo una falta de diligencia en los cuidados, un error grave y evidente en el diagnóstico o un grave error en el tratamiento que un médico cuidadoso y medianamente inteligente no hubiera cometido.*⁴³

Al igual que en las referencias anteriores, se resalta el hecho que la iatrogenia no supone un mal actuar de parte del médico, sino que es una afectación que se da por factores externos al actuar del galeno, quien ha actuado con todos los criterios de diligencia debidos. Se destaca la obligación de medios, en el tanto el profesional en medicina está obligado a

⁴³Fernández Delgado, X. *Ibíd.*

poner a disposición del paciente todos los medios que indique la Lex Artis y que le sean materialmente posibles, pero no puede garantizar un resultado beneficioso en todos los extremos.

Es importante hacer referencia a los criterios que han sido mantenidos al respecto dentro de la jurisprudencia nacional, siendo que resulta esencial señalar los discernimientos elaborados por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, la cual se ha referido en varios de sus pronunciamientos en torno al tema.

En este sentido, cabe recalcar lo señalado en el voto 875-2007, en el cual se presenta la primera conceptualización del término iatrogenia realizada por la misma Sala en el voto 23 del año 1993 resulta escasa, siendo que una mejor explicación es dada de la siguiente forma:

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. ⁴⁴

El caso en concreto del voto citado hace referencia a un paciente que se apersonó a un Ebáis en Cartago para recibir tratamiento por un cuadro de gripe. Luego que el médico lo examinara, le suministra voltarén y dexametasona en una inyección aplicada en el glúteo izquierdo, generando una reacción inesperada que inmoviliza la pierna izquierda del paciente por un periodo de diez días. El criterio mantenido por la Sala es que se está ante un caso de iatrogenia en el tanto el tratamiento dado se ajusta a lo que indica la Lex Artis, siendo que la aplicación de esas sustancias, era la idónea para el cuadro presentado y el resultado, al ser por una característica propia del sujeto, imprevisible e inevitable, lo que descarta una mala praxis, más no así responsabilidad objetiva de parte del Estado.

Respecto de la definición aportada cabe destacar que se señala la iatrogenia como consecuencia del actuar del médico, pero que no lo restringe únicamente a este profesional, sino que incluye a diversos profesionales de las ciencias de la salud. Se determina que es resultado de la predisposición fisiológica del paciente, que aún en las condiciones idóneas puede verse afectado.

Asimismo, una posterior clasificación de la iatrogenia se encuentra en el voto 1431-2011, donde la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, estipula:

Se trata de iatrogenia positiva cuando las alteraciones no producen ningún daño, sino al contrario, el tratamiento o intervención es beneficioso al paciente. En la

⁴⁴Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 875-2007 de las ocho horas del catorce de diciembre del dos mil siete.

negativa, el efecto de la acción médica es más bien perjudicial a su salud; y se distinguen –a su vez- dos tipos, necesaria o innecesaria. La primera –iatrogenia negativa necesaria- se presenta en aquellos supuestos en que el galeno que lleva a cabo el procedimiento tiene pleno conocimiento del riesgo del daño a sufrir, por lo tanto el resultado es el esperado y previsto. En estos casos, cuando el especialista toma la decisión de intervenir, lo reconoce como un riesgo propio a favor del paciente, evalúa la conveniencia de usar el recurso que, por una parte tendrán efectos benéficos, sin embargo por otra, causarán efectos indeseables aunque inevitables, pero cuyo fin es evitar un mal mayor. Es importante destacar, que en este supuesto, el hecho de que se lleve a cabo un menoscabo en la salud del paciente no es producto del equívoco, descuido o ignorancia, sino que es inherente a la práctica de la medicina. De allí que se hable del –principio de doble efecto”. Por su parte, en la iatrogenia negativa innecesaria, se produce un daño, aún y cuando el médico haya tomado todas las previsiones del caso; pero el mismo se genera por la particular situación del paciente (reacción, particularidades anatómicas o fisiológicas o cualquier factor desconocido pero existente).⁴⁵

El voto expuesto versa sobre un caso de una señora que acude al Hospital Calderón Guardia debido a un problema con sus muelas cordales, las cuales fueron posteriormente extraídas, generando adormecimiento en la zona interna de la boca, que la lleva a morderse

⁴⁵Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 1431-2011 de las nueve horas y diez minutos del veintiuno de noviembre del dos mil once.

originando el rompimiento en varias ocasiones. Del expediente médico la Sala llega a establecer que se está ante un caso de Iatrogenia, por cuanto la fisiología de la paciente no es la usual, en el tanto su sus ápices radiculares estaban en contacto con el canal mandibular, lo cual tampoco era previsible por el médico, siendo que la intervención realizada fue acorde con una buena práctica médica.

La definición abordada en el voto mencionado, al ser más reciente, brinda una visión más clara en torno al término, categorizándolo de manera práctica en tres tipos. Se tiene primero la iatrogenia positiva, cuando a partir de un acto médico se produce un efecto inesperado, pero beneficioso para el paciente. En la iatrogenia negativa necesaria, se sabe que hay riesgo o posibilidades de generar un daño, pero el galeno procede con la intervención al evaluarla y considerarla lo más idóneo en el caso en concreto. En la iatrogenia negativa innecesaria se produce un daño inesperado como consecuencia de factores o elementos propios del paciente y que no hubieran podido ser evitados por el profesional en medicina aún y cuando tomara todas las medidas de cuidado.

La iatrogenia resulta, entonces, del buen actuar del profesional en medicina con resultados gravosos independientes al galeno, pero esperables dentro de los riesgos de la intervención, en la cual el médico garantiza brindar el medio adecuado, pero no el resultado deseado. No constituye mala praxis en el tanto no hay falta a la Lex Artis, sino es un factor externo el que interviene y es ajeno a la práctica del galeno, pudiendo ser uno de los riesgos predecibles de previo a la intervención, o producto de una característica propia del paciente.

La Iatrogenia dentro de la Teoría de la Imputación Objetiva.

A este punto es importante hacer mención a la llamada Teoría de la Imputación Objetiva, la cual busca la imputación a través de diversos filtros normativos interpretando un determinado comportamiento en su respectivo contexto social para poder así establecer si esto tiene un significado objetivamente delictivo.

Al respecto, es relevante lo mencionado por Vélez Fernández, quien aborda una explicación de dicha teoría haciendo referencia a las enseñanzas de Claus Roxin de la siguiente forma:

Roxin, a quien se considera el máximo representante de una perspectiva de la imputación objetiva vinculada al “principio de riesgo”, sintetiza la teoría de la imputación objetiva, del siguiente modo, “un resultado causado por el sujeto que actúa, sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo”. Se trata a juicio de Roxin, de que la imputación del tipo objetivo presupone la realización de un peligro, comprendido dentro del alcance del tipo penal, creado por el autor y no encubierto por el riesgo permitido.⁴⁶

Según la teoría de la imputación objetiva, la delimitación de culpabilidad y futura responsabilidad de un individuo debe sujetarse a si el resultado ocasionado ha sido alcanzado por la realización de un peligro creado por el autor y no abarcado por el riesgo permitido, siendo fundamental lo anterior a efectos de definir si existe un nexo de causalidad entre éste y el daño producido.

⁴⁶Velez Fernandez, G. (2008) —*La Imputación Objetiva: Fundamento y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de Roxin y Jakobs*”. Universidad de Freiburg, Suiza, Obtenida el día 12 de septiembre de 2014 de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_35.pdf

Respecto del riesgo permitido, éste surge como una figura dependiente de los riesgos inherentes a la sociedad, en la cual es el colectivo el que determina los riesgos permitidos socialmente como aquellos que son imposibles de prever, en palabras de Jakobs:

Puesto que una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que extraña la total ausencia de riesgos no es factible; por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediabilmente tolerado, como riesgo permitido.⁴⁷

El riesgo permitido es el costo de vivir en sociedad y de tolerar posibles daños inevitables, producto de factores ajenos a la intervención directa de un individuo.

Desde la perspectiva de la teoría de imputación objetiva, si la causa del resultado dañoso depende del azar y está fuera del dominio del autor como se supone en los casos de iatrogenia (en que se produce una lesión por factores ajenos al acto médico ejercido por el galeno), no existirá, en principio, una acción dirigida a causar el resultado, por lo que se presupone la no presencia de responsabilidad, al entrar la iatrogenia dentro de uno de los riesgos permitidos socialmente.

⁴⁷Jakobs, G. (1998), “*La imputación objetiva en derecho penal*”, Trad. Cancio Meliá, M. Lima, Perú: Editorial Grijley. (1ªed.), Pp. 41.

Capítulo Segundo: Fundamentos del Consentimiento Informado.

El presente capítulo pretende mostrar las nociones elementales del consentimiento informado como componente de la Lex Artis médica. Se encuentra dividido en tres secciones que buscan esclarecer la fundamentación del consentimiento informado dentro de la actuación médica y su regulación.

La primera sección se titula *“La Dignidad Humana como elemento de tutela fundamental”* y estudia esta figura conceptualizándola y analizándola al margen de la normativa y jurisprudencia que le son referentes. También, vincula este tema a la Bioética y los Derechos Humanos, analizando la relación existente entre ellos y brindando la base de resguardo para el resto de la investigación.

La segunda sección se titula *"Noción Histórica del Consentimiento Informado"* y aborda las primeras aplicaciones del consentimiento informado, así como su variación a través de la historia y sus diferentes fases de aplicación en la relación médico-paciente.

La tercera sección se titula *"El Consentimiento Informado en los Procedimientos Médicos y su relación con los Derechos Humanos"*, en la cual se conceptualiza la figura y se establece su fundamentación ética y jurídica, determinando el papel de dicho proceso como garantía de los Derechos fundamentales del Paciente.

La cuarta sección se titula *"Principal Regulación Nacional, respecto al Consentimiento Informado, en la Práctica Médica"*, la cual repasa la normativa costarricense, que regula específicamente dicha figura.

Sección Primera: La Dignidad Humana como elemento de tutela fundamental.

De previo a analizar el tema del consentimiento informado, es necesario detenerse a estudiar el tema de la dignidad humana, en el tanto, éste brinda el punto de partida para la tutela de la integridad de la persona, como un sujeto esencialmente igual que los demás en su naturaleza y derecho.

Conceptualización

En lo que refiere a la dignidad humana, Kant señalaba que ésta proviene del legítimo derecho de todo ser humano de ser respetado por sus semejantes, siendo esto, también, una obligación para éste. Al respecto, indica:

La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad) en virtud de la cual se eleva sobre todas las cosas. Así pues, de igual modo que él no puede auto enajenarse por ningún precio (lo cual se opondría al deber de la autoestima), tampoco puede obrar en contra de la autoestima de los demás como hombres, que es igualmente necesaria.⁴⁸

⁴⁸Kant, I. *Metafísica de las Costumbres*. Trad de Cortina, A. & Conill J. (1989), Madrid. Editorial, Tecnos. p. 335. Citado por Boladeras Cucurella, M. (2010), “La dignidad humana y los primeros estadios de la vida”. En Boladeras Cucurella, M. *¿Qué es dignidad? Filosofía, Derecho y Práctica Sanitaria*. Barcelona, España. Editorial Proteus. (1ªed) p. 17.

Se desprende de la referencia anterior, entonces que la dignidad es un elemento propio de la condición humana, siendo equitativo a todos por igual. En él reside el deber de respeto que se debe, tanto exigir como profesar y que se toma como base en el sentido de poder definirse como un ser autónomo y consciente, separado de los demás, pero igual que estos en su esencia humana.

Sobre este aspecto, Boladeras indica:

Este sentido moral surge de nuestro ser racional y de la voluntad de asumirnos como tales, con todo lo que ello implica de reconocimiento recíproco entre personas y de autoestima personal. Esto nos hace sujetos morales. (...)La dignidad es un valor intrínseco a todo ser humano, este valor le da derecho a no ser instrumentalizado ni despreciado por un trato que le equipara un valor de cambio, despreciando su naturaleza de miembro del reino de la libertad.⁴⁹

Desde esta perspectiva, se entiende, entonces, que la dignidad surge en el momento de reconocernos como humanos, o ser reconocidos como tales. Al ser considerados sujetos morales se adquiere un valor diferente, que evidencia como sujetos equitativos a las demás personas y que garantiza el no poder ser objeto de estos de forma arbitraria, siendo que se reconoce la naturaleza humana como un elemento de imposible valoración.

En lo que respecta de la extensión del concepto de dignidad, Hottois aclara:

La dignidad puede aplicarse al hombre, en todos sus estados (del embrión al individuo cerebralmente muerto,

⁴⁹ Boladeras Cucurella, M. *Ibíd.* p 17.

incluso al cadáver). En la totalidad y en todas sus partes (el cuerpo, los órganos, las células somáticas, los gametos, los genes...); tanto a individuos como a comunidades. También la dignidad puede aplicarse a actividades (deportivas, por ejemplo), a comportamientos (tratamiento de los pacientes), a procesos y maneras de asumirlos (la concepción, el nacimiento, el fin de la vida. (...)).⁵⁰

Lo anterior, permite extraer la dignidad humana como un carácter constante a lo largo de la vida de las personas y relevante en todos los aspectos en los que se vaya a desempeñar. Se tiene, tanto dignidad como sujeto y como colectivo, siempre que este último respete la integridad de cada uno de sus integrantes, de tales seres independientes. También, aparece la dignidad como una máxima de tutela en las actividades que se vayan a realizar siendo que éstas, sin importar su naturaleza, deben siempre resguardar la dignidad de quienes se vean involucrados en éstas.

Ahora bien, es importante establecer que la dignidad humana, en su perspectiva moderna, no entiende a los seres humanos como sujetos completamente iguales, como lo indica Antonio Pelé:

El concepto moderno de dignidad humana no niega la existencia de desigualdades entre los individuos. Lo que sí niega es que esas desigualdades naturales y sociales sean la justificación de un tratamiento desigual por parte de las instituciones o un trato degradante entre los individuos.

⁵⁰Hottois, G. —*Qué papel tiene el principio de dignidad en la toma de decisiones?*”, Trad de Llorens, V. (2011), En Boladeras Cucurella, M. (Ed), —*Biética: La Toma de decisiones. España*”, Editorial Proteus. (1ªed), Pp 21.

*Con otras palabras, cada uno merece un respeto debido por el mero hecho de ser humano.*⁵¹

Entonces, la dignidad humana no puede entenderse como una igualdad genérica, en el tanto es un concepto inaplicable a la sociedad contemporánea, donde las diferencias de clases se encuentran marcadas irremediamente. Se debe entender como la no jerarquización de personas acorde con su estatus social o características físicas, donde existe equivalencia en el trato de respeto exigible al prójimo, fundamentado esto en una igualdad respecto de la condición de ser humano como tal, visto desde una perspectiva desprovista de cualquier contexto que le determine y únicamente evaluado a partir de su naturaleza.

Es el hecho de ser humano el que garantiza la dignidad. Surge, entonces, de una identificación de la especie, que debe reconocer esta característica respecto de sus integrantes a fin de avanzar y sobrevivir adecuadamente. La dignidad resulta una característica que identifica como humanos, que hace equitativos a los demás respecto del trato se puede exigir y que se debe brindar, y que al mismo tiempo da la libertad de determinarse como seres individuales dentro del colectivo, con la posibilidad de aspirar a ser, según nuestros deseos.

Ahora bien, es importante señalar que la dignidad humana, al representar este carácter del ser humano como un ente libre e independiente ante sus iguales, toma dentro de sus fundamentos la autonomía, siendo que ésta garantiza verdaderamente que una determinada persona actúe acorde con lo que desea, reconociéndose como un ser individual.

⁵¹ Pelé, A. (2003), “Una aproximación al concepto de dignidad humana.” Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, obtenido el día 11 de marzo del 2015 de http://universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf

En lo que refiere a la autonomía de la persona, ésta es definida por Beauchamp y Childress de la siguiente forma:

*La regulación personal de uno mismo, libre, sin interferencias externas que pretendan controlar, y sin limitaciones personales, como por ejemplo una comprensión inadecuada, que impidan hacer una elección.*⁵²

Debe entenderse, entonces, que existe autonomía cuando haya libertad en el actuar, siendo que no haya influencias que controlen la toma de decisiones y se cuente con la capacidad para emitir éstas.

Asimismo, es de relevancia señalar que Diego Gracia indica que la autonomía requiere de tres condiciones para su adecuada configuración⁵³, siendo las siguientes:

- *Intencionalidad*: se adquiere cuando una acción es predeterminada y querida de acuerdo con un plan. Se toman en cuenta tanto las acciones queridas directamente y de forma específica, como aquellas que son necesarias para completar el plan deseado, que vienen a ser indirectas.
- *Conocimiento*: debe haber entendimiento de la acción para que esta sea autónoma. Se comprende una acción cuando somos capaces de entender su naturaleza y prever las consecuencias que depare.

⁵²Beauchamp, T.L, Childress, J. F. (1999), “*Principios de ética biomédica*”, Madrid. Editorial Masson, Pp113-114. Citado por Busquets, E. (2010), —*La dignidad humana en la práctica clínica.*” En Boladeras Cucurella, M. (Ed), *¿Qué es dignidad? Filosofía, Derecho y Práctica Sanitaria.* Barcelona, España. Editorial Proteus. p.53.

⁵³ Gracia, D. (1989), “*Fundamentos de Bioética.*” Madrid, España. Editorial Triascetela. (3ªed.) Pp. 183-185.

- *Ausencia de control externo*: la persona no debe verse compelida a realizar un acto, siendo que hay tres tipos de control que pueden llevar a este resultado. La coerción, se da cuando se influye mediante amenazas de daños indeseados. La manipulación consiste en la influencia por medios no coercitivos alterando la percepción de las elecciones. La persuasión es la influencia de inducir a una persona mediante procedimientos racionales a aceptar las creencias o acciones del persuasor.

Estas tres condiciones permiten entender la base de la autonomía, siendo que para que un acto sea verdaderamente autónomo, deberá llevar un trasfondo cognitivo donde la persona haya predeterminado la acción que vaya a realizar, pudiendo entender la extensión de ésta y los efectos que conlleve, siendo además, una decisión realizada por voluntad propia donde no haya inferencia de otras personas que afecten la toma de la decisión.

Al respecto, es importante señalar, también, el criterio de Ramos Pozón, quien indica la importancia de la autonomía, tomando en base las tres condiciones referidas anteriormente, en el momento cuando un paciente tome la decisión de someterse a un determinado tratamiento:

El respetar las decisiones autónomas implica, como mínimo, asumir que las personas tienen unas opiniones y que pueden elegir u realizar actos fundamentados en sus propios valores y/o creencias. Para que una acción sea sustancialmente autónoma la persona tiene que actuar de manera intencionada, comprendiendo lo que hace, exenta de influencias controladoras y percibiendo que lo que está haciendo es autorizar o desautorizar una intervención, y que está realizando un procedimiento encarado hacia su

*cuerpo que comporta unos riesgos/beneficios, ventajas y desventajas.*⁵⁴

Resulta, entonces, que para que haya autonomía en la toma de una decisión que involucre una intervención de carácter médico sobre la corporalidad de una persona, ésta debe tener conocimiento de lo que va a suceder, entendiendo las connotaciones que existan en el procedimiento y los efectos que éste va a tener sobre su integridad. Debe existir ese conocimiento a fin de que la persona pueda tomar una decisión predeterminada al evaluar las variables que se relacionen con la intervención en concreto. Una vez que el paciente se encuentre en capacidad de emitir una opinión, ésta debe ser respetada, independientemente de la inherencia de otras personas, siendo el proceso de información que reciba y el acatamiento de la decisión que emita, un reflejo de respeto por su dignidad humana.

Teniendo en claro el concepto de la dignidad humana y la autonomía como un elemento básico de ésta, se procede a estudiar su relación con la bioética y los derechos humanos.

Bioética y Derechos Humanos, su relación con la Dignidad Humana.

A este punto, es necesario hacer referencia al concepto de Bioética, siendo que su relación con los derechos humanos y la dignidad humana es fundamental en el presente estudio. Al respecto, Reich le define como *—el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y los valores morales—*⁵⁵.

⁵⁴Ramos Pozón, S. (2010), *—El consentimiento informado en la esquizofrenia: revisión del concepto dignidad—*. En Boladeras Cucurella, M. (Ed), *¿Qué es dignidad? Filosofía, Derecho y Práctica Sanitaria*. Barcelona, España. Editorial Proteus. p 220.

⁵⁵Reich, W. T. (1978), *“Enciclopedia of Bioethics*. Free Press. New York”. Citado por Hooft, P. F. (2004), *“Bioética y Derechos Humanos”*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma. (2ªed.), p 21.

Esta primera referencia permite ubicar a la bioética desde una perspectiva moral y filosófica, en el tanto busca unir y analizar a la ciencia biológica que estudie la vida y la prestación de servicios de salud, con parámetros existenciales que son más bien relativos a la conciencia colectiva que ha desarrollado la humanidad y direccionados al significado de la vida.

A su vez, otro concepto de especial interés es el desarrollado por la Asociación Internacional de Bioética, quien entiende bioética como *—el estudio de los problemas éticos, sociales, legales, filosóficos y otros relacionados, que emergen en la atención de la salud y las ciencias biológicas—*⁵⁶.

El anterior enunciado señala lo basto de la bioética, al entenderla en un carácter más allá de su contexto normativo aplicado a una visión ética o filosófica, donde más bien extiende su alcance al ámbito político y jurídico.

Las referencias anteriores permiten establecer la bioética como un medio para analizar y ubicar, tanto los escenarios como a los sujetos que integren las relaciones que surjan de la prestación de servicios de salud, ya sea desde la perspectiva de prestador del servicio o como paciente, desde un análisis ético fundamentado en su condición humana. A su vez, se extiende al análisis de las connotaciones jurídicas que surjan de estas relaciones, siendo que el estudio se da, tanto desde una perspectiva moral como legal, todo con un trasfondo filosófico encaminado hacia la tutela de la dignidad humana.

⁵⁶Hooft, P. F. (2004), *“Bioética y Derechos Humanos.”* Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma. (2ªed.), p21.

Asimismo, es importante señalar que la bioética cuenta con principios fundamentales, que le rigen y permiten constituir su aplicación en beneficio de la sociedad. Estos, de acuerdo con el criterio de Cano Soler⁵⁷, son los siguientes:

- *Principio de Benevolencia*: se debe buscar el bien común para la sociedad. Las posibilidades que surjan de la ciencia deberán ser aplicadas al beneficio común, tutelando la preservación del medio ambiente como medio de supervivencia de la humanidad.

- *Principio de No Maleficencia*: se debe evitar la realización de cualquier mal si el conjunto de la ciudadanía no está dispuesta a asumirlo, aunque sea solo respecto de una posible amenaza.

- *Principio de Justicia*: se debe buscar la socialización de la ciencia, en el tanto cada avance en materia de salud debería ser universalizable y aplicable para toda la humanidad, esto respetando las particularidades de cada cultura, así como su legítima opción de rechazarla.

- *Principio de Autonomía*: entendiendo la autonomía como la capacidad de decidir sobre sí mismo, tanto desde una perspectiva individual, como respecto de la capacidad de decisión colectiva.

La importancia de estos principios radica en que permiten dar una base o lineamiento respecto de las máximas que se buscan tutelar mediante la bioética. Se analiza las ciencias biológicas desde una perspectiva en pro del desarrollo social y el beneficio común, buscando eliminar brechas entre poblaciones por su contexto sociocultural. En la búsqueda de esparcir el conocimiento, extendiendo su uso en materia de salud a toda la población, se

⁵⁷Cano Soler, M. (2011), —*Principios bioéticos, tecno ciencia y procesos de decisión social*—. En Boladeras Cucurella, M. (Ed) “*Bioética: La Toma de decisiones*”. España. Editorial Proteus. (1ªed) Pp 131-133.

resguarda la dignidad humana de ésta como colectivo al proporcionar equitativamente medios de mejora de la condición de vida y al dejar la puerta abierta respecto de la autonomía para actuar, según se considere lo más conveniente en relación con los avances que surjan.

Teniendo en claro los principios que sustentan la bioética, es importante señalar las conclusiones en relación con ésta a las que llega Victoria Camps en su estudio, donde indica:

*Lo importante en bioética no es establecer criterios de dignidad que nos sirvan para resolver problemas concretos, sino más bien dar razones y argumentos a favor de las decisiones y comportamientos dignos y en contra de los indignos. Así, el concepto de dignidad irá enriqueciendo su contenido. La ética es una disciplina modesta, que no aporta ni grandes respuestas ni grandes soluciones. Nos ayuda, sin embargo, a dar buenas razones de por qué estamos dispuestos a defender ciertas maneras de actuar y rechazamos otras.*⁵⁸

La bioética resulta, entonces, una materia amplia que a fin de cuentas no busca imponer un criterio de dignidad específico, sino más bien, analizar las situaciones concretas para determinar si se está ante un comportamiento que atente contra la dignidad de una persona o un colectivo, a fin de dar su adecuada tutela en caso de ser así. El carácter filosófico y ético ayuda a justificar y sustentar el apoyo a formas de actuar y pensar, así como el rechazo a acciones que más bien sean contraproducentes a la dignidad.

⁵⁸Camps, V. (2010), —*Dignidad y autonomía*—. En Boladeras Cucurella, M. (Ed) —*¿Qué es dignidad? Filosofía, Derecho y Práctica Sanitaria*—. Barcelona, España. Editorial Proteus, p. 80.

Todo lo anterior toma en cuenta y debe ser analizado, también, a la luz de los derechos humanos, que resultan máximas garantías en pro de los seres humanos y son fundamentados en la dignidad de estos.

En lo que respecta de los derechos humanos como tal, una consideración sobre su concepto es realizada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, quienes indican:

*Los Derechos Humanos son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado.*⁵⁹

Esta concepción ubica a los Derechos Humanos como un conjunto de instituciones sociales que se suponen propias de las personas por su condición humana. Brindan garantías de equidad respecto de máximas que se deben respetar y velar para una adecuada calidad de vida. Deben encontrar resguardo en el ordenamiento jurídico y tener un adecuado medio para su tutela.

Es importante señalar, que como lo menciona Fernández Sesgado, posterior a la Segunda Guerra Mundial, el constitucionalismo coincide con la universalización de los derechos humanos y trae como un rasgo sobresaliente *—la elevación de la dignidad de la*

⁵⁹Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México. Obtenido el día 09 de febrero del 2015 de http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos

persona humana a la categoría de núcleo axiológico constitucional y, por lo mismo, a valor jurídico supremo del conjunto ordinamental”⁶⁰.

Al respecto indica Hooft:

De ese reconocimiento superlativo del valor de la persona humana derivará un amplísimo reconocimiento de los diversos derechos de la persona y una multiplicidad de mecanismos de garantía. Además, como todos los derechos humanos remiten a su vez a la dignidad personal, no es vano afirmar que el derecho a la dignidad se manifiesta en todos los otros, o es compartido por estos, en mayor o menor grado según su índole o contenido.⁶¹

Los derechos humanos son relativos a la dignidad humana, que a su vez, se manifiesta como derecho también. Esto en el tanto la dignidad resulta fundamento para estos al buscar la afirmación de elementos básicos de tutela para garantizar la calidad de vida de las personas y la integridad de éstas en las esferas de básico reconocimiento en pro de su cotidianeidad fundamentado en su calidad de ser humano.

Lo anterior, se ve respaldado por Hooft cuando establece:

La necesaria articulación de los nuevos derechos a la integridad, la calidad de vida, la atención de la salud como derecho fundamental, al respeto al cuerpo, a la preservación de la especie, la protección del medio ambiente natural y espiritual, no hace sino expresar la estrecha relación- más aún, diría, la verdadera

⁶⁰Fernández Segado, F. (1996), —*La dignidad de la persona humana como valor supremo del ordenamiento jurídico*”, En revista *El Derecho*. Buenos aires, Argentina. Citado por Hooft, P. F, Óp. Cit.,56, p.9.

⁶¹Hooft, P. F, Ibid. p. 9.

*convergencia- entre la bioética, la filosofía del derecho y el ordenamiento jurídico en sentido estricto, encuadrado todo ello en la más amplia perspectiva de los derechos humanos.*⁶²

Hay una relación directa entre dignidad humana, bioética y derechos humanos en el tanto la preocupación contemporánea por el resguardo de estos evidencia un estudio filosófico y ético detrás. De ahí, se ha entendido que la mejor manera de la preservación de la especie radica en la tutela de sus elementos de supervivencia básica, que trascienden no solo como un medio, sino como parte misma de la condición humana.

Ahora bien, en lo que respecta de la eficacia de los derechos humanos, Salazar Murillo indica:

*Por el gran significado de los derechos fundamentales, la garantía de los mismos no puede depositarse en el reconocimiento, pues su vigencia no debe limitarse a una posibilidad de ejercicio, sino que ha de ser asumida por el Estado y traducirse en el sometimiento de los distintos poderes a la Constitución. Es una obligación del Estado, no solo de asegurar que el propio Estado no viole esos derechos, sino que debe aportar los mecanismos necesarios para permitirle su pleno ejercicio, inclusive actuando contra particulares que pretendan lesionar esos derechos.*⁶³

⁶²Hoof, P. F, Ibid. p.13.

⁶³Salazar Murillo, R. (2000), “*Intervenciones Corporales y Tutela de los Derechos Fundamentales*”, San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. (1ªed), p. 36.

Se entiende, entonces, que la tutela de los derechos no debe realizarse, únicamente, desde una perspectiva jurisdiccional (aunque queda claro que es función de los jueces el garantizar el ejercicio pleno de estos), sino que es un carácter propio de la Administración Pública, en el tanto debe garantizar al ciudadano la validez de sus derechos.

Se tutela la dignidad humana al proporcionar medios judiciales para permitir el pleno ejercicio de los derechos humanos, pero debe realizarse, también, una intervención estatal a favor de estos donde haya una adecuada obediencia y resguardo de estas máximas. Lo anterior, en el tanto debe entenderse que no toda la población cuenta con la misma formación o los mismos medios y debe haber tutela, tanto sobre la sociedad en general, como respecto de las poblaciones en posiciones de vulnerabilidad.

Ahora, respecto de la posición de la dignidad humana frente los derechos fundamentales, Nogueira indica:

Podemos sostener la primacía de la dignidad de la persona sobre los derechos fundamentales, ya que estos tienen su fuente y fundamento en la primera, debiendo rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella. La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales. La dignidad humana se constituye en una barrera o límite inmanente a toda reforma constitucional, que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla. La dignidad del ser humano es el minimum invulnerable que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda

*legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna.*⁶⁴

Destacable señalar, entonces, que la dignidad humana existe por encima de los derechos fundamentales, en los tantos estos últimos son los que tienen que darle sustento. Consta la dignidad como el mínimo de garantía que debe otorgar un ordenamiento jurídico, siendo que no se pueden generar normas o derechos que vayan a trascender esta esfera de humanidad correspondiente a una persona.

Asimismo, es importante mencionar que Salazar Murillo indica en su estudio una serie de derechos fundamentales⁶⁵, que van de la mano y complementan a la dignidad, entendiéndolos:

- *Dignidad de la Persona*: entendido como el hecho de ser reconocido como un ser con fin propio y no como un medio para los fines de otros. Piensa que la individualidad de la persona como la capacidad de dirigir las acciones y realizarse como tal, sin verse cohibido por terceros que impongan maneras de actuar o pensar.
- *Derecho a la Intimidad*: derecho subjetivo de la persona de no ser observado o molestado en su domicilio o en su actuar cotidiano, así como respecto de su propio cuerpo. También, el no ser monitoreado a través de medios de comunicaciones privadas o ser expuesto en los registros de datos que lleven las entidades médicas, tributarias y similares.
- *Derecho a la Integridad Física y Moral*: la tutela de la persona, tanto respecto de su corporalidad, como sobre su estado psíquico. La integridad física se

⁶⁴Nogueira Alcalá, H. (2011), “*Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad*”. Universidad de Genova. Obtenido el día 23 de marzo del 2015 de <http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Dignidad.pdf>

⁶⁵Salazar Murillo, R. Óp. Cit., 63, Pp 73-90.

entiende como la propia disposición del cuerpo, siendo que nadie puede causar intromisión en éste sin un consentimiento previo. El aspecto de integridad moral existe con respecto de la salud mental de la persona, siendo que éste tampoco puede ser intervenido por otra a fin de obtener información o lograr un resultado.

- *Derecho a la Salud:* junto al Derecho a la Vida y la Integridad, entiende que toda persona tiene derecho a acceder a un servicio médico en caso de existir un riesgo en su salud, siendo necesario que exista autorización para ser intervenido.

- *Derecho a la Libertad:* es un derecho inherente a la persona, pero cuyo ejercicio puede verse intervenido en el tanto no es un derecho absoluto, siendo necesario para ello una adecuada intervención judicial.

Estos derechos fundamentales son parámetros que deben ser tutelados para el adecuado desarrollo de la persona, que debe ser entendida como un ser íntegro, parte de un colectivo, pero individual e independiente de éste. Contribuyen con el funcionamiento de la sociedad en el tanto, sus componentes como seres diferentes, pero iguales en su naturaleza. Esta equidad fundamenta y garantiza la dignidad humana, en el tanto más allá del contexto socioeconómico de cada individuo existen los derechos fundamentales como máximas de carácter casi hierático respecto de lo que debe ser respetado y garantizado socialmente.

La dignidad humana y los derechos fundamentales, como anteriormente se expuso, son garantías que establecen el derecho del ser humano: a la autonomía de voluntad, a la salud, a la libertad, a la integridad física y moral. Estos derechos, como será expuesto más adelante, establecen el derecho del paciente a decidir sobre los procedimientos médicos que desea autorizar que se le realicen en su cuerpo. Por lo tanto, si se produce una invalidez o la ausencia del consentimiento informado se estaría presentando una violación directa a la dignidad humana vista desde una visión integral.

Habiéndose referido a la bioética y los derechos humanos al margen de la dignidad humana, es importante analizar también cuál ha sido su construcción normativa, así como el análisis que haya tenido dentro de la jurisprudencia de nuestro país.

Tutela a la dignidad humana en la normativa y jurisprudencia costarricense.

En lo que refiere a la tutela que se ha dado a la dignidad desde una perspectiva normativa, la Carta Magna de nuestro país le brinda resguardo, siendo que en sus artículos 33 y 40 indica:

Artículo 33.- Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

Artículo 40.- Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula.⁶⁶

Al encontrarse dentro de la Constitución Política de nuestro país, los anteriores artículos alcanzan especial relevancia al ser reconocidos como máximas de especial tutela, siendo que no pueden ser violados o revocados por normas posteriores. Al señalar la igualdad ante la ley y el trato justo al enfrentarse a la justicia se garantiza la dignidad humana al reconocer al sujeto como un ser igual en su naturaleza a los otros seres humanos, siendo que no viene a ser ni más ni menos que estos y no merece un trato mejor o peor.

⁶⁶Constitución Política de Costa Rica, Artículos 33 y 40. Obtenida el 23 de marzo del 2015 de http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC

Es importante indicar el criterio de Nogueira sobre la dignidad humana en la Constitución Política, siendo que al respecto menciona:

*La afirmación constitucional de la dignidad humana constituye un enunciado constitucional de eficacia directa y de aplicabilidad inmediata, teniendo un efecto anulatorio o invalidatorio de toda norma que contravenga o ignore dicha dignidad. El valor y principio jurídico de la dignidad humana genera un efecto de irradiación que se difunde sobre los otros principios e instituciones constitucionales.*⁶⁷

A partir de este criterio se puede determinar que al maximizar el carácter de la dignidad humana a un elemento de tutela fundamental se busca garantizar la preservación de sus extremos a lo largo, tanto de la Carta Magna como de cualquier figura normativa posterior. Se establece como un valor intrínseco al ordenamiento mismo, llegando a suponer que cualquier regulación que se haga posteriormente le tomará en cuenta como dogma de trasfondo.

Es importante, también, hacer mención a los Tratados Internacionales en los que Costa Rica es parte, en el tanto brindan un sustento normativo fundamental de tutela. Esto dado que cuando en un tratado internacional se otorguen mayores derechos o garantías a los establecidos dentro de la propia Constitución Política, se entiende que estos contienen valor constitucional y hasta supraconstitucional.

En esta categoría, es importante mencionar la Convención Americana de Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969, donde se hace referencia en sus artículos 11.1 y

⁶⁷ Nogueira Alcalá, H. Óp. Cit., 64

5.2 a la Protección de la Honra y la Dignidad y el Derecho a la Integridad Personal, siendo que se establece:

Artículo 11.1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

Artículo 5. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.⁶⁸

Los anteriores artículos son equivalentes a los ya señalados dentro de la Constitución Política, lo que refleja un verídico resguardo por su contenido. La igualdad ante la ley y el respeto a la integridad física y moral sin importar las circunstancias del sujeto son reflejo de la lucha por la tutela de la dignidad humana, en el tanto se entiende al ser humano como un ente digno de respeto y semejante a sus congéneres.

Asimismo, resulta fundamental señalar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, que hace referencia a la dignidad de las personas en sus artículos 1, 22 y 23.3, donde se estipula:

Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener,

⁶⁸ Convención Americana de Derechos Humanos, Artículos 5.2 y 11.1. Obtenido el día 19 de marzo del 2015 de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 23.3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.⁶⁹

Es importante destacar cómo la dignidad humana, entonces, no solo se da en un ámbito de igualdad respecto de los congéneres. Existe, también, en un ámbito social, donde se entiende que la satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales son fundamentales para la dignidad de una persona, tanto así que se puede hasta llegar a concebir como la finalidad de los derechos humanos. Asimismo, es interesante señalar como se indica que cuando una persona por sus propios medios no pueda garantizarse una existencia conforme con la dignidad humana para sí y su familia, ésta deberá ser cumplida por otros medios de protección social en manos del estado.

Asimismo, puede ser mencionado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 16 de diciembre de 1966, en el tanto en su primer artículo brinda una aproximación respecto de la relevancia de la dignidad humana como colectivo, al señalar:

Artículo 1. 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de ese derecho establecen

⁶⁹Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículos 1, 22 y 23.3. Obtenido el día 20 de marzo del 2015 de <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreTreatiessp.pdf>

libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación y respetarán ese derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.⁷⁰

Sobre esta regulación resulta importante enfatizar cómo se tutela la determinación de los países como elemento básico para regirse políticamente y desarrollarse en términos integrales. Se denota la garantía de la dignidad humana, al resguardar esa libre determinación en el colectivo, en el tanto al considerar su voluntad como Estado ante las demás partes del pacto se permite el establecimiento de criterios de carácter socioeconómicos acorde con las necesidades de la población, lo que a fin de cuentas trasciende al grupo social y alcanza al individuo.

De igual forma, los artículos posteriores brindan resguardo a esa dignidad individual, en el tanto comprometen a las partes del pacto por asegurar el goce de los derechos que tutela a todas las personas por igual, sin considerar el contexto del que provengan. Se

⁷⁰Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 1. Obtenido el día 20 de marzo del 2015 de <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreTreatiessp.pdf>

reconocen derechos como la remuneración debida del trabajo, el acceso a la salud, la preservación de la familia, el acceso a la educación y la participación cultural como elementos de la formación integral de la persona, indispensables para su desarrollo.

A modo de complemento normativo existe, también, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966, que retoma en su primer artículo la misma norma que la enunciada anteriormente, y entiende los derechos que resguarda fundamentados desde la dignidad humana como colectivo y dirigidos hacia la dignidad individual. Esto se evidencia en el preámbulo, donde de previo a pactar, las partes reconocen la razón de ello:

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana,

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales.⁷¹

⁷¹Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Preámbulo. Obtenido el día 20 de marzo del 2015 de <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreTreatiessp.pdf>

Es fundamental esta justificación, en el tanto se evidencia nuevamente la necesidad de participación e intervención estatal a fin de brindar una tutela a los derechos que garanticen la dignidad de la persona. El cuerpo normativo en general repasa la importancia de la vida, del tratamiento digno de los privados de libertad, de la libertad individual (tanto de actuar como de pensamiento), de la igualdad ante la ley, de la reunión pacífica y de la tutela especial de las personas en estado de vulnerabilidad; todo esto como garantías en pro de la configuración de la mencionada dignidad.

Un reconocimiento moderno respecto de la dignidad humana se encuentra referida, también, en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, del 11 de noviembre de 1997, que es el primer instrumento internacional que ha abordado el tema del Genoma Humano, analizando su tutela como inherente a la dignidad humana, como se puede apreciar en sus dos primeros artículos:

Artículo 1. El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad.

Artículo 2. (a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas. (b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad.⁷²

⁷²Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, Artículos 1 y 2, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Obtenido el día 23 de marzo del 2015 de http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

El mencionado cuerpo normativo entiende la utilidad del estudio del genoma humano para el mejoramiento de la salud de la población en general, pero reconoce la existencia de un criterio ético de tutela tras ello, siendo la dignidad humana. En este sentido, se entiende el genoma humano, más que como un código genético, como la raíz de la humanidad y, por tanto, no puede ser estudiado inescrupulosamente en experimentación que genere efectos adversos o indignos para las partes involucradas.

Ahora bien, en lo que respecta de la práctica médica y el consentimiento informado, la tutela de la dignidad en relación con el paciente se encuentra normada en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto de las aplicaciones de la Biología y la Medicina, también llamado Convenio de Oviedo, del 4 de abril de 1997. En este cuerpo normativo, se establece en el primer artículo:

Artículo 1. (Objeto y finalidad) Las partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina.

*Cada parte adoptará en su legislación interna las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente Convenio.*⁷³

Este convenio resulta de especial relevancia, en el tanto específicamente, se dirige a normar lo relativo a la práctica médica en lo que respecta del trato digno hacia el paciente. Es por eso que en el resto de sus normas se concentra en maximizar la primacía del ser humano sobre el interés de la ciencia, así como el adecuado acceso igualitario a los

⁷³Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, Artículo 1. Obtenido el día 13 de marzo del 2015 de <http://www.bioeticanet.info/documentos/Oviedo1997.pdf>

servicios de salud. Regula, también, las obligaciones profesionales y normas de conducta respecto de quienes ejerzan profesiones relativas a esta materia, y establece el consentimiento de previo a cualquier intervención, médica y científica, como una garantía necesaria para resguardar la dignidad del paciente.

Es importante hacer mención también, a como se ha interpretado la figura de la dignidad dentro de la jurisprudencia costarricense, específicamente, la referida por la Sala Constitucional. Al respecto, en su resolución 11901-2007 estableció:

Junto a la vida, íntimamente ligada a su sentido y verdadero valor moral y social, se encuentra el reconocimiento y necesario respeto a la dignidad humana, base y fundamento para la garantía de los demás derechos fundamentales, que sin ella carecen de sentido. Sobre el respeto a la dignidad humana se asienta el orden y la paz social, así como toda organización que se precie de ostentar una legitimación sustancial de su existencia. Derechos fundamentales como la intimidad, la libertad, e igualdad son todos derivados de la dignidad del hombre, base del sistema de Derechos Humanos. Como tales, son derechos que nacen con la persona, de modo que no tienen su origen en un texto que así lo reconozca, sino de la naturaleza intrínseca del ser humano.⁷⁴

Es trascendental recalcar cómo la Sala Constitucional considera la dignidad humana entendida como una cualidad inherente a los derechos fundamentales y de un carácter tan importante como lo es el de la vida misma. Asimismo, le establece como una base del

⁷⁴Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 11901-2007 de las catorce horas y cincuenta y siete minutos del veintiuno de agosto del dos mil siete.

orden y la paz social, siendo que destaca su función dentro de la sociedad contemporánea como un medio de legitimación y garantía de ser sujeto de derecho y digno de respeto.

A modo de complemento de los lineamientos anteriores, es fundamental hacer referencia a la resolución 1428-1996 de la Sala Constitucional, donde ha indicado:

La dignidad humana se da así como límite, como barrera a cualquier injerencia del poder en el individuo y, aún cuando es de difícil definición y determinación, puede describirse o considerarse como el más profundo sentimiento que cada uno tiene de sus derechos y condiciones fundamentales para existir, a través del cual se da el sentido de la propia identidad como persona y del significado como ciudadano. Ese sentimiento nos da la percepción del valor que le asignamos a la persona humana y que es la base para el reconocimiento de los demás derechos y atributos, en primera instancia propios, pero que al mismo tiempo trae su reconocimiento en los demás. Por eso se dice que la dignidad humana es la plataforma de la igualdad, porque los parámetros de valoración son siempre los mismos para toda persona, sin excepción.⁷⁵

De dicha jurisprudencia, se podría concluir que la dignidad humana existe en una esfera subjetiva de la persona, en el tanto genera un sentimiento de independencia que busca el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales, al determinarse como un ser igual por naturaleza a los demás seres humanos. De ahí que exija respeto y llegue a entender la obligación de brindarlo. Es el primer criterio que se aproxima a un sentido de

⁷⁵Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 1428-1996 de las quince horas y treinta y seis minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y siete.

equidad natural y que de ser aplicado correctamente puede llegar a devenir en orden y paz social una vez que se sumen los diferentes elementos del contexto socioeconómico y cultural que generen las diferencias.

Es importante mencionar que los criterios expuestos con anterioridad han sido recurrentes dentro de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, siendo que votos como los 6470-1999, 1991-2007, 3924-2007 y 17247-2007 han recalado en el aspecto de la dignidad humana en la misma línea que las referencias expuestas previamente, inherentes y aplicables al estudio de cualquier derecho humano, como lo es el de la educación, la no discriminación y el acceso al debido proceso.

Habiendo estudiado la dignidad humana, se establece ésta como la base de resguardo para el presente estudio y se procede con el análisis del Consentimiento Informado, como garantía de la dignidad humana y los derechos fundamentales.

Sección Segunda: Noción histórica del Consentimiento Informado.

Para la comprensión idónea de la figura del consentimiento informado en la práctica médica, en su contexto contemporáneo; se debe revisar previamente sus orígenes y evolución, tanto en el campo médico como jurídico. Primeramente, se debe realizar un breve recorrido, retomando lo estudiado en el capítulo anterior respecto del nacimiento de la ciencia médica, la cual se ha abocado a la investigación y curación de enfermedades que han aquejado a los seres humanos.

Inicios de la ciencia médica y periodo paternalista de la relación médico-paciente.

El hombre desde sus inicios trató de dar explicación a las diferentes enfermedades que poseía y, asimismo, buscó diferentes medios para curar dichos padecimientos, por lo cual recurrió en muchas ocasiones a explicaciones mágicas o espirituales y a medios

empíricos, usualmente religiosos, magos y curanderos se dedicaban a dicho quehacer.⁷⁶ En razón de ello, la ciencia médica tiene sus primeros orígenes en Grecia, aproximadamente, en el quicio de los siglos VI y V a. de C; época cuando algunos habitantes de las colonias Magna-Griega y Sicilia, que se dedicaban a la curación de enfermedades, pasaron de realizarla como una actividad meramente empírica para convertirse en técnicos o científicos; que podían dar explicación del porqué y para qué de la medicina.⁷⁷ El texto célebre que marca dicha pauta, es el expuesto por Alcmeón de Crotona, quien señala:

*La salud está precedida por el equilibrio de las potencias: lo húmedo y lo seco, lo frío y lo cálido, lo amargo y lo dulce, y las demás. El predominio de una de ellas (manarkhía) es causa de enfermedad; pues el predominio de una de las dos es pernicioso. En lo tocante a su causa, la enfermedad sobreviene a consecuencia de un exceso de calor o de frío; y en lo concerniente a su motivo, por exceso o defecto de la alimentación; pero en lo que atañe al dónde, tiene su sede en la sangre, en la médula (myelós) o en el encéfalo. A veces se originan las enfermedades por obra de causas externas: por la peculiaridad del agua de la comarca, por esfuerzos excesivos, forzosidad (anánke) o causas análogas. La salud, por el contrario, consiste en la bien proporcionada mezcla de cualidades.*⁷⁸

⁷⁶Laín Estralgo P, —*La Medicina Hipocrática*”, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes. Obtenido el 16 de febrero del 2015 de http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/la-medicina-hipocratica/html/eb4cdfa6-c5c0-11e1-b1fb-00163ebf5e63_2.html

⁷⁷Simón, P (2000), “*El Consentimiento Informado, Historia, Teoría y Práctica*”, Madrid, España. Editorial Triacastela, (1ªed.), p. 26

⁷⁸Laín Entralgo (1978:93). Citado en Simón, P (2000), “*El Consentimiento Informado, Historia, Teoría y Práctica.*” (1ªed.), Madrid, España. Editorial Triacastela, p. 27

Dicho texto es fundamental, ya que marca la pauta del cambio de pensamientos de dicha civilización, la cual encontraba como solución a las diversas enfermedades la utilización de la ciencia del cosmos. Consideraban que la magia, espiritismo o la religión podrían dar respuesta a las dolencias del ser humano y en aquellos casos en los cuales no fuese posible se aplicaban métodos empíricos. Como se puede apreciar se pasa a considerar que la salud del ser humano tiene una íntima relación con la naturaleza y con las diferentes actividades que éste realice; lo cual los lleva a estudiar las diferentes causas de las enfermedades y posibles métodos de curación, permitiendo dar respuesta a las grandes interrogantes de las dolencias humanas que anteriormente eran explicadas por medio del cosmos.

En este inicio de la ciencia médica, se considera que *—el arte de la medicina consta de tres elementos, la enfermedad, el enfermo y el médico. El médico es el servidor del arte. Es preciso que el enfermo oponga resistencia a la enfermedad junto al médico.*” (Epidemias, I, II. En Hipocráticos, 1989:63)⁷⁹

Dichos elementos, llevan a determinar un tipo de relación paternalista o vertical entre médico y el paciente. Como se puede apreciar, en la época en mención se consideraba al médico como un hombre sabio, representante de la salud- del orden natural,- de lo bueno y lo bello; un amigo de la sabiduría y de la verdad que sustentaba su saber práctico en su conocimiento científico⁸⁰; cuya principal función es curar al enfermo y restaurar o regenerar sus costumbres, en moralizarlo enseñándole en qué consiste el bien, natural y moral.⁸¹

Mientras tanto al paciente se le consideraba *“un individuo desordenado, por definición falso, feo y malo. Es un infirmus, como dirían los latinos, un ser sin firmeza, un*

⁷⁹Simón, P, *Ibíd.*, p 26-27. Citando a (Epidemias, I, II. En Hipocráticos, 1989:63)

⁸⁰Matarrita Alvarado S. (2005), *“El consentimiento informado como instrumento de tutela de la vida y la salud en la legislación costarricense.”*, Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, p .6

⁸¹Matarrita Alvarado S. *Ibíd.*, p 6

minusválido físico, psíquico y moral, incapaz de conocer que le conviene para restablecer el orden perdido, la salud. Sobre todo porque en buena medida él es el responsable de esa pérdida, ya que el desorden natural acontece básicamente por un desorden del sujeto que es a la vez natural, fisiológico y moral”⁸².

Por lo tanto, al considerarse que el paciente no contaba con las capacidades suficientes para determinar qué es lo bueno y lo malo, así como para poder cuidar de su propia salud; el médico es el único capacitado para poder determinar el tratamiento que el paciente debe recibir y los diversos procedimientos médicos a realizarle. En esta etapa no posee ninguna validez la opinión del paciente al procedimiento ni su autorización; por lo tanto no existe el consentimiento informado de éste, si no que se percibe desde una ética clásica, en la cual el paciente debe seguir las órdenes del médico como medio para la restauración de su salud. Así mismo, se considera que solamente en casos en los cuales sea necesario para una mayor colaboración del paciente se le brindará la información necesaria para su atención, ya que de otra manera podría distorsionar en mayor manera la capacidad de entendimiento del paciente.⁸³ Sin dejar de lado que la intención principal del médico es el mayor bienestar del paciente y su salud, lo cual lleva al nacimiento del principio de beneficencia anteriormente estudiado.

La relación médico- paciente de tipo paternalista se extendió durante toda la Edad Media, la cual se ubica durante el siglo V al XV. Dicha época se caracteriza por el gran poder ejercido por la iglesia en la cual los derechos fundamentales se consideraban patriarcales y androcárnicos, marcando la jerarquización de la sociedad. Un claro ejemplo se puede observar en el caso de los médicos quienes tenían poder de decisión sobre sus pacientes, por ser hombres sabios y conocedores de la ciencia. Sus valores sociales se

⁸²Simón, P, Óp. Cit. 77., p 27

⁸³Simón, P. ibíd., Pp 27,28 y 29.

relacionaban con la fuerza, el fanatismo religioso y el respeto a las jerarquías políticas, religiosas y familiares.⁸⁴

A partir de la segunda mitad del siglo XV y la primera del siglo XVI, se produce el desarrollo en Europa Occidental de la época denominada “Renacimiento”. Dicho periodo se caracteriza por los goces mundanos, manifestaciones artísticas y científicas, descubrimientos geográficos, unificación del poder político, desarrollo de doctrinas mercantilistas y capitalistas y, principalmente, el desarrollo del racionalismo, el cual permitió⁸⁵ un abandono de las doctrinas religiosas. Por ende, su pensamiento se centra, principalmente, en el ser humano y sus capacidades; en donde el hombre toma conciencia de que el saber no se puede limitar a lo conocido, empezando a cuestionar dicho orden, investigando y analizando su alrededor; determinándose como un ser inteligente, racional, libre y poseedor de dignidad.⁸⁶

El Renacimiento es de gran relevancia, ya que establece que el hombre es persona por naturaleza libre y moral, con capacidad de discernimiento para poder determinar cuáles acciones son correctas y buenas, sin necesidad de que una autoridad se lo establezca. Este largo proceso de maduración alcanzará su mayor auge en la obra de Kant, periodo cuando se busca la constitución del concepto de la autonomía moral, la cual afirma que los hombres son los que deben determinar cada uno para sí mismo, las máximas y valores por los que quieren seguir su proyecto de felicidad y, a la colectividad en conjunto.⁸⁷

Sin embargo, en el campo médico se presentó una gran contradicción entre lo que las mentes de los médicos pensaban y lo que en la práctica aplicaban. Aunque los galenos de la

⁸⁴Sáenz Carbonell, J (2009), “*Elementos de Historia del Derecho*”, San José, Costa Rica, Editorial ISOLMA, (1ªed.), p 234.

⁸⁵Sáenz Carbonell, J. *Ibid.*, p 307.

⁸⁶García Urbón, M. (1994). Citado por Matarrita Alvarado S. (2005), “*El consentimiento informado como instrumento de tutela de la vida y la salud en la legislación costarricense*”, Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, p .9

⁸⁷Simón, P Óp. Cit., 77, p 31.

época consideraban que el ser humano es un ser racional capaz de determinar sus acciones y sus pensamientos; no se mostraban anuentes a dar información a los pacientes de la enfermedad que poseían ni de los procedimientos médicos a realizarle, no existiendo en ese periodo todavía la oportunidad del paciente de dar el consentimiento para un procedimiento; principalmente por que la sociedad no había abandonado completamente las estructuras patriarcales Clásicas.⁸⁸

Posteriormente, hasta los inicios del siglo XX en Estados Unidos, se presentan los primeros antecedentes del consentimiento informado en la práctica médica; mediante la interposición de demandas de reparación interpuestas por las personas que consideraron afectada su integridad física y psíquica como resultado de un acto médico.

Antecedentes del Consentimiento Informado. Sistema Norteamericano- Estados Unidos de América.

Para la comprensión idónea del génesis del Consentimiento Informado en Derecho Estadounidense durante el inicio del siglo XX, primeramente, se debe recordar que el Sistema de Derecho aplicado en Estados Unidos es el denominado Derecho Común “Common Law”. Este se basa, principalmente, en el empirismo, la inducción, principios y prácticas no escritas que derivan de la labor judicial. No posee normas escritas perse, sino que el Derecho legislado incluye las resoluciones judiciales que lo interpretan, con excepción de las disposiciones legislativas conocidas como Statutory Law⁸⁹.

Debido a lo anterior, los primeros antecedentes conocidos del Consentimiento informado en la práctica médica, fueron mediante diversas resoluciones de los Tribunales Norteamericanos, que desarrollaron dicha figura.

⁸⁸Simón, P. *Ibíd.*, p 41.

⁸⁹Sáenz Carbonell, J. *Óp. Cit.*, 84, p 303.

El primer caso conocido fue la sentencia dictada en un caso inglés denominado *–Slater vs. Baker & Stapleton*” del año 1767. En éste el Tribunal acogió la demanda del paciente, que aducía que el procedimiento médico que se le realizó, consiste en la inserción de un instrumento ortopédico en la pierna como medio para corregir una fractura mal consolidada por la ruptura del callo óseo; no se obtuvo previamente su consentimiento; por lo tanto, dicha autoridad señaló al respecto “...es razonable que un paciente sea informado de lo que se le va a hacer, para que se arme de valor y se haga cargo de la situación, de modo que pueda afrontarla”⁹⁰.

Sin embargo, hasta los inicios del siglo XX se produce la idea del derecho independiente del paciente de proporcionar el consentimiento informado para la realización de los procedimientos médicos y la eventual responsabilidad del profesional médico por no dotar al usuario de la información necesaria para su consentimiento o por no acatar la decisión del paciente.⁹¹ Dicha figura fue desarrollada, principalmente, por cuatro resoluciones de los Tribunales Norteamericanos de gran relevancia, las cuales fueron:

- *Caso –Mohr v. Williams*” de la Corte Suprema de Minnesota, (1905): el caso versa sobre la acusación de la paciente (Ana Mohr) al médico Williams de haber operado su oído izquierdo sin la autorización de ésta, durante un procedimiento quirúrgico en el cual ella solamente había autorizado la intervención de su oído derecho; el médico argumentó en su momento que había realizado la intervención de dicho oído, ya que era el que presentaba un mayor daño por lo que su actuar fue para buscar un mayor bienestar en el paciente. Sin embargo, la corte determinó que uno de los derechos primordiales de los ciudadanos es la libertad y la inmunidad, por ende, toda intervención quirúrgica sin la autorización respectiva del paciente constituye una violación directa a dichos derechos y, por ende, una ilegalidad, así mismo, consideró

⁹⁰Astorga Tobar, J. (2011), “*El consentimiento informado en el acto médico*”, Santiago, Chile, Universidad de Chile, (1ªed.), p 7.

⁹¹ Simón, P, *Óp. Cit*77., p 51.

que la autorización de un paciente a una intervención médica no se equipara a un cheque en blanco, el cual el médico pueda utilizar a su antojo.⁹²

▪ *Caso —Pratt vs Davis” del Tribunal Supremo de Illinois (1906):* en este caso en particular el médico realizó a la paciente una histerectomía (extirpación del útero), sin su consentimiento. El médico argumentó que su profesión le permite realizarle al paciente todos aquellos procedimientos médicos, que considere necesarios para optimizar la salud del paciente. A lo cual el Tribunal determinó que en todos los casos de una intervención médica (acto médico) se debe proporcionar el consentimiento del paciente, con excepción de los casos de emergencia o inconciencia de éste, en los cuales se podrá utilizar el “consentimiento implícito”.⁹³ Es de gran importancia el desarrollo de la figura del consentimiento implícito y, principalmente, de las causales para su utilización.

▪ *Caso —Rolater v. Strain” de la Suprema Corte de Oklahoma, (1913):* el proceso versó en referencia a la acusación de la señora Rolater, contra doctor Strain por omitir la petición de la paciente de no quitarle ningún segmento de hueso en una intervención del pie para curarle una infección. La Corte consideró que los ciudadanos en su condición de libertad, poseen el derecho a la inviolabilidad de su persona; derecho que prohíbe a un médico o cirujano a examinar, diagnosticar, asesorar o prescribir algún tratamiento que no haya sido autorizado por el paciente y principalmente, señaló que los médicos deben ajustarse a los límites impuestos por los pacientes en los procedimientos médicos.⁹⁴

⁹²Supreme Court of Minnesota. (1905), —*Mohr v. Williams*”. Obtenido el día 27 de octubre de 2014 de <http://www.lawandbioethics.com/demo/Main/LegalResources/C5/Mohr.htm>

⁹³Sánchez Rubio, M. A. (2007), —*Marco Jurídico del derecho a la información en las relaciones sanitarias: Especial consideración al consentimiento informado*”, Tesis Doctoral. Cáceres, España. Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, p 244.

⁹⁴Supreme Court of Oklahoma. (1913), —*Rolater v. Strain*”. Obtenido el día 27 de octubre de 2014 de <http://law.justia.com/cases/oklahoma/supreme-court/1913/14030.html>

▪ Caso *—Schloendorff v. Society of New York Hospital—* de la Corte de Apelaciones de New York (1914): dicho proceso versó sobre la extirpación de un tumor fibroide a la señora Schloendorff, quien había consentido la elaboración solamente de un examen médico y había expuesto que no deseaba ni autorizaba la realización de ninguna intervención quirúrgica. El fallo de la Corte de Apelaciones señaló que el Centro Hospitalario no posee responsabilidad, por el proceder de su personal médico en estos casos, sin embargo, señaló que dicho actuar provocaba una actitud infiel sobre la confianza proporcionada por el paciente.⁹⁵ Es fundamental mencionar que dicha resolución, es considerada la de mayor importancia en el desarrollo de la teoría del consentimiento informado por determinar que todo ser humano en adecuadas capacidades mentales, posee derecho a establecer lo que desee hacer con su propio cuerpo, por lo que toda intervención médica sin consentimiento de éste constituye un daño que debe ser reparado.

La jurisprudencia norteamericana permitió el desarrollo de la teoría del consentimiento informado, la cual se empezó a analizar en menor medida en Alemania y Francia por medio de normativa y doctrina al respecto, en este sentido, uno de los primeros textos que imponía a los profesionales en medicina la necesidad de obtener el consentimiento previo para los actos de experimentación científica, fue el promulgado en Alemania en 1931, bajo el título *—Directivas concernientes a las terapéuticas nuevas y a la experimentación científica en el hombre—*.⁹⁶ Este texto prohibía la experimentación en los casos en los que no se había obtenido el consentimiento; excluyendo, además, de la experimentación a los menores de 18 años y a los moribundos.⁹⁷

⁹⁵Court of Appeals of New York. (1914), *—Schloendorff v. Society of New York—*. Obtenido el día 27 de octubre de 2014 de <http://wings.buffalo.edu/bioethics/schloen1.html>

⁹⁶“Schloendorff v. Society of New York”, (105 N.E. 92). Obtenido el 27 de octubre del 2014 de <http://wings.buffalo.edu/bioethics/schloen1.html>

⁹⁷ Astorga Tobar, J. Óp. Cit., 90, p 10

Sin embargo, dicho avance jurídico de la teoría del Consentimiento informado, encuentra un gran sustento en los experimentos médicos ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial, lo cual permitió un reconocimiento de los derechos humanos de los pacientes en contra posición a los deseos de los médicos.

Regulación del Consentimiento informado, posterior a la Segunda Guerra Mundial.

Durante el periodo de 1939 a 1945, se produjo la Segunda Guerra Mundial, la cual trajo consigo una gran cantidad de crímenes de guerra y de exterminio racial. En relación con el ámbito médico en los campos de concentración nazi se produjeron grandes crímenes humanitarios de experimentación médica, entre los que se pueden mencionar: pruebas de supervivencia bajo situaciones de hambre, congelamiento, infecciones provocadas, exposición a gas mostaza, mutilaciones quirúrgicas, actos de esterilización y eugenesia; entre otros.⁹⁸ Dichos actos han sido clasificados en tres categorías⁹⁹:

1. *Experimentos dirigidos a la facilitación de la supervivencia del personal militar Nazi*: En estos se utilizó cámaras bajo presión, ensayos de congelamientos para probar resistencia a hipotermia, polarización en agua de mar, entre otros.

2. *Experimentación para la creación de productos farmacéuticos y de métodos de tratamiento para las lesiones y enfermedades de la época*: Algunos de las técnicas utilizadas fueron procedimientos de inmunización, inyección de productos farmacéutico, insertos óseos, gas mostaza, entre otros.

3. *Experimentos de limpieza racial y mejoramiento de la raza*: En estos casos se utilizaban experimentos con gemelos, inseminaciones artificiales, contagio de

⁹⁸Bioéticas, Guía Internacional de la Bioética. Obtenido el 16 de febrero del 2015 en <http://www.bioeticas.org/bio.php?articulo373>

⁹⁹Experimentos Médicos Nazis, Enciclopedia del Holocausto. Obtenido el 16 de febrero del 2015 en <http://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10007227>

enfermedades para determinar el comportamiento de las diversas razas al tratamiento, procedimientos de esterilización, entre muchos más.

Estos experimentos se realizaron sin ninguna autorización ni consentimiento de las víctimas, bajo condiciones inhumanas que provocaron daños y hasta la muerte, en muchas ocasiones, de seres humanos que no poseían posibilidades de repeler dicha violación. Por lo tanto, el 9 de diciembre de 1946 dentro de los juzgamientos de crímenes de guerra ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial, se inició el juzgamiento de veintitrés alemanes por su participación en dichos crímenes, lo cual condujo a la promulgación del Código de Núremberg en 1947 normativa que establece los principios para la experimentación médica y así mismo se incorpora el concepto de consentimiento voluntario para la realización de dicha práctica en seres humanos.¹⁰⁰ Esto se puede apreciar en el artículo primero de dicho Código, el cual señala:

El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona involucrada debe tener capacidad legal para dar su consentimiento; debe estar situada de tal forma que le permita ejercer su libertad de escoger, sin la intervención de cualquier otro elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción o algún otro factor posterior para obligarlo a coercer, y debe tener el suficiente conocimiento y comprensión de los elementos para permitirle tomar una decisión correcta. Esto último requiere que antes de aceptar una decisión afirmativa del sujeto que va a ser sometido al experimento hay que explicarle la naturaleza, duración y propósito del

¹⁰⁰Benneth Mora, M. “La Regulación Internacional del Consentimiento Informado como protección de la Dignidad Humana –Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Pp 121-124

mismo, el método y las formas mediante las cuales se llevará a cabo, todos los inconvenientes y riesgos que pueden presentarse, y los efectos sobre su salud o persona que puedan derivarse de su participación en el experimento.

El deber y la responsabilidad de determinar la calidad del consentimiento recaen en la persona que inicia, dirige, o implica a otro en el experimento. Es un deber personal y una responsabilidad que no puede ser delegada con impunidad a otra persona.¹⁰¹

La regulación en mención es un gran avance en el tema del consentimiento informado, principalmente, en el área de la bioética, sin embargo, impacta en la práctica médica al establecer el derecho del ser humano a ser informado de cualquier procedimiento que se le vaya a realizar, información que debe ser accesible y comprensible para éste. Es importante mencionar que al mismo tiempo se produce un reconocimiento a la dignidad humana y, principalmente, al derecho a la autonomía de la voluntad.

A partir de dicho instrumento y de los diversos eventos de violación a los derechos humanos propiciados durante la Segunda Guerra Mundial, surgieron diversos códigos y normas referentes al consentimiento informado en relación con el área de la bioética. Entre los que se puede mencionar:

- *Declaración de Helsinki*: dicha declaración fue creada por la Asociación Médica Mundial (AMM), específicamente, para la regulación de la investigación médica a nivel mundial, ésta nace a raíz de la necesidad de contar con una regulación en dicha materia, la cual podría ser aplicable a diversos países y contextos históricos,

¹⁰¹Código de Núremberg, publicado el 20 de agosto de 1947, Artículo 1. Obtenido el 15 de febrero del 2015, de <http://www.bioeticanet.info/documentos/Nuremberg.pdf>

ya que se consideraba que el Código de Núremberg regulaba, principalmente, las atrocidades cometidas en la Segunda Guerra Mundial, por lo que no se adaptaba a la realidad de los demás países.¹⁰² La declaración fue emitida en la XVIII Asamblea de la Asociación Médica Mundial celebrada en Helsinki Finlandia; la cual desarrolla, principalmente, en referencia al consentimiento informado la obligación del profesional médico de realizar los experimentos solamente con la autorización expresa de los pacientes; así mismo, se estipula la obligación del médico de proporcionarle información completa, veraz y comprensible al paciente para un consentimiento informado válido, también regula la posibilidad de revocar la autorización y la posible responsabilidad del personal médico por no atender las especificaciones del paciente en relación con el consentimiento informado o por no realizar dicho proceso.

Un claro ejemplo se puede apreciar en las estipulaciones 25 y 26 de la Declaración Helsinki, las cuales señalan:

(...) 25. La participación de personas capaces de dar su consentimiento informado en la investigación médica debe ser voluntaria. Aunque puede ser apropiado consultar a familiares o líderes de la comunidad, ninguna persona capaz de dar su consentimiento informado debe ser incluida en un estudio, a menos que ella acepte libremente.

26. En la investigación médica en seres humanos capaces de dar su consentimiento informado, cada individuo potencial debe recibir información adecuada acerca de los objetivos, métodos, fuentes de financiamiento, posibles conflictos de intereses, afiliaciones institucionales

¹⁰²Benneth Mora, M, Óp. Cit100., Pp 121-124.

del investigador, beneficios calculados, riesgos previsibles e incomodidades derivadas del experimento, estipulaciones post estudio y todo otro aspecto pertinente de la investigación. La persona potencial debe ser informada del derecho de participar o no en la investigación y de retirar su consentimiento en cualquier momento, sin exponerse a represalias. Se debe prestar especial atención a las necesidades específicas de información de cada individuo potencial, como también a los métodos utilizados para entregar la información.

Después de asegurarse de que el individuo ha comprendido la información, el médico u otra persona calificada apropiadamente debe pedir entonces, preferiblemente por escrito, el consentimiento informado y voluntario de la persona. Si el consentimiento no se puede otorgar por escrito, el proceso para lograrlo debe ser documentado y atestiguado formalmente.

Todas las personas que participan en la investigación médica deben tener la opción de ser informadas sobre los resultados generales del estudio.(...)¹⁰³

La declaración de Helsinki es una de las regulaciones más reconocidas a nivel mundial, en referencia a la experimentación médica. Su relevancia la encuentra en la tutela que se da a las personas respecto de ser tratados de forma humana en lo que refiere a procesos investigativos, siendo su consentimiento fundamental e

¹⁰³Declaración de Helsinki, Artículos 25 y 26, Asociación Médica Mundial, Obtenida el 17 de febrero del 2015 en <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/b3/>

indispensable para la realización de estos. Lo anterior, ha conllevado a su reconocimiento y a su incorporación a las normativas internas de algunos países como en el caso de Costa Rica en el cual mediante el Decreto 27349-S del 16 de setiembre de 1998 denominado “*Reglamento para la investigaciones que participen seres humanos*”, se estableció la obligación de acatar las disposiciones dicha declaración.¹⁰⁴ No se puede dejar de lado que la Declaración ha sido mejorada y revisada en las Asambleas de AMM de: Tokio (1975), Venecia (1983), Hong Kong (1989) y Suráfrica (1996)¹⁰⁵

- *Informe Belmont*: el informe es una respuesta a las reiteradas denuncias en Estados Unidos, por abusos en las investigaciones clínicas. Un ejemplo fueron los experimentos realizados en indígenas a los cuales se les inyectó células de cáncer por investigadores de New York sin la autorización de estos.¹⁰⁶ Dicho documento es de gran relevancia en relación con los derechos de los pacientes y el consentimiento informado, al señalarse que el mismo consiste en un principio de respeto al paciente, a los cuales se les debe considerar como agentes autónomos capaces de tomar las decisiones sobre su organismo, disposición que no debe ser manipulada por ningún medio. El informe dio lugar a diversas regulaciones en Estados Unidos y a la promulgación de la Declaración de Manila.

- *Declaración de Manila en 1981 –Proposed Internacional Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subject*”(1982): La normativa en mención tiene su génesis en la necesidad de dar respuesta a los diversos experimentos realizados principalmente por empresas farmacéuticas occidentales, en países subdesarrollados en los cuales, en muchas ocasiones, las compañías se aprovecharon de la poco

¹⁰⁴Benneth Mora, M. Óp. Cit100., p 128.

¹⁰⁵Asociación Médica Mundial, Obtenida el 17 de febrero del 2015 en <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/20archives/index.html>

¹⁰⁶National Institutes of Health. Obtenida el 17 de febrero del 2015 de <http://search.nih.gov/search?utf8=%E2%9C%93&affiliate=nih&query=guidelines+for+the+conductor+of+research+involving+human+subjects&commit.x=0&commit.y=0&commit=Search>

escolaridad y necesidades de dichas poblaciones para obtener el consentimiento informado de los pacientes. Por lo tanto, la Declaración fue creada a partir de los estudios realizados el Consejo de Organizaciones Internacionales de la Ciencia Médica (CIOMS) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), las mismas poseen el objetivo de direccionar las políticas emitidas por los diferentes países para la regulación de la experimentación médica, principalmente, en los países en vía de desarrollo.¹⁰⁷ En relación con el consentimiento informado, se establece su obligación para la realización de un procedimiento médico y, principalmente, explica que aquel consentimiento obtenido bajo condiciones de coacción, de engaño o soborno al paciente no se puede considerar como válido.

Sin embargo, dichas guías a través de los años y a raíz de la aparición de nuevas epidemias y enfermedades; enfrentaron nuevos retos, por lo tanto, en 1993 se dictaron nuevas directrices de éstas; y durante el año 2000 la Organización Mundial de la Salud y la Organización de las Naciones Unidas para el SIDA, solicitaron su revisión.¹⁰⁸

Asimismo, no se puede dejar de lado que la Segunda Guerra Mundial, trajo consigo el reconocimiento de los Derechos fundamentales con los cuales cuentan todos los seres humanos y, principalmente, se establece el derecho a la dignidad, a la vida, a la salud, derechos que no pueden ser renunciables ni violados por ningún individuo. Esto produjo un gran impacto en los derechos al paciente, los cuales anteriormente como se ha estudiado eran prácticamente inexistentes. Por lo tanto, la Declaración Universal de Derechos Humanos se promulgó el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual señaló como anteriormente se mencionó el derecho a la salud, derecho a la

¹⁰⁷ Consejo de Organizaciones Internacionales de Ciencias Médica, Área de Gestión de la Recerca. Universidad Autónoma de Barcelona. Obtenida el 15 de febrero del 2015 <http://www.recerca.uab.es/ceeah/docs/CIOMS.pdf>

¹⁰⁸ Benneth Mora, M. Óp. Cit100., p 136.

liberta y autodeterminación, a una vida digna¹⁰⁹; en la misma línea se aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el cual señaló en lo conducente:

*Artículo 7: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.*¹¹⁰

Sin embargo, en dicha época a pesar de los diversos tratados de derechos humanos promulgados; la normativa en referencia al consentimiento informado creada por diferentes organismos internacionales y legislaciones internas de los países versaban, específicamente, solo para los casos de experimentación médica, mientras tanto en el ámbito sanitario ha sido una construcción más lenta y principalmente por vía jurisprudencial.¹¹¹

A partir de los años 50's, se empieza a producir un desarrollo jurisprudencial importante, principalmente, en los tribunales norteamericanos, en referencia al consentimiento informado en la práctica médica y a nivel normativo en razón de la promulgación de diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos; lo cual marcó la pauta del desarrollo de dicha figura, lo cual ha producido que diversos autores señalen su evolución a través de cuatro etapas.

Etapas del Consentimiento Informado en la Práctica Médica.

El consentimiento informado ha sido categorizado, en cuatro etapas, como consecuencia del copioso cuerpo jurisprudencial creado por los tribunales estadounidenses,

¹⁰⁹United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. Obtenida el 15 de febrero del 2015 <http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf>

¹¹⁰Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 7, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obtenida el 15 de febrero del 2015 <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28145.pdf>

¹¹¹ Simón, P Óp. Cit., 77, p 77.

los cuales han sido considerados los precursores de dicha figura. El autor Galán Cortés, señala que dichas etapas son:¹¹²

i. *Etapa del –Consentimiento Voluntario” (1947):* la etapa del consentimiento voluntario, surge en la época de posguerra, como consecuencia de los crímenes de exterminio racial (Instituto de Frankfurt para la Higiene Racial) y de experimentación médica durante la Segunda Guerra Mundial. A partir de los principios contenidos en el Código de Núremberg, como fue estudiado anteriormente.

ii. *Etapa del –Consentimiento Informado” (1957):* dicha etapa es considerada como el periodo en donde se produce el nacimiento del concepto del Consentimiento Informado, en la práctica médica, el reconocimiento de la autodeterminación del paciente y fundamentalmente el derecho del paciente a recibir la información del procedimiento: la cual debe ser comprensibles y con cierto grado de discreción. La etapa se encuentra marcada por la resolución del caso *–Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees”*, proceso en el cual paciente Martín Salgo demandó al Dr. Gerbo y al radiólogo Dr. Elvis, por negligencia profesional por no haberle informado previamente al procedimiento de aortografía traslumbrar realizada para estudiar la arterioesclerosis múltiple, que existía una gran posibilidad de sufrir parálisis irreversible.¹¹³ Por lo tanto, en el fallo, el Juez Bray señaló que *–un médico viola sus obligaciones hacia su paciente y se expone a ser demandado si le oculta cualquier hecho que pueda ser necesario para fundamentar un consentimiento inteligente del mismo al tratamiento propuesto. Asimismo, el médico no puede minimizar los riesgos conocidos de un procedimiento u operación para inducir el consentimiento de su paciente”*¹¹⁴.

¹¹²Galán Cortés, J. (2001), *“Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado”*. Madrid, España, Civitas Ediciones S.L., (1ªed), p 7.

¹¹³Simón, P Óp. Cit., 77, Pp 54-55.

¹¹⁴Astorga Tobar, J. Óp. Cit., 90, p 14.

Durante dicho periodo, se presentaron diversos fallos como el caso Natanson-Kline (1960), el cual versa sobre la demanda de la señora Natanson como consecuencia de la falta de información brindada por el personal médico sobre el procedimiento de cobaltoterapia pos mastectomía y sus riesgos; ya que dicho procedimiento había producido severas quemaduras en el tórax. Esta resolución adquiere relevancia al señalar que es deber del médico informar al usuario sobre: el método por utilizar en el procedimiento, riesgos, naturaleza de éste, las consecuencias imprevisibles, probabilidades de éxito, entre otros. En la misma línea, se estableció como una obligación médica la obtención del consentimiento informado del paciente como medio para realizar un procedimiento médico, por lo tanto, un incumplimiento al mismo acarrea una responsabilidad directa del profesional médico.¹¹⁵

Así mismo, se empezaron a realizar estudios de campo en relación con el consentimiento informado, así como los derechos del paciente. Uno de los estudios más famosos fue el publicado por Donald Hagan de la Universidad de California de los Ángeles (UCLA) en 1970, mediante el cual se demostró que con frecuencia en la práctica médica no se proporcionaba la información al paciente y el no solicitar el consentimiento informado, por la existencia una resistencia del personal médico, los cuales, en muchas ocasiones, consideraban que no era adecuado o idóneo informarle al paciente sobre las implicaciones de un procedimiento médico, ya que esto podría provocar una perturbación en el paciente que podría influenciar su decisión.¹¹⁶

iii. *Etapa del “consentimiento válido” (1982)*: dicha etapa se produce como consecuencia de los diversos estudios realizados, en la etapa anterior; por lo tanto, se centra, principalmente, en el análisis de carácter ético del consentimiento informado y su aplicación en práctica. Así mismo, en los ochentas se centran la atención en determinar la problemática ética- legal en relación con la capacidad del paciente para

¹¹⁵ Simón, P. *Óp. Cit.*, 77, Pp 54-57.

¹¹⁶ Simón, P. *ibíd.*, Pp 82-83.

comprender la información médica para proporcionar un consentimiento informado válido y los conflictos en la práctica clínica. ¹¹⁷Por ende, se produjeron criterios valorativos en torno a la capacidad de quien extiende su consentimiento, estimándose posibles casos de invalidez al señalar: *“la obtención del consentimiento informado puede ser formalmente correcta y además se puede valorar adecuadamente la capacidad del paciente, pero el consentimiento otorgado puede no ser válido porque interfieran en la decisión diversos mecanismos psíquicos de defensa.”*¹¹⁸

iv. *Etapa del –consentimiento auténtico” (1990):* En dicha etapa, a partir de cambios en el contexto social y la promulgación de tratados internacionales de derechos humanos, los pacientes conocen sus derechos y los ejercen dejando de lado la relación vertical entre médico paciente migrando a una relación horizontal, en la cual el paciente posee el derecho a decidir cuál procedimiento médico autoriza y cuál no. Por lo tanto, se caracteriza por la decisión auténtica del paciente, entendiéndose como aquella que se encuentra plenamente de acuerdo con el sistema de valores del individuo.

En esta época se produce un fenómeno de gran relevancia, ya que aunque el personal médico comprende los derechos del paciente en la práctica, el procedimiento del consentimiento informado no se produce completo o se da la utilización de formularios en los cuales el paciente da su consentimiento sin ser informados adecuadamente de éste; se sigue produciendo una resistencia de los profesionales en salud de abandonar la relación paternalista.

Un caso emblemático de esta etapa es el de Nancy Cruzan, de la Corte Suprema en Estados Unidos de América en el año 1990, en el cual se fundamentó y reconoció el

¹¹⁷ Simón, P. *Ibíd.*, p 84.

¹¹⁸ Astorga Tobar, J. *Óp. Cit.*, 90, p 14.

derecho de los pacientes para aceptar o rechazar tratamientos médicos, aun cuando ello pudiera determinar en su fallecimiento.¹¹⁹

A partir de 1990, los países han desarrollado a nivel interno la regulación del consentimiento informado en la práctica médica, a lo cual Costa Rica no se encuentra ajena como se expondrá más adelante. Sin embargo, en la práctica médica todavía se presentan grandes problemas en su aplicación, ya que un gran porcentaje de los casos no se le proporciona al paciente la información adecuadamente y solamente se le pone a firmar un protocolo o formulario de autorización, como medio, según la concepción médica de exoneración de una posible responsabilidad legal.

De las etapas del consentimiento informado, se denota cómo a través de los años, se produce el desarrollo de la figura del consentimiento informado en la práctica médica, considerándosele una garantía de los derechos humanos, la cual permite una relación horizontal entre el paciente y médico, donde el primero posee el autodeterminación para establecer cuáles procedimientos médicos desea que se le realicen y cuáles no. Asimismo, se definió los requisitos de la validez del consentimiento informado, principalmente, en relación con la información proporcionada al paciente y la capacidad del usuario para proporcionarlo (casos de incapaces).

También, se estipuló la obligación del médico de realizar dicho procedimiento como parte de su *Lex Artis*, lo cual en caso de incumplimiento, podría acarrear una responsabilidad de tipo civil, gremial, penal o administrativa.

Debido a lo anterior, se puede determinar que se ha desarrollado conciencia ética y legal a nivel mundial, de la importancia del consentimiento informado en la atención médica como medio de garantía de los derechos fundamentales, lo cual se ha visto reflejado

¹¹⁹Astorga Tobar, J. *Ibid.*, p 15.

en la jurisprudencia y normativa que viene a regular dicho conflicto, en los diversos países y a nivel mundial.

Ahora bien, habiendo determinado la evolución del consentimiento informado en las ciencias jurídicas y médicas, es importante hacer referencia al concepto del consentimiento informado, su naturaleza jurídica y su relación directa con los derechos humanos. Esto a efectos de adquirir una adecuada comprensión del papel de dicha figura en el derecho a la salud y autonomía del paciente.

Sección Tercera: El consentimiento informado en los procedimientos médicos y su relación con los Derechos Humanos.

Concepto del Consentimiento informado.

El concepto del consentimiento informado en su ámbito de estudio, ha sido muy dinámico, desarrollado por diversos autores y concepciones, por ejemplo, desde la perspectiva médica, del paciente o jurídica; así mismo, desde diversas nociones, según el contexto histórico en el cual se presenta como se expuso anteriormente. Sin embargo, un concepto general se puede encontrar en la definición brindada por Kuthy Porter, quien establece:

Es el acto mediante el cual se informa detalladamente al paciente sobre el padecimiento, los diversos procedimientos diagnósticos, terapéuticos, posibles complicaciones, secuelas o riesgos inherentes a ellos, a efecto que decida o autorice los procedimientos médicos en forma consciente, libre y responsable.¹²⁰

¹²⁰Kuthy Porter, J. (1997), “Introducción a la bioética”, Ciudad de México Distrito Federal, México, Méndez Editores, (1ªed.), p 95.

En dicha concepción se pueden apreciar algunos de los elementos más relevantes del consentimiento informado, como lo son proporcionar al paciente la información referente a sus padecimientos u enfermedades, los posibles procedimientos médicos aplicables para su curación, riesgos y secuelas de ésta; así mismo como el derecho del paciente a decidir la realización de la intervención o no; principalmente, desde una concepción del derechos al paciente quien posee autonomía de la voluntad, la cual no se puede ver influenciada por ningún acto o conducta del personal médico.

Por otro lado, desde una perspectiva del paciente, Velasco Suárez indica la siguiente definición:

Es el derecho que le asiste al enfermo a que se le informe sobre las características de su enfermedad en un lenguaje comprensible y que no lesione su dignidad, ni despierte preocupación innecesaria, dándole la oportunidad para que decida participar en su tratamiento y otorgue su consentimiento.¹²¹

Desde otra perspectiva, Sánchez González elabora el siguiente concepto en torno al tema:

Consentimiento Informado es la aceptación de una intervención médica por un paciente, en forma libre, voluntaria, consciente, después que el médico le haya informado de la naturaleza de la intervención con sus

¹²¹ Velasco Suárez, M. (1997), “Gaceta Médica Mexicana”, Vol. 133(3), p 225.

*riesgos y beneficios, así como de las alternativas posibles con sus posibles riesgos y beneficios.*¹²²

El concepto del consentimiento informado, desde una perspectiva legal, se puede apreciar en el derecho comparado, específicamente en la Ley 41-2002 de 14 de noviembre del mismo año, denominada “*Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones de la información y documentación clínica*” de la Comunidad Autónoma de Galicia, la cual en su artículo 3 define el consentimiento como:

*(..) la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud (...)*¹²³

Mientras tanto, un concepto más holístico, lo proporciona Galán Cortés, quien ha señalado al respecto:

*Es el proceso gradual que tiene lugar en el seno de la relación sanitario-usuario, en virtud de la cual el sujeto competente o capaz, recibe del sanitario información bastante, en términos comprensibles, que le capacita para participar voluntaria, consciente y activamente en la adopción de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad”*¹²⁴. *—Es un presupuesto y elemento integrante de la lex artis. Constituye, por*

¹²²Sánchez González, M. (1996), “*El consentimiento informado: Un derecho del enfermo y una forma distinta de tomar las decisiones.*” Obtenido el día 18 de julio de 2014 de <http://www.colmed2.org.ar/images/code02.pdf>

¹²³Ley 41/2002, Artículo 3, Noticias Jurídicas. Obtenida el 23 de febrero del 2015 de http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/141-2002.html

¹²⁴Galán Cortés, J. (1997), “*El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*”, Madrid, España, Editorial Colex, (2ªed) p 19. Citado por Astorga Tobar, J. Óp. Cit., 90, p. 18.

*consiguiente, una exigencia de la lex artis para llevar a efecto la actividad médico –quirúrgica curativa... Es un acto clínico, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad.*¹²⁵

Asimismo, no se puede dejar de lado la posición en cuanto a la definición del consentimiento informado expuesto en el *Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos*¹²⁶, éste establece que dicha figura consiste en un proceso mediante el cual se le proporciona al paciente información en relación con el diagnóstico de su padecimiento y los diversos tratamientos que puede recibir, los cuales deben ser expuestos en lenguaje simple, con confirmación y corrección de la información que el paciente pudo obtener de otras fuentes; como medio por el cual el usuario en respaldo a su derecho de autodeterminación, pueda elegir entre las diversas opciones presentadas y si se realiza o no un procedimiento médico específico.¹²⁷ Dicha definición se encuentra respaldada en Declaración de AMM sobre los derechos del paciente, la cual señala:

El paciente tiene derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en relación con su persona. El médico informará al paciente las consecuencias de su decisión. El paciente adulto mentalmente competente tiene derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia. El paciente tiene derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones. El paciente debe entender claramente cuál es el propósito de

¹²⁵Galán Cortés, J. (1999), “La responsabilidad médica y el consentimiento informado” .Citado por Astorga Tobar, J, *Ibíd.* p 7.

¹²⁶Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos, Asociación Médica Mundial. Obtenida el 15 de febrero del 2015 de http://www.wma.net/es/30publications/30ethicsmanual/pdf/ethics_manual_es.pdf

¹²⁷ Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos, *Ibíd.*

*todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento.*¹²⁸

Se aprecia de las concepciones anteriormente expuestas, que el Consentimiento Informado surge como un derecho del paciente que garantiza sus derechos a la autonomía de la voluntad y a la información, lo cual implica la facultad de comprender y de recibir la información adecuada respecto de las características propias del padecimiento y del procedimiento por realizar a fin de darle tratamiento y así mismo, busca capacitar al paciente para dar una decisión informada y fundada sobre si acepta ser objeto del proceso por efectuar Sin dejar de lado, que al constituirse como un derecho su violación u omisión constituiría una responsabilidad para el personal médico, además de un incumplimiento a la Lex Artis.

Con base en lo anterior, en una primera instancia, se puede concluir que el consentimiento informado:

- Es un proceso médico; por ende, regido por las normas de la Lex Artis, establecidas para su adecuada ejecución. Dicho proceso es continuo, en referencia a que cada procedimiento médico que se desee realizar al paciente se debe contar con el consentimiento expreso.
- Es un acto que se desarrolla entre el médico tratante y el paciente o en su defecto el representante de éste (relación médico-paciente).
- Es una figura que posee su génesis en el respaldo a los derechos humanos.
- Posee un carácter jurídico, en referencia a que su figura es un medio de acceso y garantía a los derechos fundamentales, por ejemplo, derecho a la libertad,

¹²⁸Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos, Ibíd.

derecho a la salud, derecho a la dignidad humana, derecho a la información, a la autonomía de la voluntad, entre otros y, por lo tanto, su incumplimiento puede acarrear algún tipo de responsabilidad de tipo penal, civil o administrativa.

- Se encuentra constituido por dos acciones. La primera en la obligación del médico de brindar la información al paciente, la cual debe ser completa, veraz, comprensible. Y la segunda en la decisión del paciente en autorizar o denegar un procedimiento determinado.

Ahora bien, la relevancia del consentimiento informado como un derecho obligatorio en nuestra legislación encuentra sustento en la Ley General de Salud, que en su artículo 22 expresa:

*Ninguna persona podrá ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico que implique grave riesgo para su integridad física, su salud o su vida, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada a darlo legalmente si estuviere impedido para hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de urgencia.*¹²⁹

De este artículo se desprende el supuesto que al afectarse o haber riesgo para la integridad del paciente, éste debe haberlo consentido previamente, entendiendo que este es el que debe disponer de su corporalidad de previo a cualquier intervención que se le vaya a realizar. Sin embargo, se entiende que existen casos en los cuales éste no podría dar ese consentimiento y, por tanto, será la persona que legalmente se encuentre capacitada para hacerlo a quien corresponderá.

¹²⁹Ley 5397, denominada Ley General de Salud, Artículo 22. Obtenida el 22 de febrero del 2015 de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=6581&strTipM=TC

Complementando la idea anterior, el *Reglamento del Consentimiento informado en la práctica asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social, aprobado por la Junta Directiva el 20 de setiembre del 2012*, en su primer artículo, entre otras definiciones, no solo precisa el concepto de consentimiento informado como tal, sino que plantea su figura en tres modalidades:

Artículo 1:

*(...)**Consentimiento informado:** Es un proceso de comunicación continua, predominantemente oral, entre los funcionarios de salud y la persona usuaria, que reconoce el derecho de ésta a participar activamente en la toma de decisiones, respecto a los procedimientos preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de investigación biomédica, todos los anteriores relacionados con su salud, según sea así requerido por criterio profesional calificado. Se entiende, en primer lugar, como el derecho de la persona usuaria a obtener información y explicaciones adecuadas de la naturaleza de su condición o enfermedad, y del balance entre los beneficios y los riesgos de los procedimientos clínicos recomendados; y, en segundo lugar, como el derecho de la misma persona usuaria a consentir o no el procedimiento clínico recomendado. Debe obtenerse con obligatoriedad de manera previa a la realización de un procedimiento clínico específico.*

***Consentimiento informado por sustitución.** Es el proceso mediante el cual el profesional responsable de la atención de la persona usuaria, obtiene el consentimiento de las personas a ella vinculadas, sea por razones de consanguinidad o afinidad, por encontrarse ésta*

incapacitada para tomar decisiones, esto por criterio razonado del profesional en salud responsable de la atención clínica. En caso de que la persona usuaria sea incapacitada legal o menor de edad, se reconoce el consentimiento por sustitución para el representante legal, con la previsión de que, en algunos casos, pueda tenerse en cuenta la opinión de la persona usuaria.

Consentimiento por delegación. *Proceso por el cual una persona usuaria capaz y en ejercicio de su propia y libre voluntad, delega el derecho a consentir el procedimiento clínico recomendado, en otra persona a ella vinculada, sea por razones de consanguinidad o afinidad. El consentimiento por delegación puede o no acompañarse de una dimisión parcial o total del derecho a la información. Esta manifestación puede realizarse de manera oral, ante testigos, o por escrito. (...)¹³⁰*

Se puede apreciar que el consentimiento informado surge, entonces, como una figura que no requiere de la aceptación expresa del sujeto en concreto, sino que acorde con las circunstancias del caso, puede ser expresada por una tercera persona que sea afín o cuente con la capacidad de expresar su voluntad en nombre del paciente.

Esta característica brinda soporte a la obligatoriedad de la obtención del consentimiento, en el tanto amplía las posibilidades para su realización. Asimismo, tutela al paciente, al permitir que su integridad se vea resguardada por una persona de su confianza o

¹³⁰Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social, Artículo 1, Caja Costarricense de Seguro Social. Obtenido el 22 de febrero del 2015 de <http://www.cendeiss.sa.cr/etica/REGLAMENTO-CI-2012.pdf>

correlacionada que tome las decisiones en los supuestos en que éste no se encuentre en capacidad de realizarlo por su cuenta.

La anterior regulación referente a aquellos casos en los cuales el paciente no puede proporcionar el consentimiento por no contar con la legitimidad para el mismo o en aquellos ocasiones donde más bien el usuario delega su potestad refleja el compromiso del legislador hacia la figura en estudio.

Asimismo, es relevante mencionar que a nivel jurisprudencial la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, brinda una perspectiva en torno al concepto del consentimiento informado desde un enfoque elemental y otro restringido, al elaborar en la resolución 0005-2012 la siguiente concepción al respecto:

Se ha sostenido que constituye una parte de la asistencia clínica prestada a un paciente o usuario de los servicios de salud, por lo que constituye un acto clínico más que integra las reglas de la lex artis ad hoc: Desde una perspectiva elemental, es la obligación del sistema de seguridad social de informar todos los riesgos y beneficios de un tratamiento o intervención propuesta para que el paciente decida de acuerdo con su criterio. Desde un punto de vista más restringido, el consentimiento informado es el derecho a recibir una información adecuada acerca de la finalidad y naturaleza de una intervención o tratamiento, así como de sus riesgos y consecuencias o la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la

*información adecuada para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.*¹³¹

Esta concepción en torno al consentimiento informado permite comprenderlo de dos maneras: Primero, desde la perspectiva elemental se entiende como una obligación del sistema médico, en el tanto se establece dentro de la adecuada práctica, la Lex Artis Ad Hoc, que el consentimiento informado es indispensable y que debe ser específico y claro en cuanto a su contenido. Segundo, en su perspectiva restringida, se entiende el consentimiento como un derecho propio del paciente que va de la mano con su derecho de información, entendiéndose que a la persona que se vaya a someter a un proceso médico previamente se le tiene que haber dejado claro cuál es su condición actual de salud y cuáles son los riesgos que derivan de la intervención necesaria, esto para dar validez a la manifestación de su voluntad.

Se denota, entonces, que la Sala Constitucional entiende al consentimiento informado como un elemento indefectible que existe, tanto como una obligación de parte de quien preste el servicio médico y como un derecho indispensable de quien vaya a ser objeto de este servicio, de previo a su realización.

Otra perspectiva conceptual en torno al tema es abordada por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII, que en la resolución 0138-2012 indica:

Toda persona usuaria de los servicios de salud públicos o privados tiene derecho a que se le informe en detalle de su padecimiento, posibles tratamientos o intervenciones quirúrgicas a aplicar y sus riesgos, con el propósito de procurar su anuencia. El consentimiento informado se desdobra en dos aspectos, primero el derecho

¹³¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 0005-2012 de las catorce horas treinta y un minutos de cinco de enero de dos mil doce.

que tiene el paciente a ser enterado acerca de su mal, el modo de curarlo y los riesgos típicos que ello implica. Segundo, el consentimiento, que se reputa necesario cuando sea menester aplicar algún medio curativo o quirúrgico que entrañe algún peligro. Es necesario que se le aperciba de las posibles consecuencias de la intervención o tratamiento al que será sometida, siendo que la obligación de informar es un elemento esencial de la "lex artis ad hoc".¹³²

Desde esta concepción se denota, que el consentimiento informado se mantiene en una esfera donde existe, tanto como derecho indispensable del paciente y obligación del profesional en medicina que le atiende. Es importante mencionar que debe abarcar una explicación basta en torno a la condición o padecimiento al que se esté enfrentando, así como a todos los pormenores que puedan surgir de la intervención, siendo necesario que esto quede claro para el paciente.

Este último aspecto se ve reforzado por el criterio del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II, cuando en su sentencia 0016-2012 estipuló que: *“no bastaría con hacerle firmar un documento o explicarle en términos generales o técnicos su dolencia y posibilidades de tratamiento, sino que el paciente debe quedar debidamente informado en términos comprensibles para él, de todos los pormenores, pero, sobre todo de los riesgos que enfrenta”*¹³³.

¹³²Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII, Sentencia 0138-2012 de las catorce horas del veinticuatro de octubre del dos mil doce.

¹³³Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II, Sentencia 0016-2012 de las once horas y quince minutos del veintiuno de febrero del dos mil doce.

Asimismo, a modo de complemento, es importante referirse al criterio que mantiene la Sala Primera en torno al concepto y elementos relevantes al consentimiento informado, siendo que en su resolución 1102-2010 indica:

En la actualidad no se duda de que todo profesional médico esté en la obligación de informar y obtener la aprobación previa del paciente, cuando se trata de intervenciones o terapias peligrosas. Cuando de la medicina curativa se trata, como en la especie, quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos, o sea, aquellos que son imprevisibles o infrecuentes. Sin embargo, es claro, se debe advertir sobre los riesgos usuales que son aquellos que pueden darse con mayor frecuencia de acuerdo con la práctica y el estado actual de la ciencia. En principio, la información debe brindarse, y, el consentimiento recibirse del aquejado, siempre que se encuentre en condiciones para ello, caso contrario corresponderá a su representante legal, o a quien de manera presunta lo fuera de haberse procedido a declarar su incapacidad. Tratándose de menores sometidos a patria potestad, incumbe a ambos padres o a uno de ellos en situaciones urgentes. Sobre sus alcances, es evidente, que el paciente tiene derecho a saber quiénes son los facultativos que le asisten, a recibir información completa y veraz en términos comprensibles, acerca de su estado clínico, de modo verbal o por escrito, que incluya diagnóstico, pronóstico y opciones de tratamiento. En este sentido, es necesario que se le aperciba de las posibles consecuencias de la intervención quirúrgica. Por consiguiente, la

obligación de informar es un elemento esencial de la ~~Lex~~ artis ad hoc". También, por ser un derecho (el de información) que posee toda persona usuaria de los servicios de salud, recae sobre los médicos, o sea, una obligación impuesta a tales profesionales.¹³⁴

Resulta entonces, de acuerdo con los criterios mencionados, que el consentimiento informado consiste en un acto médico continuo, en el cual se le brinda información veraz, concisa y eficiente al paciente o su representante en caso de ser menor o no poseer capacidad de actuar en el momento de su emisión; mediante el cual se le expone y explica el diagnóstico de su enfermedad, los actos médicos para la atención de su padecimiento y sus posibles riesgos o consecuencias del acto médico a desarrollar como medio de curación.

Es un acto de carácter obligatorio para el profesional médico, el cual debe ser realizado bajo las normas de la Lex Artis médica y como garantía de los derechos fundamentales del paciente. Para su adecuada configuración no basta con que se obtenga la firma del paciente en un formulario de autorización del procedimiento o que éste reciba una vaga explicación al respecto, sino que debe existir una adecuada comprensión de la información recibida referente al procedimiento, por parte del paciente para que éste sea válido.

Asimismo, es un acto que debe tomar en consideración la condición del paciente. No se puede esperar un consentimiento informado correcto de una persona que no cuente con todas sus facultades mentales o no se encuentre en capacidad para brindarlo. En razón de lo anterior, deviene como una obligación para el profesional en medicina, también, el verificar que la persona que haya otorgado el consentimiento posea la capacidad y la competencia para comprender los alcances e implicaciones del procedimiento.

¹³⁴Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 1102-F-S1-2010 de las catorce horas y cincuenta minutos del catorce de septiembre del dos mil diez.

Es importante resaltar que el consentimiento informado surge como un derecho y garantía del paciente; en el cual el médico no posee ninguna superioridad sobre éste, sino una relación horizontal, donde el paciente toma las decisiones sobre su salud.

Posteriormente a la definición del consentimiento informado, es relevante analizar la fundamentación ética y naturaleza jurídica de dicha figura, para seguidamente, estudiar en el capítulo tercero la aplicación práctica que recibe en nuestro país.

Fundamentación Ética y Naturaleza Jurídica del Consentimiento Informado.

En el consentimiento informado, como se expuso anteriormente, el principal fundamento que se ha utilizado para su aplicación en la práctica médica es el legal. Sin embargo, no se puede dejar de lado la importancia que posee en el tema ético del médico, el cual tuvo que abandonar la relación médico- paciente de tipo paternalista en su actuar y los principios que lo respaldaban para reconocer los derechos del paciente.

i. Fundamentación Ética.

Antes de determinar la fundamentación ética del consentimiento informado, no se puede dejar de lado el concepto de moral y ética. En referencia a la moral se puede entender como:

—La moral es el sistema de comportamiento cuyo origen es el respeto ante lo bueno, teniendo la conciencia como la instancia de juicio decisiva.”¹³⁵

¹³⁵Haba P. (2010), “*Axiología Jurídica Fundamental: Bases de valoración en el discurso jurídico*”, San José, Costa Rica, Editorial Universidad de Costa Rica, (2ªed.), p 69.

Y en relación con la ética, se puede comprender como:

*—Una ciencia y, como tal, explica las cosas por sus causas. (...) no se trata de emitir una opinión más acerca de lo bueno o lo malo; se trata de emitir juicios sobre la bondad o maldad moral de algo, pero dando siempre la causa o razón de dicho juicio”.*¹³⁶

Por ende, se puede considerar que la ética consiste en la ciencia que estudia las conductas que deberían tener las personas, según la moral establecida, lo que es correcto en determinadas circunstancias, en este caso específico, lo que es adecuado, según las ciencias médicas.

A partir de dichos razonamientos, en relación con el consentimiento informado a través de la historia se han formulado diversos postulados en referencia a la ética médica, algunas de las posiciones más relevantes son:

- *La Teoría Moral. Consentimiento informado (Benjamín Friedman):*
Friedman se considera el primero en plantear la necesidad de fundamentar éticamente el consentimiento informado. El mismo señalaba que el consentimiento es un derecho del paciente que genera un deber de respeto de las opiniones y decisiones que tome el mismo por parte del médico; por lo tanto, él concluye que el fundamento ético proviene del deber que se posee de respetar a los demás en cuanto tales y como tales. Así mismo, establece que la teoría del Consentimiento Informado posee tres

¹³⁶Gutiérrez Sáenz R.(2005), *Introducción a la Ética, en Curso de Ética Profesional Jurídica*, San José, Costa Rica, p.29

elementos: la obligación de proporcionar la información, análisis de lo que se debe entender por decisión responsable y la voluntariedad.¹³⁷

• *La Comisión de los Presidentes y los valores que sustentan el Consentimiento informado*: la comisión en 1982, en el informe denominado Making Health Care Decisions, establece que la fundamentación ética del consentimiento informado se encuentra en los valores de: la promoción del bienestar de los pacientes y el respeto a la autodeterminación, considerados como los guías del proceso.¹³⁸

- *La promoción del bienestar del paciente*: consiste en la búsqueda de mejoras en la salud del paciente, sin embargo, establece que cuando existe un conflicto entre el criterio médico objetivo en referencia a que es lo mejor para el paciente y el criterio subjetivo del paciente; la decisión se debe dejar a criterio del último el cual es el que determina en última instancia, cuál es su mayor bienestar.¹³⁹

- *El respeto a la autodeterminación del paciente*: es el ejercicio individual, mediante el cual el paciente posee la capacidad para formar, revisar y realizar sus planes personales. Esto nace intrínsecamente de la obligación de respeto a las opiniones y decisiones de los demás, en la cual ningún individuo se encuentra en una relación de jerarquía sobre el otro (se presenta un abandono de la teoría paternalista) La autodeterminación permite establecer la escala de valores con los cuales se desea vivir, por lo cual el médico debe respetar la

¹³⁷Simón, P, Óp. Cit., 77, p 146.

¹³⁸Ramos C, (2012), —*El Consentimiento Informado*”, Revista PANACE, Vol. XIII, No 36, Segundo Semestre, Asociación Internacional de Traductores y Redactores de Medicina y Ciencias Afines. Obtenida el 15 de febrero del 2015 de http://www.medtrad.org/panacea/IndiceGeneral/n36-revistilo_LCRamos.pdf

¹³⁹ Simón, P, Óp. Cit., 77, Pp 147-148

decisión que tome el paciente, en cuanto a la realización de un procedimiento médico.¹⁴⁰

- *Consentimiento Informado desde la Teoría Principialista (Beauchamp, Faben y Childres)*: para dichos autores la fundamentación del consentimiento informado en el ámbito ético, encuentra un primer plano en el principio de autonomía y en un segundo en los principios de beneficencia y justicia. Los mismos, establecen que existen dos maneras de comprender dicha figura, la primera como la acción sustancialmente autónoma de autorizar libremente por parte del paciente que se le realice un procedimiento y un segundo sentido el cual considera que el consentimiento informado es la autorización efectiva al procedimiento, desde el punto de vista jurídico.¹⁴¹

Lo cual lleva a concluir que el primer sentido es de mayor relevancia, ya que permite que el consentimiento se produzca a partir de una deliberación con el médico en cuanto al acto médico, mientras que el segundo se podría cumplir solamente con la firma del paciente de un formulario o protocolo de autorización.¹⁴²

- *Modelo Puntual y Modelo de Proceso del Consentimiento Informado (Appelbaum, Lidz y Meisel)*: dichos autores señalan que existen dos modelos distintos de fundamentación el puntual y el de proceso; los cuales consienten en:

- *Modelo Puntual*: el modelo entiende el consentimiento informado como la toma de decisiones médicas que tienen lugar en un corto periodo, antes de la realización de un procedimiento médico, por parte del paciente; en el cual se espera que el profesional médico proporcione información al paciente sobre el procedimiento médico a realizarse para que éste tome la decisión de si desea

¹⁴⁰ Simón P. *Ibíd.*, Pp 147-148

¹⁴¹ Simón, P *ibíd.*, Pp 148-149

¹⁴² Simón, P *Ibíd.*, Pp 148-149.

realizárselo o no; sin embargo, el modelo no encuentra interés en la calidad de la información brindada o la calidad de la decisión tomada, se centra en la provisión del médico de la información que una hipotética persona razonable debería conocer. Por lo tanto, posee un carácter meramente legalista, dicho modelo puede dar sustento a la aplicación de formulario de consentimiento informado.¹⁴³

- *Modelo del Proceso*: se encuentra basado en la noción de la participación activa del paciente en la toma de decisiones libres, sin ninguna alteración de algún agente, el cual integra el consentimiento informado en la relación médico-paciente, como un aspecto que se debe presentar en todas las etapas de un procedimiento médico. El modelo busca una especie de consenso entre el paciente y el médico en cuanto a los ideales de salud y la enfermedad.¹⁴⁴

• *Teoría Principialista de Diego García*: Para el autor el consentimiento informado se funda en el derecho a la autonomía de los pacientes y en las obligaciones de beneficencia que poseen los médicos, enmarcando la relación-médica paciente en una de tipo horizontal donde se busca al mismo tiempo la justicia y la no-maleficencia, dejando de lado, por ende, la relación de tipo paternalista. Según dicha teoría su incumplimiento acarrearía una mera sanción moral interpuesta por el Colegio de Médicos del país correspondiente, lo cual actualmente no sucede así ya que las ciencias jurídicas han establecido que obtener el consentimiento informado es un deber legal.¹⁴⁵

Después de la descripción de algunas de las teorías referentes al consentimiento informado en el ámbito ético, se podría concluir desde la tesitura ética que la labor moral

¹⁴³ Simón P. *Ibíd.*, Pp 149-150.

¹⁴⁴ Simón P. *Ibíd.*, p 150.

¹⁴⁵ Simón P. *Ibíd.*, p 174.

del profesional médico es dotar al paciente de la mayor participación en la toma de decisiones en el proceso del consentimiento informado, que se produzca una relación entre el paciente y el médico en el cual el último exponga en términos comprensibles el procedimiento y atienda todas las dudas que posea el paciente en referencia a éste; pero principalmente, que ayude al paciente a tomar la decisión médica que más favorezca a la escala de valores que éste posea, respetando su autonomía y autodeterminación, aunque sean diversas a la del médico tratante. Por ende, se pretende el abandono de los principios de la relación paternalista.

En Costa Rica, la fundamentación ética del Consentimiento Informado no se ha dejado de lado, más bien ha sido regulada la obligación del médico de realizar dicho procedimiento, como fue estipulado en los artículos 31 y 35 del Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, los cuales señalan:

Artículo 31.—El médico debe informar al paciente o a su representante legal, con base en sus conocimientos, las opciones diagnósticas y terapéuticas que considera adecuadas para el manejo del paciente, observar las prácticas reconocidas y aceptadas, además, respetar las normas legales vigentes en el país.

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

146

Uno de los grandes ideales que se busca con la fundamentación ética es dejar la utilización errónea de formulario o protocolos de consentimiento informado, en los cuales se pone a firmar al paciente el documento como eximente de responsabilidad médica, en el

¹⁴⁶Decreto 35332-S del 15 de mayo de 2009, denominado Código de Ética Médica., Artículos 31 y 35, Óp. Cit., 14.

aspecto legal, sin informar previamente al paciente sobre el procedimiento médico que se le realizará. Por lo que dichos formularios cuando se aplican de dicha manera dejan de lado el contenido moral de la teoría del consentimiento informado.

Por ende, es de gran relevancia conocer, cuál es la naturaleza jurídica que posee para determinar las posibles responsabilidades que puede acarrear el profesional médico por el incumplimiento de proporcionar el consentimiento a los pacientes.

ii. Naturaleza Jurídica del Consentimiento Informado.

Determinar la naturaleza jurídica del consentimiento informado, como se estudió en la sección anterior ha variado, según el contexto histórico en el cual se ha analizado. Se han expuesto diversas concepciones de su naturaleza, por ejemplo, se le ha considerado un derecho personalísimo, un derecho fundamental o un mero acto contractual.

Algunas de las principales concepciones que se le han atribuido¹⁴⁷ son:

- **Consentimiento informado como derecho fundamental:** El consentimiento informado tuvo uno de sus mayores auges posteriormente a la Segunda Guerra Mundial, cuando se emitió la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de Derecho Civiles y Políticos; en cuyos instrumentos se establecieron derechos inherentes al ser humano, como lo son el derecho a la salud, a la vida, a la autonomía de la voluntad, a la libertad; entre otros.

Dichos instrumentos permitieron un reconocimiento del ser humano como ser racional que posee derechos que deben ser respetados por los Estados y por otros ciudadanos. Lo cual trajo consigo la producción de diversos instrumentos internacionales, principalmente, el Código de Núremberg o Helsinki, estos

¹⁴⁷Astorga Tobar, J. Óp. Cit., 90, p. 25.

establecieron la obligación de los médicos de obtener el consentimiento informado de los pacientes para la realización de experimentación médica.

Como derivación de dichos Tratados Internacionales, algunos Estados empezaron a considerar por vía jurisprudencial, que el Consentimiento Informado consistía en un derecho fundamental; un claro ejemplo se puede encontrar en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en la sentencia del 12 de enero del 2001, la cual mencionó que el Consentimiento Informado posee carácter de Derecho Fundamental, al derivar de los derechos a la vida, a la integridad física y libertad de conciencia.¹⁴⁸

Sin embargo, a esta categorización del consentimiento informado, como derecho fundamental, se le ha criticado el hecho de existir un desamparo normativo respecto de su carácter de “fundamental”, en el tanto si fuera verídicamente de esa forma debería poseer una protección especial. Por ejemplo, en caso de su ausencia o violación, no existe la posibilidad de interponer un recurso de amparo¹⁴⁹. Así mismo, se le ha considerado como un derecho que deriva del derecho a la salud, a la autonomía de la voluntad entre otros; por ende, si fuese un derecho fundamental no sería consecuencia de ningún otro, valdría por sí solo en un primer plano.

Por lo tanto, actualmente la normativa existente en la materia le ha ubicado como garantía a diversos derechos fundamentales como la libertad y autodeterminación, siendo accesorio y no independiente como lo señala el tribunal, un ejemplo se puede apreciar en el *Convenio para la protección de los derecho*

¹⁴⁸Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, Resolución RJ 2001/3 del doce de enero del dos mil uno. Obtenido el día 09 de noviembre de 2001. Citado por Astorga Tobar, J. *Ibíd.* p. 25.

¹⁴⁹Astorga Tobar, J, *Ibíd.*, p 25.

*humanos y la dignidad humana con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, elaborado por el Consejo de Europa (1997)*¹⁵⁰

- **Consentimiento informado como derecho de la personalidad:** Dicha teoría pretende separarlo de los derechos patrimoniales y resaltar la relación con la autonomía del sujeto para autorizar cualquier intervención en su cuerpo. Para una mejor comprensión el autor Víctor Pérez, señala que los derechos de la personalidad consisten:

*Se trata de valores patrimoniales que se hacen efectivos mediante situaciones jurídicas (poderes y derechos, deberes y obligaciones) privadas que protegen los valores esenciales de la persona, en sus diversos planos de proyección (físicos psíquico, intelectual, espiritual y de relación).*¹⁵¹

Dicha concepción considera, que el paciente en su derecho inmodificable e irrenunciable a la autodeterminación, la cual es un atributo fundamental para que los individuos se realicen plenamente, posee la capacidad y el derecho de dar la autorización para cualquier intervención médica que se realice en su cuerpo, teniendo éste su origen en el derecho a la libertad, integridad física y psíquica y por supuesto de su derecho a la dignidad humana. Asimismo, uno de sus principales argumentos es la exigencia en caso de incumplimiento, del resarcimiento de daños y perjuicios.

Por otro lado, las principales críticas atribuidas a ésta radican, principalmente, en que los derechos de la personalidad dependen de que sean regulados explícitamente dentro del ordenamiento jurídico para su protección, el derecho subjetivo surge solamente con su

¹⁵⁰Colegio de Médicos Distrito II de la Provincia de Buenos Aires. Obtenido el 14 de febrero del 2015 de <http://www.colmed2.org.ar/images/code04.pdf>

¹⁵¹Pérez Vargas, V. (1994), “*Derecho Privado*”. San José, Costa Rica. Editorial Litografía, (3ªed), p. 80.

violación y su concepción solamente se encuentra dentro del derecho civil dejando de lado la prestación de servicios médicos públicos y, por ende, siendo una concepción completamente restrictiva.

- **Concepción del consentimiento informado de acto jurídico unilateral o contrato:** Al respecto el tratadista Barrios Bourie, ha señalado que el consentimiento informado, radica en un contrato médico, el cual consiste en la aceptación del paciente a ser sometido a una tratamiento o intervención médica y la manifestación de voluntades de las partes (médico-paciente), de los servicios que se prestarán y el pago de estos. Sin embargo, señala que se pueden presentar dos excepciones a su fundamento, cuando el paciente se encuentra inconsciente y no puede proporcionar el consentimiento y en el caso de los servicios públicos de medicina que se encuentran regidos por una relación extracontractual.¹⁵²

Dentro de dicha teoría, algunos doctrinarios como Alessandri Rodríguez han considerado que el consentimiento informado dentro de la prestación de servicios médicos públicos, también constituye un contrato médico, al estimar que el paciente y el médico son beneficiarios de una estipulación a favor uno de otro, aunque el paciente no haya tenido la posibilidad de escoger el profesional médico para su intervención u tratamiento, pero en la cual se produce una aceptación implícita a favor¹⁵³

La concepción de contrato médico tiene entre sus grandes dificultades poder determinar si, tanto en el ámbito privado como público se puede concebir como una actividad contractual o extracontractual, lo cual va a variar las responsabilidades que puede acarrear el médico por su incumplimiento, así como la clasificación del

¹⁵²Barros Bourie, E. (2007), —*Fatado de Responsabilidad extracontractual*”, Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. (1ªed), Pp 666-667. Citado en Astorga Tobar, J. Óp. Cit., 90, p. 26.

¹⁵³Alessandri Rodríguez, A. (2009), —*Dela responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*”, Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. (1ªed), Pp 57-60. Citado por Astorga Tobar, J. Ibíd. p.26.

consentimiento informado, como un derecho absoluto (actividad extracontractual) o derecho relativo (actividad contractual).

Otro gran inconveniente es que solamente en los casos en los cuales la relación médico- paciente posee su origen en un contrato previo, podrá realizarse un contrato válido y eficaz en razón de que no se le ha expuesto al paciente el acto médico a desarrollar, el cual es el que necesitará del consentimiento propiamente dicho.

A partir de las concepciones expuestas se puede considerar que la naturaleza jurídica del consentimiento informado está compuesta por diversas posiciones o concepciones, pero derivando todas en la importancia de la comunicación del médico al paciente de los procedimientos médicos por realizar y el derecho de éste a autorizar o no la realización del acto médico, como resguardo de sus derechos fundamentales. Por lo tanto, se considera que el consentimiento informado es una garantía que permita la protección y acceso a los derechos fundamentales del paciente, principalmente, el resguardo a la dignidad humana.

Sobre este último aspecto, es importante mencionar que en el caso de Costa Rica, en el sector público el consentimiento informado como se ha señalado anteriormente, se encuentra regulado en el *–Reglamento del consentimiento informado en la práctica asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social–*, en el cual se considera el consentimiento informado como una garantía que posee el paciente de resguardo a sus derechos fundamentales.

En razón de lo anterior, es fundamental, estudiar la relación existente entre el consentimiento informado y los derechos humanos.

Consentimiento informado y los derechos humanos

La relación existente entre los Derechos Humanos y el Consentimiento Informado es directa, en el tanto éste encuentra cimiento en estos derechos, como lo señalan Ortiz y Burdiles:

El fundamento del consentimiento informado, lo constituyen los derechos que las personas tienen por el hecho de ser tales, es decir por ser sujetos y no objetos de derecho; más concretamente, los derechos de igualdad, autonomía, libertad individual, integridad física y psíquica y de conciencia.¹⁵⁴

Se entiende que el consentimiento informado surge como una garantía que resguarda los derechos del paciente, encontrando su base en la facultad de decidir sobre su integridad corporal y su máxima en torno a la libertad de esa disposición.

Estos criterios, también, han sido mantenidos dentro de la jurisprudencia costarricense. De esta forma, la Sala Constitucional indica en su voto 11302-2004:

Todo paciente de la seguridad social o de los servicios médicos privados debe tener la opción efectiva de elegir el tratamiento que más le convenga a sus expectativas y calidad de vida, a su dignidad humana intrínseca, a su armonía estética y a sus condiciones de

¹⁵⁴Ortiz P, A. & Burdiles P. (2010), —*Consentimiento informado*—. Revista Médica Clínica Las Condes. Vol 21(4), Pp 642-652.

*estabilidad anímica, para, de esa forma, asegurarle un consentimiento informado.*¹⁵⁵

De la referencia anterior se desprende que existe el consentimiento informado como una forma de permitirle al paciente la opción de tomar la decisión sobre someterse a un tratamiento en concreto o no. Esta posibilidad garantiza sus derechos fundamentales, en el tanto se le da la posibilidad de disponer sobre su corporalidad y tener la libertad de formar un criterio con base en conocimientos científicos, que si bien, no son entendidos en su totalidad, al menos son explicados de una forma sencilla para que pueda entender todas sus extensiones y no ser solo un consentimiento brindado, sino informado y entendido.

Se desprende que hay una relación directa, entonces, entre derechos fundamentales y consentimiento informado. Algunos de estos derechos y su relevancia son:

- *Derecho a la Dignidad humana:* en el tanto el consentimiento informado es un medio que permite a la persona ser considerada no como un objeto dentro de una intervención médica, sino como un ser humano que debe ser calificado y tratado como tal, siendo que no sean terceros sin afinidad a éste los que vengan a decidir sobre su corporalidad. (Derecho estipulado en los artículos 33,40 y 41 de la Constitución Política)

- *Derecho a la salud:* por cuanto el consentimiento informado es un elemento indispensable en la búsqueda de acceso a la salud, al ser parte de una relación médica que busca el tratamiento de una dolencia o mal. Y el cual garantiza el mayor bienestar del paciente, según los valores de éste. (Derecho establecido en los artículos 21 y 50 de la Constitución Política)

¹⁵⁵Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 11302-2004 de las dieciséis horas y diecinueve minutos del doce de octubre del dos mil cuatro.

- *Derecho a la autonomía de la voluntad*: dado que el consentimiento informado es la forma como el paciente dispone de su integridad física, al permitir que se realice una intervención que afecte su corporalidad. Aun cuando sea en pro de su salud o indispensable para la misma, solo el paciente, mientras tenga capacidad, puede decidir sobre si se quiere someter a ésta o no. (Derecho concertado en los artículos 20 y 29 de la Constitución Política).

- *Derecho a la información*: el derecho a la información es un medio de transparencia democrática, el cual se encuentra reflejado en la búsqueda del consentimiento informado de otorgar al paciente, conocimiento cierto sobre su condición actual y sobre los efectos de las intervenciones que se vayan a realizar, teniendo en vista buscar no solo informarle, sino hacerle entender al respecto.

Como se ve reflejado, el consentimiento informado existe como una institución que encuentra sustento en los derechos humanos, siendo indispensables en la práctica médica. Su finalidad dentro del ordenamiento jurídico viene a ser, entre otras, de garantizar la tutela de estos derechos y de una forma práctica contribuir a la integridad de la persona, no solo en su aspecto físico, sino en su esfera como sujeto de derecho.

Ahora bien, se procede a analizar cuál es el tratamiento normativo que se le ha dado a esta figura dentro de nuestra legislación.

Sección Cuarta: Principal Regulación Nacional respecto del Consentimiento Informado en la práctica médica.

El consentimiento informado, como garantía de los derechos fundamentales, ha sido regulado por la legislación costarricense, principalmente, en cuanto a su aplicación y obligatoriedad de ejecución en la práctica médica.

Primeramente, es importante señalar que su sustento nace de las estipulaciones de la Constitución Política. En ésta se regula el derecho a la salud, el derecho a la información, el derecho a la libertad y a la autonomía de la voluntad; en forma integral. Esto en el tanto no se puede dejar de lado que el derecho de la constitución se encuentra compuesto por un bloque u ordenamiento constitucional conformado por normas escritas y no escritas; entre las que se puede señalar: valores, principios, preceptos, jurisprudencia y costumbre.¹⁵⁶

Los artículos, en la Carta Magna que regulan dichos derechos, se pueden encontrar en los numerales 20, 21, 29, 33, 40, 41 y 50. En estos se establece que ningún habitante puede ser coaccionado físicamente ni psíquicamente para tomar una decisión determinada; asimismo, se norma que no podrá sufrir tratos crueles o degradantes.

En la misma línea de lo anteriormente expuesto, en materia constitucional se ha considerado que las normas contenidas en los instrumentos de Derecho Internacional Público de Derechos Humanos, pueden servir como fuente del Derecho Constitucional; hasta incluso tener un mayor rango denominado supra constitucional cuando otorgan una mayor protección en los derechos fundamentales de las personas.¹⁵⁷

Al respecto la Sala Constitucional, ha considerado en relación con el tema:

Quinto: De los principios derivados de los instrumentos de derechos humanos: En tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, la jurisprudencia constitucional ha señalado que no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 siguiente contiene norma especial para los que se refieren a derechos

¹⁵⁶Jinesta Lobo E (2014), “Derecho Procesal Constitucional”, San José Costa Rica, Ediciones Guayacan (1ªed), p 77

¹⁵⁷Jinesta Lobo E, *Ibíd.*, p 69.

*humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional, al punto que, ha reconocido también la jurisprudencia, los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino, que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución.*¹⁵⁸

En razón de lo anterior, al primar la cláusula más favorable para la persona humana, existen Declaraciones y Tratados Internacionales, en los cuales Costa Rica forma parte, relacionados con el Consentimiento informado. Estos resaltan el derecho del paciente a autorizar o denegar cualquier procedimiento médico que se le desee practicar, previa información oportuna de este, proporcionada por el médico tratante. Algunos de los instrumentos que se pueden mencionar son:

- Código de Núremberg

- Código de Helsinki

- Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos

- Carta Iberoamericana de Ética Médica.

- Declaración de Ginebra.

- Reglamento Internacional de Salud.

¹⁵⁸Sala Constitucional de Costa Rica, resolución número 1319-1997 de las las catorce horas cincuenta y un minutos del cuatro de marzo de mil novecientos noventa y siete.

Estos instrumentos poseen gran relevancia, ya que desarrollan los derechos fundamentales de la persona humana, relacionados directamente con el Consentimiento Informado; como lo son el derecho a la salud, a la autonomía de la voluntad, a la dignidad humana entre otros.

Dejando este tema en claro, se procede a hacer referencia a las leyes y reglamentos que regulan el consentimiento informado en la práctica médica en Costa Rica.

Códigos y Leyes.

Existe a nivel de Códigos, una regulación muy general en referencia a la autorización de los pacientes para la realización de cualquier procedimiento médico y así mismo, en la Ley General de Salud, se establece la importancia y obligación del proceso del consentimiento informado.

• *Código Civil*: En la Ley número 30 del 19 de abril de 1885, la cual entró en vigencia el 1 de enero de 1888, mediante Ley número 63 del 28 de setiembre de 1887. Establece en el artículo 46, el derecho de toda persona a negarse a un tratamiento médico, en los siguientes términos:

Artículo 46: Toda persona puede negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico o quirúrgico, con excepción de los casos de vacunación obligatorio o de otras medidas relativas a la salud pública, la seguridad laboral y de los casos previstos en el artículo 98 del Código de Familia.

Sin embargo, si una persona se niega a someterse a un examen médico, que sea necesario para acreditar en juicio ciertos hechos controvertidos, el juez puede

*considerar como probados los hechos que se tratan de demostrar por la vía del examen.*¹⁵⁹

En este artículo, aunque no se realiza una regulación específica del consentimiento informado, se establece el derecho a la autonomía de la voluntad del paciente y a la autodeterminación. Esto al mencionar que éste podrá negarse a un procedimiento médico cuando así lo desee. A la vez, establece aquellos casos de excepción, por ejemplo, el caso de vacunación, en el cual se puede producir una afectación a la salud de la población por lo que se insta para evitar una afectación mayor.

• *Código de Familia:* Ley No. 5476, realiza una regulación específica en el artículo 144, referente a la competencia para proporcionar el consentimiento informado en un procedimiento médico, respecto de los menores de edad. Establece que en aquellos casos en los cuales el profesional de la salud, considere indispensable realizar un procedimiento médico determinado para preservar la vida del menor, posee la potestad de realizarlo, aun en contra de la decisión de los padres o representante legal del menor; en los siguientes términos:

Artículo 144: Cuando sea necesario una hospitalización, un tratamiento o una intervención quirúrgica, decisivos e indispensables para resguardar la salud o la vida del menor, queda autorizada la decisión facultativa pertinente, aun contra el criterio de los padres. En los casos de menores representados por el Patronato

¹⁵⁹Ley XXX denominada Código Civil de Costa Rica, Artículo 46, obtenido el 15 de marzo del 2015 de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=90115&strTipM=TC

Nacional de la Infancia, se aplicara igual disposición ante una discrepancia.¹⁶⁰

• *Código de la Niñez y la Adolescencia*: En la misma línea a lo establecido en el Código de familia, se establece la excepción del consentimiento informado en los casos de los menores. El médico tratante que considere indispensable un procedimiento médico como medio para preservar la vida del paciente menor de edad, podrá realizarlo aun sin el consentimiento de los padres. Según lo estipulado en el artículo 46, de dicha normativa, el cual señala:

Artículo 46: Denegación de consentimiento. Si el padre, la madre, los representantes legales o las personas encargadas negaren, por cualquier razón, su consentimiento para la hospitalización, el tratamiento o la intervención quirúrgica urgentes de sus hijos, el profesional en salud queda autorizado para adoptar las acciones inmediatas a fin de proteger la vida o la integridad física y emocional de ellos, en los términos del artículo 144 del Código de Familia.¹⁶¹

• *Ley General de Salud*: La Ley General de Salud, Ley No.5395. Establece específicamente, el derecho de toda persona a decidir cuáles procedimientos médicos desea que se le realicen y cuáles no; con excepción de aquellos casos de urgencia en los cuales no

¹⁶⁰Ley 5476 denominada Código de Familia de Costa Rica, Artículo 144 Obtenido el 15 de marzo del 2015 de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=970&strTipM=TC

¹⁶¹Ley 7739 denominada Código de la Niñez y la Adolescencia, Artículo 46. Obtenido el 15 de marzo del 2015 de <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/codigodelaninez.pdf>

es posible que el paciente proporcione el consentimiento informado. En su artículo 22, el cual estipula:

—Artículo 22: Ninguna persona podrá ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico que implique grave riesgo para su integridad física, su salud o su vida, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada a darlo legalmente si estuviera impedido para hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de urgencia.”¹⁶²

A partir del establecimiento del derecho del paciente a proporcionar el consentimiento informado para la realización de cualquier procedimiento médico, se ha establecido una regulación específica, por medios de reglamentos relacionados al derecho a la salud.

Reglamentos y el Consentimiento Informado

Los reglamentos que regulan el consentimiento informado en la práctica médica han sido emitidos por el Ministerio de Salud o por la Caja Costarricense de Seguro Social. Dicha normativa posee como objetivo regular la actividad médica, tanto en centros de atención médica privados y públicos; incluyendo todas sus categorías. (hospitales, ebáis, clínicas, entre otros) Los reglamentos que codifican el consentimiento informado explícitamente, se puede mencionar:

-Decreto 8239, denominado “Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados”: El Reglamento de personas usuarias de salud, es de gran relevancia, ya que estipula tanto para el sector público como el privado, el derecho de los pacientes a recibir la información idónea para, brindar el consentimiento informado

¹⁶²Ley General de Salud, Artículo 22. Óp. Cit., 129.

el cual, en caso de no proporcionarse no se podrá realizar ningún procedimiento médico en el paciente o en caso de una denegatoria del mismo. También se estipula la posibilidad de obtener el consentimiento informado por parte de terceros, en aquellos casos en los cuales el paciente se encuentra inconsciente, al mismo tiempo regula la excepción del procedimiento en casos de urgencia. Normativa que señala, en lo que interesa:

Artículo 2: Las personas usuarias de los servicios de salud tienen derecho a lo siguiente:

(...) c) Recibir la información necesaria y, con base en ella, brindar o no su autorización para que les administren un determinado procedimiento o tratamiento médico.

h) Negarse a que las examinen o les administren tratamiento, salvo en situaciones excepcionales o de emergencia, previstas en otras leyes, en que prevalezcan la salud pública, el bien común y el derecho de terceros.

i) Obtener el consentimiento de un representante legal cuando sea posible y legalmente pertinente, si el paciente está inconsciente o no puede expresar su voluntad. Si no se dispone de un representante legal y se necesita con urgencia la intervención médica, se debe suponer el consentimiento del paciente, a menos que sea obvio y no quede la menor duda, con base en lo expresado previamente

*por el paciente o por convicción anterior, de que este rechazaría la intervención en tal situación. (...)*¹⁶³

- *Reglamento del Expediente de Salud*: En el reglamento en mención, igualmente se establece la obligación del personal médico de obtener el consentimiento informado del paciente, antes de cualquier intervención. Sin embargo dicha normativa establece que aunque se produzca la anuencia del paciente para la realización de un procedimiento determinado es indispensable que el paciente firme un documento denominado “*Consentimiento Informado*”, el cual se debe archivar dentro del historial clínico del paciente.

*Artículo 40. Consentimiento informado. Todo paciente que se vaya a someter a algún procedimiento médico, odontológico o quirúrgico, para el cual, sea requisito la firma del documento de “consentimiento informado”, deberá hacerlo de previo, con manifestación expresa de su anuencia o rechazo. A tal efecto, el profesional responsable de la atención, deberá asegurarse de brindarle la información requerida y de que éste firme el documento citado.*¹⁶⁴

-*Reglamento General de Hospitales Nacionales. Decreto 1743-SPPS*: El Reglamento de Hospitales Nacionales regula la actividad médica tanto privada como pública, el cual establece el derecho del paciente de ser informado sobre su padecimiento y así mismo de cualquier intervención quirúrgica o procedimiento médico que se le vaya a realizar; como

¹⁶³Reglamento Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados. Artículo 2. Ministerio de Salud de Costa Rica, Obtenido el 15 de marzo del 2015 de http://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/leyes/leyusuariossalud.pdf

¹⁶⁴Reglamento del Expediente de Salud. Artículo 40. Caja Costarricense de Seguro Social. Obtenido el 15 de marzo del 2015 de <http://www.cendeiss.sa.cr/etica/reglexpmed.pdf>

medio para proporcionar el consentimiento informado, autorización que deberá realizarse mediante la firma de un documento establecido.

Dicha normativa incluye la importancia de determinar la capacidad del paciente para poder proporcionar el consentimiento informado, estableciendo qué se deberá obtener del paciente que se encuentre en un estado de lucidez mental, estipulando al mismo tiempo que en aquellos casos de menores de edad o inconscientes la autorización deberá ser firmado por el representante legal.

El reglamento menciona en lo correspondiente, al consentimiento informado:

Artículo 304. Todo consultante que concurra a un hospital tendrá derecho a:(...) g) A ser informado de las acciones preventivas acerca de su padecimiento que deba adoptar él y sus familiares.

Artículo 310. Todo paciente en estado de lucidez mental deberá ser informado de cualquier intervención quirúrgica, procedimiento o examen cruento que deba efectuársele y deberá firmar debida autorización para que se le realice tal tipo de tratamiento; en casos de enfermos menores de edad o inconscientes, la autorización deberá firmarla su representante legal o su pariente más allegado disponible.¹⁶⁵

- *Reglamento del Consentimiento Informado en la práctica asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social*: El reglamento del Consentimiento Informado en la

¹⁶⁵Reglamento General de Hospitales Nacionales, Artículos 304 y 310. Obtenido el 15 de marzo del 2015 de <ftp://ftp.ccss.sa.cr/pub/DGRRSSCS/Salud%20Ocupacional/Curso%20Basico%20Comisiones%20Mayo-2010/Material%20Vario/Bibliograf%EDa/Reglamento/REGLAMENTO%20GENERAL%20DE%20HOSPITAL%20NACIONALES.doc>

Práctica Asistencial de la C.C.S.S. fue aprobado por la Junta Directiva, en artículo 25 de la Sesión No. 8601 del 20 de septiembre de 2012. Dicho reglamento regula toda la actividad médica, referente al consentimiento informado en el sector público. El reglamento, a lo que interesa: (Anexo 1)

- Estipula, en qué consiste el procedimiento del consentimiento informado.
- Establece las condiciones con las que debe contar el profesional de la salud, para realizar dicho procedimiento.
- Fija responsabilidades del personal médico: en el momento de realizar el procedimiento del consentimiento informado, se establece la obligación de informar al paciente en forma clara, veraz y comprensible sobre el procedimiento por consentir, así mismo, como atender todas las consultas que el usuario pueda tener al respecto. También, se establece la prohibición de coaccionar al paciente para que tome una decisión determinada.
- Se estipula el derecho a consentir y a revocar el consentimiento por parte del paciente.
- Se establecen las excepciones del procedimiento del consentimiento informado, aquellos casos en los cuales el médico no debe recabar la autorización para la realización de un procedimiento médico determinado por parte del paciente.
- Se implanta el derecho a la información del paciente. Así mismo las características y contenido de la información que se le debe proporcionar.

- Se establece la utilización de formularios del consentimiento informado, en el cual se estipula en cuáles procedimientos se deberán utilizar y cuáles son los requisitos con los que debe contar para su validez.
- Se estipula el derecho a no ser informado.
- Se establece la posibilidad de proporcionar el asentimiento informado, por parte de aquellos pacientes mayores de 12 años.
- El derecho a la confidencialidad, de la información del paciente.
- Se establecen los consentimientos por: sustitución, delegación y privilegio terapéutico; como excepciones al procedimiento ordinario

- *Acuerdo de Política Institucional de Calidad y Seguridad del Paciente*: El acuerdo en mención, es tomado por la Caja Costarricense de Seguro Social, el 28 de febrero del 2007, el cual regulará la actividad médica en el sector público, en referencia a la calidad de la atención y seguridad del paciente en los centros de atención sanitaria. El acuerdo dentro de su estrategia 5.1, establece entre sus postulados, que en aquellos casos de realización de un procedimiento quirúrgico o de cirugía electiva se debe verificar que se haya proporcionado al paciente el procedimiento del consentimiento informado adecuadamente, en los siguientes términos:

Estrategia 5.1 Evaluación integral del paciente previo a cada procedimiento quirúrgico, en caso de cirugía electiva y de acuerdo a la condición nosológica de cada paciente en urgencia.

(...)Consentimiento informado realizado y explicado por el médico tratante y firmado por el paciente.¹⁶⁶

Normativa del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica.

El Colegio de Médicos y Cirujanos, como parte de su normativa interna, establece la obligación de los profesionales médicos de informar al paciente o al representante legal en aquellos casos en los cuales el paciente no posea la capacidad para entender la información recibida, sobre el riesgo del procedimiento médico. Así mismo, estipula la prohibición de realizar cualquier procedimiento sin la autorización previa del paciente. Los artículos que lo regulan son:

Artículo 31: El médico debe informar al paciente o a su representante legal, con base en sus conocimientos, las opciones diagnósticas y terapéuticas que considera adecuadas para el manejo del paciente, observar las prácticas reconocidas y aceptadas, además, respetar las normas legales vigentes en el país.

Artículo 35: El médico debe respetar el derecho del paciente facultado mentalmente para decidir en forma libre sobre la ejecución de prácticas diagnósticas o terapéuticas.

Artículo 37: Con las excepciones que establece la Ley, el médico está obligado a informar a sus pacientes sobre el riesgo presente o eventual de cualquier medicamento, procedimiento médico o quirúrgico. No debe emprender

¹⁶⁶Acuerdo de Política Institucional de Calidad y Seguridad del Paciente, Estrategia 5.1. Obtenido el 15 de marzo del 2015 de <http://www.binasss.sa.cr/seguridad/PoliticaCalidadPaciente.pdf>

ninguna acción sin el consentimiento del enfermo o de su representante legal si es menor de edad o está incapacitado jurídicamente, exceptuados los casos de absoluta imposibilidad o urgencia.

Artículo 38: El médico no debe exagerar la gravedad del diagnóstico o pronóstico; complicar el tratamiento, excederse en el número de visitas, interconsultas o en cualquier otro procedimiento médico, así como crear artificialmente situaciones de alarma, respondiendo a intereses espurios.¹⁶⁷

En conclusión, se puede determinar que la legislación costarricense ha buscado el resguardo de los derechos del paciente, obligando a los médicos que laboran, tanto en el sector público como privado, a realizar el procedimiento del consentimiento informado, exigiendo que se le proporcione al paciente información veraz, comprensibles y completa referente al procedimiento médico que se le desee realizar, para que éste pueda efectuar un consentimiento válido sin ninguna coacción o injerencia. Así mismo, ha regulado las excepciones del procedimiento cuando por casos de emergencia, de incapacidad momentánea del paciente, por ser menor de edad o personas con discapacidad mental no pueden proporcionar el consentimiento, el proceso podrá ser efectuado por un tercero autorizado.

Una vez expuestos los postulados que fundamentan la Teoría del Consentimiento Informado, en la práctica médica. Es necesario conocer los presupuestos y elementos que lo componen y los casos de ausencia del consentimiento informado con sus objeciones.

¹⁶⁷ Código de Ética Médica. Artículos 31,35, 37 y 38. Óp. Cit., 14.

Capítulo Tercero: El consentimiento informado y su acción sustancial en la práctica médica.

El presente capítulo se encuentra dividido en dos secciones que buscan profundizar en el tema del consentimiento informado, teniendo ya en claro cuál es su origen histórico y un acercamiento normativo y conceptual.

La primera sección se titula "*Presupuestos del consentimiento informado*" y busca brindar un acercamiento en torno a cuáles son los elementos básicos del consentimiento informado, así como cuál es el contenido necesario y los límites propios de éste. También, estudia quién ostenta la titularidad y legitimación para brindarlo en supuestos cotidianos tanto respecto de personas capaces, como en aquellas con alguna condición especial. Se analiza, también, cuál es el momento para proporcionarlo y la forma como se debe dar.

La segunda sección se titula "*Ausencia del consentimiento informado*" y explora lo respectivo a la omisión por parte del médico respecto del proceso informativo y la no anuencia de parte del paciente respecto del sometimiento a un tratamiento.

Sección Primera: Presupuestos del consentimiento informado.

Para el estudio integral del consentimiento informado, es de gran relevancia determinar cuáles son los presupuestos para la producción, eficiencia y validez de la figura del consentimiento informado.

Elementos básicos del consentimiento informado.

Los presupuestos del consentimiento informado, resultan fundamentales para un adecuado entendimiento de la figura en estudio y sus alcances. Por lo tanto, se estudiarán

los diversos presupuestos del consentimiento informado como lo son: el contenido, tiempo forma, capacidad del sujeto pasivo, entre otros.

En referencia a dichos presupuestos, la Procuraduría General de la República se ha manifestado en su dictamen C-213-99, donde elabora un listado de los postulados que debe contar el consentimiento informado para su validez y eficacia, pronunciamiento que expone:

El consentimiento es la declaratoria de voluntad mediante la cual una persona consiente un acto determinado; cuando este produce consecuencias de orden jurídico, se le denomina acto jurídico, y como tal, es obligatorio que reúna ciertos presupuestos para lograr su eficacia.

La eficacia del consentimiento depende de la existencia de las siguientes condiciones:

i- Capacidad del sujeto pasivo: Consiste en la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y deberes y para actuar por sí mismo en el ámbito jurídico, ejerciendo esos derechos y cumpliendo esos deberes.

ii- Libertad: Se dice que ha habido libertad en cuanto a la determinación del consentimiento, cuando la manifestación de quien la otorga se brinda sin mediar engaño, error, violencia o amenaza; es decir, por su propia y exclusiva voluntad.

Es en este punto, donde se encuentra contenida la figura del “consentimiento informado”, ya que por medio de él se pretende que la persona que consiente, conozca a ciencia cierta las implicaciones del acto consentido.

iii- Titularidad: Se debe tener la titularidad del bien jurídico o del derecho que es objeto del consentimiento, ya que nadie puede consentir sobre algo que no está legitimado.

iv- Causa: Se trata que el fin pretendido por medio del consentimiento, pero que resulta ajeno al acto en sí mismo, se encuentre apegado a la ley moral, orden público, buenas costumbres y que no perjudique a terceras personas.

v- Forma: La manifestación del consentimiento debe ser expresa, independientemente de la forma; lo importante es que aquel pueda ser reconocido, y que se otorgue de manera previa a la realización de los hechos.¹⁶⁸

Se destaca de estos elementos el enfoque que se da a la persona como individuo capaz de tomar sus propias decisiones, siendo parte de su libertad fundamental el poder determinar sobre los actos que se vayan a realizar sobre su corporalidad. Esta manifestación debe quedar en forma clara y ser respecto de un acto que se encuentre apegado al ordenamiento jurídico, entendiéndose que no se puede consentir respecto de actos médicos que se encuentren fuera de esta esfera.

Como se expuso anteriormente, dichos elementos resultan de fundamental distinción a efectos de definir si a la hora de brindar un consentimiento informado, se cuenta con su validez o no, así como si hay alguna falta de eficacia jurídica. Esto permitirá sentar las responsabilidades correspondientes al personal médico por dicho incumplimiento.

¹⁶⁸Procuraduría General de la República. Dictamen consultivo número C-213-99 del 27 de octubre de 1999. Obtenido el 15 de marzo del 2015 de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=8295&strTipM=T

A modo de complemento de los mencionados elementos se puede hacer referencia a las elaboraciones propuestas por el doctor Galán Cortés¹⁶⁹, quien establece las siguientes concepciones a modo de presupuestos del consentimiento informado:

- *Titularidad:* Por la naturaleza personalísima del, bien jurídico en juego, solo el paciente es el titular del derecho y quien debe consentir la intervención siempre que su capacidad natural de juicio y discernimiento se lo permita. El tema de la madurez o capacidad de entendimiento necesario ha de acogerse teniendo en consideración la normativa específica al respecto.

- *Tiempo:* El consentimiento del paciente debe prestarse antes del acto médico que se pretende llevar a cabo y debe subsistir a lo largo de todo el tratamiento, siendo que debe ser modulado en procesos terapéuticos que precisen de distintas fases. Importante señalar al respecto, que la información dentro del consentimiento sería de tracto sucesivo o ejecución continuada y no de tracto único. Además, en base a ello el consentimiento del paciente es temporal y revocable sin sujeción a formalidades.

- *Forma:* La manifestación del consentimiento debe dejarse por escrito con la finalidad de salvaguardar al galeno de futuras reclamaciones. Este documento debe presentarse al paciente con suficiente antelación, con la finalidad que pueda reflexionar al respecto y no puede ni debe sustituir la información verbal, en el tanto es ahí donde se produce una interacción idónea entre el paciente y el médico, proporcionando en forma clara los datos del procedimiento médico.

- *Objeto:* El objeto del consentimiento informado lo constituye el tratamiento médico quirúrgico ajustado a la Lex Artis Ad Hoc y con los riesgos que le son inherentes, pero no comprende el resultado que es aleatorio, por cuanto este depende de múltiples factores endógenos y exógenos agente al interviniente. Si el paciente

¹⁶⁹Galán Cortés, J. Óp. Cit., 125, Pp 3, 4, 5.

desconoce los riesgos y posibles complicaciones de la intervención a que va a ser sometido, no los puede asumir, siendo el médico al transgredir la obligación de información, quien asumirá por si solo los riesgos del acto quirúrgico.

En la misma línea de las ideas aportadas previamente por la Procuraduría General de la Republica, se destaca la importancia de la titularidad de quien vaya a dar su consentimiento, entendiendo que esta reside sobre el paciente que vaya a someterse a la intervención, el cual debe encontrarse verdaderamente capaz de disponer sobre su persona. Este consentimiento para que se encuentre realizado de una forma adecuada debe de ser manifestado previo a la intervención y contar con un adecuado registro en físico que determine la aceptación del sujeto de ser objeto del tratamiento al que vaya a ser sometido, así como que fue informado respecto a los riesgos que este vaya a acarrear.

Habiendo señalado lo anterior, uno de los presupuestos más importantes para la validez del consentimiento informado, lo constituye su contenido, por lo tanto, se analizarán sus elementos, factores, criterios y regulación.

Contenido y límites del Consentimiento Informado

Para una apropiada comprensión, se debe considerar lo que la doctrina ha señalado referente a dicho presupuesto. Al respecto, el tratadista Galán Cortés, ha indicado:

El médico debe informar al paciente de todas aquellas circunstancias que puedan incidir de forma razonable en la decisión a adoptar por él mismo, por lo que deberá informarle sobre la forma (medios) y el fin del tratamiento médico, señalándole el diagnóstico en su proceso, su pronóstico y las alternativas terapéuticas que existan, con sus riesgos y beneficios, así como la posibilidad, caso de ser

conveniente, de llevar a efecto el tratamiento en otro centro sanitario más adecuado.

*El consentimiento del paciente se extenderá en cuanto a su validez y eficacia hasta donde haya sido informado.*¹⁷⁰

En esta misma línea, la información brindada al paciente para proporcionar el consentimiento informado debe contar con una serie de características. Los autores Vargas, Hering, Demetrio y Ulloa les establecen como “*información comprensible, veraz y adecuada*”¹⁷¹ y que pueden ser desarrolladas de la siguiente forma:

- *Información Comprensible:* el lenguaje empleado para transmitir la información debe adaptarse al nivel intelectual y cultural del destinatario, evitando en lo posible la terminología técnica.
- *Información veraz:* se excluye la mentira, incluso en los supuestos de pronóstico fatal.
- *Información Adecuada:* la adecuación se proyecta en la esfera subjetiva, objetiva, cuantitativa, cualitativa y temporal. Debe ser ajustada a las circunstancias personales del paciente y a la finalidad de la misma.

Dichos elementos son de gran relevancia, ya que permiten que para la apropiada consolidación del consentimiento informado el médico deba conocer las características propias del paciente, no solo en su aspecto físico, sino en su trasfondo social. Esto le permitirá a éste poder proporcionar la información de forma que sea comprendida y oportuna para la toma de las decisiones pertinentes por parte del paciente.

¹⁷⁰Galán Cortés, J. *Ibid.* p 10.

¹⁷¹Vargas C., J.; Hering A., E.; Demetrio R.; A. & Ulloa A., E. (2010), —*Consentimiento Informado: Importancia de información al paciente.*” Revista Obstetra Ginecóloga, Hospital Santiago Oriente, Dr. Luis Tisné Brousse. Vol 5 (1). Pp 62.

En nuestra normativa, la legislación Costarricense en el artículo 5 del Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social, aprobado por la Junta Directiva el 20 de septiembre de 2012, en los incisos g), h) y i) señala que la información brindada debe cumplir los siguientes requisitos:

Artículo 5: Condiciones necesarias. Para la aplicación del proceso de consentimiento informado por parte del profesional de salud responsable, debe contarse con las siguientes condiciones:

(...) g. Acceso de la persona usuaria a información veraz, completa y concisa sobre su condición de salud, con excepción de los casos de privilegio terapéutico.

h. Entrega oportuna de la información relacionada con el procedimiento preventivo, diagnóstico o terapéutico recomendado a la persona usuaria.

i. Verificación por parte del profesional de salud de la comprensión de la información recibida por parte de la persona usuaria. (...)¹⁷²

En razón de lo anterior, la información brindada al paciente para obtener la validez del consentimiento informado deberá ser *completa, veraz, inteligible y adecuada*; si existiera ausencia de alguno de los requisitos se producirá una responsabilidad del médico tratante.

El paciente debe conocer exactamente cuál es el estado actual de su salud, los diversos procedimientos médicos que se pueden realizar para curar la enfermedad padecida o tratamientos terapéuticos a recibir, cuáles pueden ser los riesgos o consecuencias que se

¹⁷²Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social. Artículo 5, Incisos g, h, i. Óp. Cit., 130.

podrán producir después del acto médico; así mismo, dicha información en el momento de su entrega el médico debe presumir la ignorancia del paciente, por lo que debe ser proporcionada en términos sencillos en los cuales pueda entender en forma global el procedimiento por autorizar.

Es importante mencionar que la información para ser facilitada debidamente, el médico debe considerar las características propias del paciente como su estado mental, físico, ámbito profesional, entre otros factores que pueden influir en la comprensión idónea del paciente del procedimiento médico por realizarse.

La información nunca debe estar dirigida a buscar una decisión determinada del paciente, por lo que se debe evitar cualquier tipo de manipulación. La importancia del contenido de la información como elemento fundamental para su validez, es resaltada en el Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social, aprobado por la Junta Directiva el 20 de septiembre de 2012, en su artículo 6, el cual sienta las responsabilidades del profesional médico en caso de proporcionar inadecuadamente la información al paciente, dicho artículo señala:

- Artículo 6.- Responsabilidad por la aplicación.
Corresponde al profesional de salud a cargo del procedimiento, la aplicación del consentimiento informado, lo cual incluye:*
- a. Brindar información adecuada a la capacidad de comprensión de la persona usuaria.*
 - b. Utilizar un lenguaje claro, asequible y adaptado a las condiciones de la persona usuaria.*
 - c. Dar oportunidad a la persona usuaria o a su representante legal, de plantear preguntas y responder en forma clara a estas preguntas.*

d. Evitar cualquier tipo de coacción que afecte la libre manifestación de la voluntad.

e. Gestionar el apoyo interdisciplinario que considere necesario.

f. Otorgar a la persona usuaria el tiempo, estimado por el profesional de la salud, en razón del tipo y la oportunidad del procedimiento, para reflexionar y tomar la decisión.¹⁷³

En relación con el contenido específico de la información que debe ser proporcionada al paciente y sus límites, el autor Galán Cortés ha señalado al respecto, que el médico debe informar al paciente todas aquellas circunstancias y procedimientos que son de importancia para tomar una decisión por parte del mismo. Considera que dicho contenido específico debe contar con¹⁷⁴.

- Diagnóstico base del paciente.
- Determinación del padecimiento del paciente.
- Alternativas de tratamiento de la enfermedad.
- Forma y medios de realización de procedimiento o acto médico.
- Fines del procedimiento médico y sus incidencias.
- Riesgos inminentes al procedimiento médico y posibles complicaciones del mismo.

¹⁷³Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social, Artículo 6. *Ibíd.*

¹⁷⁴Galán Cortés, J, *Óp. Cit.*, 112, p 175.

- Ventajas y desventajas de cada procedimiento.
- Los medios con los cuales cuenta el centro hospitalario para la realización del procedimiento.
- Necesidad del tratamiento y las consecuencias asociadas a la no realización del mismo.
- En caso de ser centros médicos privados, el costo asociado al tratamiento.

Así mismo, el Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social, aprobado por la Junta Directiva el 20 de septiembre de 2012; ha señalado al respecto que la información brindada al paciente debe contar con las siguientes características:

Artículo 11.- Características y contenido. La información que se transmita a la persona usuaria, para efectos del consentimiento informado, deberá tener las siguientes características y contenido mínimo:

- I. Ser comprensible, continua, razonable y suficiente.*
- II. Ser objetiva, específica, pertinente y adecuada al procedimiento clínico.*
- III. Debe incluir los siguientes elementos:*
 - a. Identificación, objetivo y descripción del procedimiento clínico a consentir.*
 - b. Beneficios esperados para la persona usuaria.*
 - c. Alternativas disponibles para el procedimiento clínico recomendado.*

d. Consecuencias previsibles de la realización o de la no realización del procedimiento clínico recomendado.

e. Descripción de los riesgos frecuentes y de los riesgos poco frecuentes cuando sean de especial gravedad, del procedimiento clínico.

f. Descripción de los riesgos personalizados.

g. Otros, a consideración del profesional de la salud.¹⁷⁵

Las anteriores características determinarán la validez del consentimiento informado, en razón de que aunque se produzca el procedimiento, pero con una faltante de alguna de las características, el consentimiento posee una invalidez absoluta, al no proporcionar al paciente la información idónea para poder tomar una decisión voluntaria y libre. Es importante señalar que, sin embargo, dicha regulación es aplicable solamente en el sector público, por lo tanto, el sector privado solamente se le ha indicado que la información debe ser veraz, comprensible y completa, de ahí nace la necesidad de regular la garantía del consentimiento informado a nivel general.

El derecho a la información, como derecho del paciente, al mismo tiempo¹⁷⁶:

- Facilita la interrelación entre el médico y el paciente, acrecentando una relación de confianza.
- Decisión del paciente madura, con un análisis previo de los aspectos favorables y desfavorables del procedimiento.

¹⁷⁵Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social, Artículo 11. Óp. Cit., 130.

¹⁷⁶Matarrita Alvarado S. Óp. Cit., 80, p 22.

- Facilita la participación del paciente en las diferentes fases del procedimiento.

- Desarrolla el valor de la persona en el ámbito biótico-social

En lo que refiere a los límites del consentimiento informado es importante evocar el criterio de Galán Cortés, quien indica:

En cuanto a los límites del deber de información del médico, estimamos que debe informarse sobre las consecuencias y riesgos que razonablemente se puedan prever, es decir, los riesgos "típicos", pero no sobre los excepcionales o "atípicos", esto es, aquellos que de acuerdo con la ciencia y experiencia médica no son previsibles en el acto médico concreto a efectuar. No puede, por consiguiente, omitirse información sobre las consecuencias seguras y relevantes, ni sobre las posibles y previsibles, y ello con absoluta independencia de su verificación y cuantificación estadística.¹⁷⁷

Queda claro, en este sentido, que el deber de información es parcial, en razón que no se puede esperar más información de parte del galeno que lo que la práctica cotidiana y la Lex Artis permiten demostrar, siendo únicamente necesario hacer referencia a los riesgos y consecuencias típicas. Así mismo, se le debe comunicar al paciente la posibilidad que en el curso del procedimiento surjan circunstancias o dificultades que puedan variar la forma o extensión del procedimiento médico.

¹⁷⁷Galán Cortés, J. Óp. Cit., 125. p 12.

Debe mencionarse, que los criterios estadísticos o porcentuales no son suficientes para decidir la información a suministrar al paciente, sino que se deben contemplar otras variables como su estado, el nivel técnico del galeno, los elementos tecnológicos del centro hospitalario y la dificultad de la intervención. Sin embargo, actualmente en la práctica médica muchos profesionales omiten dicha información al paciente por considerar, que el procedimiento médico por realizarse puede ser no autorizado por el paciente, lo cual podría poner en juego su vida.

En la misma línea de lo anteriormente expuesto, el médico debe considerar una serie de factores que pueden interferir en una adecuada comprensión de la información por parte del paciente para la validez del consentimiento informado. Los principales factores que debe considerar son:

-Factores subjetivos: los factores subjetivos se refieren a las características atinentes netamente al ámbito del paciente, a saber, condición psíquica, edad, nivel cultural y educativo, situación familiar, social, religioso y profesional. Algunos de los factores subjetivos más determinantes son:

- *El nivel educativo u profesional:* es uno de los factores más determinantes, ya que el médico deberá utilizar el lenguaje y la terminología más idónea para la comprensión de las implicaciones médicas por parte del paciente.
- *Factor religioso:* el factor religioso ocasiona que, en muchas ocasiones, aunque se proporcione la información adecuadamente al paciente, éste tiene falsas creencias en relación con un procedimiento determinado. Un claro ejemplo se puede encontrar en los testigos de Jehová, quienes consideran incorrecto las transfusiones de sangre. Por ende, en estos casos se puede

determinar que el paciente no comprende idóneamente la información, a raíz de los valores o creencias que posee.

- *Factores del contexto sociocultural:* se ha considerado, que la efectividad de la comunicación entre dos individuos se encuentra determinada por el grado en que compartan una misma lengua, cultura, historia y sistemas comunitarios. Por lo tanto, entre mayores divergencias existan entre el médico y el paciente, más difícil será la comprensión de la información por parte del paciente y así mismo, la emisión de la información por el médico tratante.¹⁷⁸

-Factores objetivos: Versan sobre aquellos factores atinentes al procedimiento médico a realizarse, los cuales se podrán clasificar en:

I. *Necesidad o urgencia del procedimiento:* en caso de urgencia del procedimiento para preservar la vida del paciente, el consentimiento se puede postergar hasta después de superada la urgencia. En relación con la necesidad del procedimiento y cuando todavía se cuente con las capacidades psíquicas y físicas del paciente para realizar el consentimiento, la mayoría de la doctrina considera que la información brindada debe ser muy general, pero otra parte estima que es de gran relevancia por el contrario que el paciente pueda comprender la necesidad del procedimiento para su supervivencia, por ende, debe ser específica.¹⁷⁹

II. *Riesgos y consecuencias del acto médico a practicar:* el médico debe considerar en todo momento los riesgos que posee el procedimiento: tanto los que cuentan con gran posibilidad de que surjan (riesgos típicos), relacionados directamente al procedimiento; así como aquellos ajenos a toda actuación del

¹⁷⁸Simón, P, Óp. Cit., 77, p 239.

¹⁷⁹Astorga Tobar, J. Óp. Cit., 90, Pp 44-45.

médico (riesgos atípicos). Sin embargo, es fundamental que el médico sepa expresar las probabilidades del surgimiento de los riesgos al paciente, ya que, según la forma de presentación el paciente puede comprender información distinta, un ejemplo se puede apreciar en comunicarle a una pareja ceropositiva que las posibilidades de que su hijo sea afectado por VIH son del 25% no es lo mismo, aun siendo lo mismo, comunicarles que existe un 75% de probabilidades de que su hijo nazca sano.¹⁸⁰

No se puede dejar de lado, que la doctrina en relación con los riesgos ha considerado que el médico debe determinar si informa todos los riesgos típicos del procedimiento al paciente, ya que dicha información podría generar angustia en éste y afectar su decisión de realizarse el procedimiento. También, implicaría elaborar y explicar una extensa lista de efectos indeseables de un tratamiento o una cirugía.¹⁸¹

Sin embargo, a efectos de este trabajo de investigación se considera que los riesgos deben ser informados en todo momento al paciente, el cual es el único que podrá autorizar o revocar el consentimiento informado para la realización de un procedimiento. Dicha facultad no puede ser determinada por el médico al omitir información relevante a su paciente.

Existen casos en los cuales el paciente expresamente ha manifestado no querer ser informado del diagnóstico de su enfermedad ni de los procedimientos médicos por realizar para atacar ésta. Sin embargo, dicha prerrogativa no se debe considerar como una inaplicación del consentimiento informado, ya que es importante recordar que ésta consiste en la posibilidad por parte del paciente de tomar las decisiones pertinentes a un procedimiento médico, en estos casos se puede considerar que el paciente decidió no ser informado del procedimiento médico, por ende, no es una exclusión.

¹⁸⁰ Simón, P. *ibid.*, p 240.

¹⁸¹ Yepes Restrepo, S. (1996), “*Responsabilidad Civil Médica*”, Medellín, Colombia, Biblioteca Jurídica Diké, (4ªed), Pp.144-145

Dicha petición debe ser consignada en el expediente clínico del paciente y, así mismo, la información brindada al paciente anteriormente a su decisión donde se le explicó las implicaciones de la utilización de su derecho a no ser informado.

Respecto de este último punto, en el sector público dicho derecho se encuentra regulado en el Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social, aprobado por la Junta Directiva el 20 de septiembre de 2012; en su artículo 13, el cual señala:

*Artículo 13.- Derecho a no ser informado. Cuando la persona usuaria manifieste expresamente su deseo de no recibir información clínica, para efectos del consentimiento informado, se dejará constancia en el expediente de salud o registro respectivo. El caso anterior no excluye el derecho de la persona usuaria de brindar el consentimiento previo para el procedimiento clínico recomendado. En todo caso, deberá respetarse la facultad de la persona usuaria a delegar el consentimiento informado con base en el artículo 17 del presente Reglamento.*¹⁸².

El artículo referido resulta interesante en el tanto permite que no sea necesario el consentimiento informado de previo a las intervenciones, siendo que faculta al paciente a no recibir información. Sin embargo, debe destacarse que para que esto sea válido éste debe consentir respecto de esa “no información”, voluntad que debe quedar expresa en el expediente respectivo. En razón de lo anterior, no se puede afirmar que no haya consentimiento de parte del paciente, sino que éste sí existe, solo que por decisión del

¹⁸²Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social, Artículo 13. Óp. Cit., 130.

mismo se da de previo a las intervenciones y sin necesidad de brindar la información respectiva a los mismos.

En relación con los criterios que desarrollan la relación del grado de información que debe entregar el médico al paciente, se debe señalar que estos fueron creados a partir de la jurisprudencia norteamericana, la cual los clasifica en tres estándares, éstos son:

- *Criterio del Médico Razonable*: dicho criterio fue desarrollado a partir del caso “*Natanson vs Kline*”, en el cual el juez determinó que el médico debe informar aquellos riesgos y sus consecuencias que atiendan a la comunidad médica; para la cual debe realizar una comparación entre la actuación del médico denunciado y la práctica profesional en la comunidad médica.¹⁸³ Este criterio se encuentra, con una clara concepción de una relación médico-paciente paternalista; lo cual le condujo a que se presentarán serios problemas en su aplicación, entre los que se puede mencionar.¹⁸⁴

✓ En muchas ocasiones, no existía consenso en la comunidad médica, sobre la información que se le debe proporcionar al paciente, en un procedimiento médico determinado.

✓ Aunque existiera el consenso, el estándar de la información, se podría presentar insuficiente para el paciente.

✓ En la práctica médica, se presentaba la ocultación sistemática de información al paciente.

¹⁸³ Simón, P. Óp. Cit., 77, p 230.

¹⁸⁴ Simón, P. *Ibid.*, Pp 230-231.

✓ En relación a la carga de la prueba, era muy difícil demostrar por parte del paciente que no se le había proporcionado la información determinada por la comunidad médica.

- *Criterio de la persona Razonable*: creado a raíz de la sentencia del caso “*Berkey v. Anderson*” (1969), el cual considera que la información que el médico debe dar al paciente no puede depender de la práctica profesional de la comunidad médica, si no que la autodeterminación del paciente, debe ser la guía que establezca el grado de información, a proporcionar.¹⁸⁵ Uno de los grandes problemas que surgen con dicho criterio es determinar cuáles son las circunstancias que una persona razonable desea conocer.

- *Criterio subjetivo*: constituye el último estándar desarrollado, sin embargo fue gestado por la literatura legal y no por la jurisprudencia Norteamérica. El mismo, considera que al paciente se le debía informar de aquellos riesgos que él hubiese querido conocer.

En la misma línea de lo anteriormente expuesto en el caso particular de Costa Rica, la legislación ha señalado en los numerales 310 del Reglamento General de Hospitales Nacionales—(…)no exige que la información al paciente se brinde de manera extensa, compleja con términos técnicos ni que quede documentada tal explicación, por el contrario, y en razón de la agilidad de la atención médica, éstas explicaciones deben ser sencillas y verbales para que el paciente sea capaz de comprenderlas (...)”¹⁸⁶ y precepto número 2 de la Ley No.8239 denominada Ley de Derechos y Deberes de las Personas Usuaris de los Servicios de Salud Públicos y Privados de manera taxativa entre los derechos de los pacientes incluye: “...b) Ser informadas del nombre, los apellidos, el grado profesional y el puesto que desempeña el personal de salud que les brinda atención. b)

¹⁸⁵Simón, *Ibid.*, p 232.

¹⁸⁶Reglamento General de Hospitales Nacionales. Artículo 310. Óp. Cit., 165.

Recibir la información necesaria y, con base en ella, brindar o no su autorización para que les administren un determinado procedimiento o tratamiento médico”¹⁸⁷.

Por lo tanto, se considera que dicha legislación no se encasilla dentro de solo uno de los criterios en relación con el grado de información, sino más bien realiza una convergencia de estos, donde lo más importante es que se le brinde al paciente la información de la forma más clara y comprensible posible, que le permita tener un conocimiento general del acto médico que se le vaya a realizar y que posibilite un consentimiento informado válido.

Sin embargo, en el artículo 18 del Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial de la Caja Costarricense de Seguro Social se puede ver la aplicación del criterio del Médico Razonable, el cual contará con la facultad de omitir la información que pueda afectar la lucidez y razonabilidad del paciente para realizarse un procedimiento, sin dejar de lado que la información debe ser proporcionada posteriormente, en los siguientes términos:

De manera excepcional y de forma justificada, el profesional de salud podrá graduar el contenido de la información clínica relacionada con el procedimiento clínico recomendado, cuando según su criterio técnico esta pudiera alterar la capacidad volitiva y de juicio de la persona usuaria, de tal modo que la convierta en incompetente para decidir. No obstante, el ejercicio del privilegio terapéutico no excluye el derecho de la persona usuaria a que, una vez solventada la situación que justificó

¹⁸⁷Ley de Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados. Artículo 2. Óp. Cit.163.

*dicho privilegio, se le brinde la información correspondiente sobre el procedimiento clínico realizado.*¹⁸⁸

Este aspecto que permite al médico el graduar el contenido que brinda, no implica una omisión de los riesgos esenciales, sino la consideración al factor psicológico del paciente, siendo que el galeno al evaluar su condición psíquica podría prescindir de brindar información que altere o nuble el juicio de la persona, más no aquella que sea sustancialmente relevante.

En síntesis, en referencia al contenido y límites del consentimiento informado, el paciente tiene derecho a conocer quiénes son los facultativos que le asisten, a recibir información completa y veraz en términos comprensibles, acerca de su estado clínico, de modo verbal o por escrito, que incluya diagnóstico, pronóstico, opciones de tratamiento y que se le aperciba de las posibles consecuencias de la intervención quirúrgica.

En consecuencia, se puede establecer que el consentimiento informado se desdobra en dos aspectos. El primero consiste en el derecho del paciente de ser informado del padecimiento que posee, posibles métodos de curación de éste y los riesgos típicos del tratamiento o intervención quirúrgica que se puede realizar para abordar el padecimiento que posee. El segundo se ve reflejado en la forma como el consentimiento se reputa necesario para la realización de cualquier acto médico en el paciente.

Como parte de los presupuestos, es fundamental determinar si en todos los casos, el consentimiento informado para la realización de cualquier acto médico solo lo debe realizar el paciente o se encuentran algunas excepciones a dicha regla, lo cual se estudiará en la siguiente subsección.

¹⁸⁸Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social, Artículo 18. Óp. Cit.,130.

Titularidad y Legitimidad para brindar el Consentimiento informado.

El consentimiento informado, como un derecho inherente al paciente a ser informado y a prestar su consentimiento para la realización de cualquier intervención médica, considera como exclusivo titular de dicho derecho al paciente, pues solamente éste puede conocer sus propias necesidades, deseos, valores, prioridades y objetivos de vida.

Lo anterior, según lo establece el artículo 7 del Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial de la Caja Costarricense de Seguro Social, el cual señala:

El consentimiento tendrá validez cuando a la persona usuaria o a su representante legal, se le haya brindado la información clínica suficiente, la haya comprendido y con base en esto, tome una decisión libre y voluntaria. En caso de emergencia clínica derivada del procedimiento consentido, que requiera de una actuación necesariamente inaplazable, el profesional en salud, podrá extender la actividad a otras actuaciones a la inicialmente autorizada.

*De las anteriores circunstancias deberá quedar constancia en el expediente de salud o registro respectivo por parte del profesional responsable del procedimiento clínico.*¹⁸⁹

A raíz del mismo surge a nivel jurídico un gran debate: al considerarse dicho derecho como personalísimo, se debe tomar en cuenta para la validez de la voluntad del paciente diversas características que debe poseer en el momento de brindar el consentimiento

¹⁸⁹Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social, Artículo 07, *Ibíd.*

informado; en razón de que se pueden presentar casos en los cuales no es posible conocer la decisión real del paciente por la urgencia del procedimiento o por las particularidades del mismo. Ejemplo de lo anterior se ve en la inconciencia momentánea, incompetencia, menores de edad, personas con problemas mentales, pacientes geriátricos, entre otros. Surge, por ende, el conflicto de poder determinar qué sucede en aquellos casos en los cuales el médico no puede cumplir con el proceso del consentimiento informado directamente con el paciente y debe remplazar el mismo por un tercero.

Debido a lo anterior, es fundamental determinar como parte de los derechos personalismos la competencia y capacidad en este caso del paciente, para poder brindar el consentimiento. Lo cual indicará cuál sujeto cuenta con la legitimidad para brindar éste.

i. Competencia: se puede considerar competencia como la actitud para comprender racionalmente los alcances y efectos de un determinado procedimiento clínico (quirúrgico, diagnóstico o de tratamiento) y poder evaluar las situación, logrando ver los beneficios y riesgos que se encuentran implícitos, pudiendo decidir libremente su opinión al respecto.¹⁹⁰

ii. Capacidad: la capacidad consiste en la posibilidad de designar las manifestaciones de la subjetividad¹⁹¹, la cual posee dos grandes categorías:

- *Capacidad jurídica:* consiste en la designación de la posición del sujeto en cuanto posible destinatario de los efectos jurídicos. En Costa Rica se ha establecido que la capacidad jurídica es inherente a toda persona desde el momento de su fecundación de modo absoluto y general.

¹⁹⁰Quintana Marcó, I. (2010), —*El consentimiento informado en la relación médico – paciente: aspectos jurídicos*”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Derecho, Santiago, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, p31.

¹⁹¹Pérez Vargas, V. Óp. Cit., 151. p.38.

- *Capacidad de actuar*: designa la posibilidad que reconoce el derecho al sujeto que se encuentra en los presupuestos previstos para su reconocimiento, de revelar y hacer valer intereses en el mundo jurídico, determinado por su propio comportamiento la aplicación de normas y efectos por ellas dispuestas¹⁹² Por ende esta consiste en la capacidad que posee un sujeto para la constitución de efectos jurídicos, cuyos presupuestos se encuentran condicionados por las capacidades volitivas y cognoscitivas del mismo.

Por lo tanto, se infiere que la competencia se caracteriza por su difícil cuantificación y por tener un carácter meramente subjetivo para su determinación, mientras que la capacidad viene dada o instaurada por el ordenamiento jurídico, al establecer tácitamente los sujetos receptores de efectos jurídicos y cuáles, a su vez, pueden constituir estos.

En relación con la capacidad para proporcionar el consentimiento, Castillo González indica:

*El consentimiento del titular del bien jurídico se basa en la autonomía del individuo, es decir, en el derecho de definir el rumbo que tomen los bienes jurídicos que le pertenecen. Como acto que manifiesta la propia determinación del individuo, el consentimiento del titular del bien jurídico solamente puede existir si el sujeto entiende el significado y alcance de la lesión a su bien jurídico y tiene la capacidad de juzgarlo en todas sus dimensiones.*¹⁹³

¹⁹²Pérez Vargas, V. *Ibíd.* p. 42.

¹⁹³Castillo González, F. (2009), —*Derecho Penal, Parte General*”, Tomo II. San José, Costa Rica. Jurídica Continental, (3^aed), p 345.

Es importante destacar la importancia que se da a la autonomía como máxima de tutela respecto de la oportunidad de decidir sobre los eventos que vayan a afectar algún bien jurídico del que se sea titular. Esta determinación resulta más completa aún si se entiende el riesgo que se corre y los alcances del detrimento que vaya a surgir de aceptar una determinada acción.

Asimismo, es importante señalar el criterio del tratadista Galán Cortés, quien aborda el tema de la capacidad de brindar el consentimiento informado:

*La capacidad en el consentimiento informado es la posibilidad de expresión de la voluntad, previa comprensión del acto médico y de sus consecuencias sobre la vida y la salud, con plena facultad para valorar las ventajas alternativas, además de la posibilidad de sobreponerse al miedo, la angustia y al nerviosismo que conlleva una situación de esa índole.*¹⁹⁴

A raíz de lo establecido por dicho autor, se puede deducir que en el caso de la titularidad del consentimiento informado el paciente debe contar con la capacidad de actuar y la competencia cognoscitiva para comprender la información de carácter médico y para poder decidir si desea o no que se le realice el procedimiento médico. En caso de no contar con dichos postulados surge el problema jurídico de establecer qué sucede con aquellos grupos de individuos a los cuales el médico no podrá realizar el procedimiento del consentimiento informado directamente. En razón de lo anterior, se analizará algunos de los escenarios, que en ocasiones se considera que presentan dicha problemática como lo son: personas menores de edad, personas con problemas cognoscitivos, pacientes geriátricos, privados de libertad y excepciones de ley.

¹⁹⁴Galán Cortés, J. Óp. Cit., 112, Pp 73-78.

i. Personas menores de edad.

En referencia a los menores de edad, en tesis de principio solamente poseen capacidad jurídica, por ende, son receptores de efectos jurídicos. Esto en razón de considerarse la edad como el principal hecho constitutivo de la capacidad de actuar, la cual se encuentra ligada a la capacidad cognoscitiva y volitiva.¹⁹⁵

Lo anterior, es evidenciable en el Código Civil, donde se establece en su artículo 37¹⁹⁶, que se considerarán personas mayores de edad y por consiguiente con capacidad de actuar aquellas que hayan cumplido dieciocho años y menores los que no hayan llegado a dicha edad. Por lo tanto, en referencia a dicha normativa y la posibilidad de un menor de edad de proporcionar el consentimiento informado para un procedimiento médico; se podría considerar incapaz de proporcionar su voluntad al respecto por no contar con la edad establecida para ejercer la capacidad de actuar. Sin embargo, dicha regla no se puede aplicar en forma general en todos los casos, como más adelante se expondrá.

Primeramente, es importante señalar, que “*por no poseer capacidad de actuar*” no puede determinarse que el menor no cuente con capacidad volitiva y cognoscitiva; sino que se ha establecido como un medio para regular las relaciones entre los individuos una edad determinada para adquirir dicha prerrogativa. Al respecto el autor Messineo Francesco menciona:

Con la consecución de la mayoría no se tiene repentina adquisición de capacidad natural de actuar, como si, todavía el día antes de cumplir esta edad el sujeto fuese totalmente incapaz. La verdad es que, por razones de carácter práctico, o sea, para simplificar las relaciones en

¹⁹⁵Pérez Vargas, V. Óp. Cit., 151. p57.

¹⁹⁶Artículo 37: Son mayores de edad las personas que han cumplido dieciocho años; y menores las que no han llegado a esa edad.

las que es relevante la edad del sujeto, es necesario establecer un punto cronológico fijo de su vida, a partir del cual, se le considere (hasta prueba en contrario) capaz de actuar y antes del cual se le considera incapaz, pues sería complicado y dificultoso exigir, caso por caso, la prueba de capacidad concreto correspondiente a cada edad. Sin embargo esto no quita que la capacidad se va adquiriendo gradualmente con el progresar de los años y es posible, y aun frecuente, que el sujeto, incapaz de actuar a los ojos de la ley, sea capaz de hecho.¹⁹⁷

En razón de lo anterior, el consentimiento informado en el ámbito clínico en el caso de los menores debe ser proporcionado, por sus padres o en su defecto por su representante legal. Estos ostentan la posibilidad jurídica de tomar las decisiones que consideren más importantes en la vida del menor, según lo establece el Código de Familia en su artículo 144¹⁹⁸.

Para tales efectos, el representante legal proporcionará un consentimiento informado por sustitución, según se encuentra establecido en el artículo 16 del Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial de la Caja Costarricense de Seguro Social, el cual menciona:

El consentimiento informado por sustitución se aplicará cuando exista incapacidad manifiesta y evidente para tomar decisiones válidas o esta haya sido declarada judicialmente, o bien cuando la persona usuaria sea menor

¹⁹⁷Messineo, F. (1947), “*Manuale di Diritto Civile e Commerciale*”, Milán, Italia. p .228.

¹⁹⁸Artículo 144: Cuando sea necesario una hospitalización, tratamiento, o intervención quirúrgica decisivos e indispensables para resguardar la salud o la vida del menor queda autorizada la decisión facultativa pertinente aún contra el criterio de los padres.

de edad. En los supuestos anteriores, corresponderá otorgar el consentimiento a:

a. El cónyuge o la pareja de hecho. En su ausencia, el familiar de grado más próximo, y en igualdad de grado, al de mayor edad de los presentes, con capacidad jurídica.

b. El representante legal, debidamente acreditado.

Cuando el responsable del procedimiento considere que la persona usuaria incapaz reúne suficientes condiciones, le facilitará la información adecuada a su capacidad de comprensión.

En caso de que la decisión del cónyuge, la pareja de hecho o el representante legal sea contraria a los intereses de la persona usuaria incapaz, deberá solicitarse la medida cautelar pertinente a la autoridad judicial correspondiente, en virtud de lo dispuesto en la legislación costarricense.

El consentimiento por sustitución no se aplicará en los casos establecidos en el artículo 9 de este Reglamento.¹⁹⁹

Un claro ejemplo se puede apreciar en el protocolo utilizado en el Hospital Nacional de Niños y Niñas de Costa Rica, en el cual el médico tratante del menor debe realizar el procedimiento del Consentimiento Informado de forma verbal a los padres o representante legal de éste, información que debe quedar documentada en el expediente clínico. Durante este proceso los representantes podrán realizar todas las interrogantes que consideren necesarias para la comprensión idónea del procedimiento médico al especialista a cargo del caso. Posteriormente, si se cuenta con la anuencia del representante o padres del menor se procede a firmar el Formulario de Consentimiento Informado de la Caja Costarricense de

¹⁹⁹Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social, Artículo 16. Óp. Cit., 130.

Seguro Social, en el cual se documenta la autorización de los mismos, para la realización del procedimiento médico.²⁰⁰

Es importante indicar, que actualmente, como política hospitalaria, según lo mencionado por la coordinadora del Comité de Bioética Clínica del Hospital Nacional de Niños, no se podrá en casos de intervenciones quirúrgicas, llevar ningún menor a la sala de operaciones, cuando el formulario del consentimiento informado no se encuentra debidamente lleno y firmado dentro del expediente médico.²⁰¹

Por lo tanto, surge a nivel doctrinario una gran discusión, al considerarse por algunos autores como Galán Cortés, que aquellos menores de edad que puedan manifestar libremente su opinión y posean un nivel idóneo de madurez para comprender la información proporcionada por el personal médico; deben contar con la potestad de ser partícipes en la toma de decisiones clínicas, tanto en su derecho a ser informados como a brindar su consentimiento; por ser estos categorizados como derechos personalísimos.²⁰²

Sobre esta capacidad del menor de edad, es importante mencionar el criterio de Castillo González, quien indica:

Cuando se trate de intervenciones o tratamientos médicos, para los cuales el derecho-habiente debe dar su consentimiento, se requiere que quien consienta sea informado de la naturaleza de la intervención o del tratamiento, de su finalidad y de los riesgos y consecuencias de ellos. Ello supone una determinada capacidad de conocimiento y de razonamiento. Sin embargo, esa

²⁰⁰Entrevista realizada a la Coordinadora del Comité de Bioética Clínica del Hospital Nacional de Niños, Doctora Hazel Gutiérrez, en fecha del treinta de setiembre del año dos mil catorce.

²⁰¹Entrevista realizada a la Coordinadora del Comité de Bioética Clínica del Hospital Nacional de Niños, Doctora Hazel Gutiérrez, en fecha del treinta de setiembre del año dos mil catorce.

²⁰²Galán Cortés, J. Óp. Cit., 112, p 78.

capacidad no se juzga conforme a las reglas de la capacidad del Derecho Civil, sino que, cuando se trata de bienes jurídicos personalísimos, como lo es la integridad física, esa capacidad se establece conforme a las facultades de conocimiento y de juicio naturales y al estado de madurez psicológica del derecho-habiente en el caso concreto. Por consiguiente, un menor de edad (conforme al Derecho Civil) puede dar un consentimiento válido, por ejemplo, para una intervención quirúrgica.²⁰³

El conflicto surge al no poder establecer un parámetro para determinar si el menor cuenta con la “*madurez suficiente*” para la toma de decisiones. Como una solución los ordenamientos han fijado una edad determinada a partir de la cual se establece una presunción de capacidad cognoscitiva y volitiva como anteriormente se mencionó. Sin embargo, no se puede dejar de lado que, en muchas ocasiones, los menores poseen una capacidad de discernimiento y de comprensión superior para la toma de decisiones clínicas referentes a su salud, que aquellos que poseen la mayoría de edad.

Dicha problemática no fue ajena a la regulación costarricense, la cual en el año 2001, recibió una gran crítica, mediante el informe final, oficio número 03511, de la Defensoría de los Habitantes, la cual señaló en referencia:

...Informar al paciente menor de edad sobre los tratamientos que eventualmente se le podría suministrar

²⁰³Castillo González, F. (1998), “*El consentimiento del derecho-habiente en materia penal*”, San José, Costa Rica, Juritexto. (1ªed), p 89.

*para oír su criterio, el cual debe ser valorado de conformidad con su edad y su madurez...*²⁰⁴

En razón de lo anterior, en un marco de respeto a los derechos personalísimos de las personas menores de edad, se ha realizado una excepción con aquellos menores, mayores de 12 años, a los cuales se les permite participar del procedimiento del consentimiento informado. Esto para que puedan influenciar en la toma de decisiones referentes a cualquier procedimiento médico que se les desee realizar, lo cual se encuentra regulado en el artículo 14 del Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial de la Caja Costarricense de Seguro Social, el cual menciona:

Artículo 14: El Asentimiento Informado. Será obligatoria la aplicación del asentimiento informado a la persona usuaria mayor de 12 años. Cuando tenga menos de 12 años, debe tomarse en cuenta su opinión, conforme su edad y grado de madurez.

El profesional de salud debe dejar constancia escrita, en el expediente de salud o registro respectivo, de que se cumplió con el proceso de asentimiento informado, de manera previa a la realización de un procedimiento clínico específico que supone riesgos o inconvenientes de evidente repercusión negativa para la salud.

Cuando el procedimiento clínico recomendado resulte decisivo e indispensable para el resguardo de la salud o la vida del menor de edad, primará la decisión facultativa del profesional de salud, aún contra el criterio del

²⁰⁴Defensoría de los Habitantes, Oficio número 03511 del 2 de mayo del 2001.

*representante legal o de la persona usuaria menor de edad; de ello se dejará constancia en el expediente de salud o registro respectivo.*²⁰⁵

Con dicha regulación, se busca proteger el interés superior del niño en el plano físico, psíquico y social, ya que éste es el único que posee conocimiento de su propio cuerpo, sus limitaciones y cualidades. Asimismo, en muchas ocasiones, como lo señala el artículo 14 anteriormente mencionado, si los padres o representantes legales del menor no coinciden con el criterio del mismo para la realización o no de un procedimiento médico determinado o en el caso de los menores de 12 años, a quienes sus representantes no autoricen el procedimiento médico; se faculta al profesional médico a efectuar aquellos procedimientos clínicos que consideren indispensables para el resguardo de la vida del menor. Específicamente, dicha facultad se encuentra regulada en el artículo 144 del Código de Familia, y el artículo 46 del Código de la Niñez y la Adolescencia, los cuales mencionan al respecto:

*Artículo 144: Autorización para intervención médica de menores. Cuando sea necesaria una hospitalización, un tratamiento o una intervención quirúrgica, decisiva e indispensable para resguardar la salud o la vida del menor, queda autorizada la decisión facultativa pertinente, aún contra el criterio de los padres. En los casos de menores representados por el Patronato Nacional de la Infancia, se aplicará igual disposición ante discrepancia*²⁰⁶

²⁰⁵Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social, Artículo 14. Óp. Cit., 130.

²⁰⁶Código de Familia. Artículo 144. Óp. Cit., 160.

*Artículo 46: Denegación de consentimiento. Si el padre, la madre, los representantes legales o las personas encargadas negaren, por cualquier razón, su consentimiento para la hospitalización, el tratamiento o la intervención quirúrgica urgentes de sus hijos, el profesional en salud queda autorizado para adoptar las acciones inmediatas a fin de proteger la vida o la integridad física y emocional de ellos, en los términos del artículo 144 del Código de Familia.*²⁰⁷

En conclusión, se puede determinar que aunque los menores poseen una incapacidad para proporcionar el consentimiento informado para la realización de un procedimiento médico, por no tener capacidad de actuar, los menores de 12 años deben ser partícipes de dicho proceso. Y en aquellos casos en los que medien motivos religiosos, culturales, educativos, sociales, entre otros que provoquen la no anuencia de parte de los representantes legales del menor para la realización de procedimiento se faculta al personal médico para que lo efectúen, cuando se ponga en juego la calidad de vida del menor poder realizar éste.

Lo anterior, encuentra sustento jurídico en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño la cual, señala que *—los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todo los asuntos que afecten al niño (...)*²⁰⁸.

Es importante mencionar que en los hospitales privados, dicha prerrogativa, al existir un contrato oneroso para la realización de un procedimiento médico, si no se cuenta con la

²⁰⁷Código de Niñez y Adolescencia. Artículo 46. Óp. Cit., 161.

²⁰⁸Convención de los Derechos del Niño, Artículo 12, Naciones Unidas Derechos Humanos. Obtenido el 15 de marzo del 2015 de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

aprobación de los representantes, éste no se podrá realizar, por lo que se debe poner dicha situación en conocimiento de las autoridades correspondientes.

ii. Personas con discapacidad mental o psíquica.

Las personas con discapacidad mental o psíquica, se consideran una de las categorías en las cuales el paciente no se encuentra en la posibilidad de comprender su condición de salud o implicaciones de los procedimientos médicos al que puede ser sometido; por no contar con los elementos volitivos y cognoscitivos. Sin embargo, no se puede dejar de lado el solo hecho de que una persona con discapacidad mental no posee la capacidad y la competencia para entender la información proporcionada por el médico tratante, ya que, según lo estipula la legislación Costarricense en el artículo 41 del Código Civil solamente se consideran actos nulos, los realizados por el discapacitado mental declarado judicialmente, en los siguientes términos:

*Artículo 41: Los actos o contratos que se realicen sin capacidad volitiva y cognoscitiva serán relativamente nulos, salvo que la incapacidad esté declarada judicialmente, en cuyo caso serán absolutamente nulos.*²⁰⁹

El proceso judicial, para dicha declaratoria se encuentra regulado en el artículo 851 del Código Procesal Civil²¹⁰ y el artículo 232²¹¹ del Código de Familia, conocido como proceso de declaratoria de insania, la cual puede ser solicitada por el cónyuge o pariente del

²⁰⁹Código Civil. Artículo 41. Óp. Cit., 159.

²¹⁰Código Procesal Civil, *Artículo 851: Declaración de incapacidad.*

El juez resolverá si declara o no el estado de incapacidad. Si resuelve con lugar, designará al curador que corresponda conforme con el Código de Familia, con lo que cesará la administración provisional. Esta declaratoria se comunicará a los registros públicos respectivos para su anotación.

²¹¹Código de Familia, *Artículo 232:* La interdicción deber ser declarada en juicio y probados los hechos que la motivaron. La ejecutoria de la sentencia que pronuncie la interdicción se publicará en el periódico oficial y se inscribirá en el Registro Público.

enfermo mental o en su defecto por la Procuraduría General de la República. Con dicha declaratoria se nombrará un curador, el cual representará a la persona que no cuenta con la capacidad volitiva y cognoscitiva.

Ahora bien, en relación con el procedimiento del consentimiento informado, lo que refiere a los pacientes con trastornos o discapacidad mental, en el artículo 16 del Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial de la Caja Costarricense de Seguro Social, se establece que aquellos casos en los cuales se presente una incapacidad manifiesta y evidente por parte del paciente o por declaración judicial de insania, el consentimiento informado deberá ser proporcionado por sus familiares o por su representante legal debidamente acreditado.

Existe la excepción de cuando el médico responsable del procedimiento considere que la persona usuaria incapaz reúne los requisitos suficientes para comprender la información suministrada y la decisión de sus parientes o representante legal sea contraria a los intereses del paciente. En este caso, se deberá poner en conocimiento a la autoridad judicial, mediante un escrito exponiendo la condición de salud del paciente y la posición del curador ante el Juzgado de Familia de la localidad; proceso mediante el cual se definirá el tratamiento más beneficioso para el paciente, partiendo de la información suministrada por el médico.

Un claro ejemplo se puede apreciar en el artículo 30 de la Ley General de Salud, la cual delega en casos de internación, momentáneamente las funciones de curador al juez, en razón del grado de indefensión que se encuentra sometido el paciente con discapacidad mental, artículo que señala:

Quando la internación de la persona con trastornos emocionales severos o deficiencias, toxicómanos y alcohólicos no es voluntaria ni judicial, deberá ser

*comunicada por el director del establecimiento al juzgado de familia de su jurisdicción, en forma inmediata y deberá cumplir con las obligaciones y requisitos de la curatela.*²¹²

Sin embargo, en el caso particular de Costa Rica, al paciente que se le declare incapaz cognoscitiva, volitivamente o se encuentren elementos evidentes de un trastorno mental, pierde todas las posibilidades de ser partícipe del proceso del consentimiento informado y de recibir información sobre procedimiento médico que se le realizará en caso de anuencia de sus representantes. Lo anterior, es contrario a lo establecido en la Resolución 46/119/1991 de la Organización Mundial de la Salud, la cual señaló que los pacientes poseen capacidad de decisión y de participar en el proceso del consentimiento informado, incluso si presenta psicosis y se encuentra internado de manera no voluntaria.²¹³

En cotejo a la regulación en el derecho comparado, en el caso de España en el artículo 5.2 de la Ley 41/2002 dispone “*el paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal*”²¹⁴.

Como se puede apreciar en el derecho comparado se respeta el derecho a la libertad y a la autonomía de la voluntad del enfermo mental, brindándole información relacionada a la enfermedad que posee, los posibles tratamientos, riesgos, entre otros. La legislación costarricense debe realizar una reforma en relación con los derechos de las personas con discapacidad mental, porque actualmente, se presenta una clara violación al derecho a la

²¹² Ley General de la Salud. Artículo 30, Óp Cit., 129.

²¹³ Organización Mundial de la Salud, “*Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de salud mental*”. Obtenido el día 03 de enero del 2015 de http://observatoriovihycarceles.org/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=127&lang=es y “*Legislación sobre salud mental y derechos humanos*”. Obtenido el día 03 de enero del 2015 de http://www.who.int/mental_health/policy/legislation_module_spanish.pdf

²¹⁴ Galán Cortés, J. (2005), “*Responsabilidad Civil Médica*”, Navarra, España, Editorial Aranzadi. (1ªed), p 274.

información en los procedimientos médicos, en razón que en la práctica médica actual solamente se les proporciona la información a los representantes legales del paciente, como medio para la obtención del consentimiento informado.

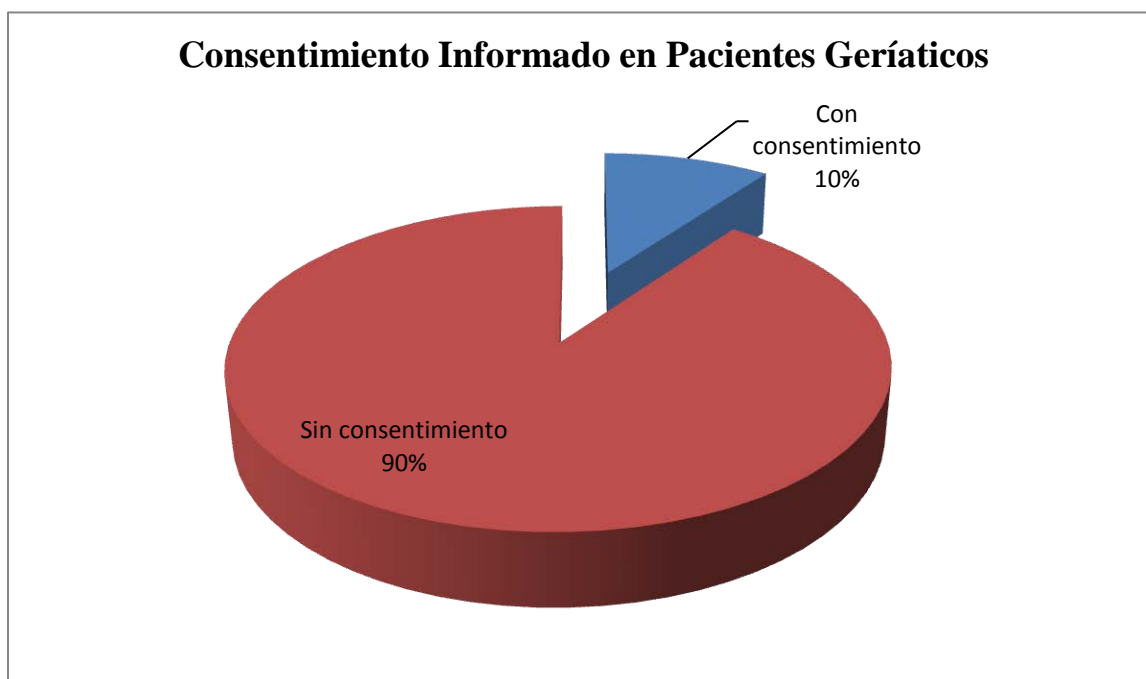
iii. **Pacientes geriátricos.**

La capacidad y competencia de los pacientes geriátricos, para efectuar el consentimiento informado en los procedimientos médicos, ha sido un tema poco desarrollado, tanto a nivel normativo como doctrinario.

Sin embargo, en la práctica médica diaria, en muchas ocasiones, se pone en duda la capacidad del adulto mayor de poder participar de dicho proceso y de forma arbitraria los médicos, solicitan a los parientes más cercanos la autorización correspondiente para la realización de un procedimiento médico determinado o, en muchas ocasiones, la relación médico-paciente se ve interferida por la intromisión de los familiares del anciano, los cuales consideran que éste no se encuentra con las capacidades volitivas y cognoscitivas idóneas.

Dentro de este proyecto de investigación, se consultó a 40 adultos mayores, quienes se encontraban en espera de atención médica en la Clínica Hugo Fonseca (Santo Domingo de Heredia) y Hospital San Vicente Paul, de los cuales solamente un 10% señaló que fueron informados por el personal médico de su estado de salud y de los diversos tratamientos médicos que les iban a aplicar y, así mismo, les fue solicitado el consentimiento informado. Los demás casos señalaron que el procedimiento fue realizado a sus parientes y, en muchas ocasiones, después de la decisión tomada por los familiares, los pusieron a firmar el formulario del Consentimiento Informado.

Encuesta que se puede apreciar en el siguiente gráfico:



(Fuente: Entrevistas informales realizadas a pacientes geriátricos en la Clínica Hugo Fonseca (Santo Domingo de Heredia) y Hospital San Vicente Paul; practicadas el 16 de octubre del 2014)

La autora Barrantes Monge, considera al respecto que existe un conflicto ético, por cuanto los pacientes ancianos aunque posean dependencia funcional o económica, conservan íntegro su nivel cognitivo. Por lo tanto, el consentimiento informado solo debe ser proporcionado por sus familiares en el caso de que el paciente posea alguna alteración mental de algún tipo.²¹⁵

²¹⁵Barrantes, M; Rodríguez, E & Lama, A. (2009), “*Relación Médico – Paciente: Derechos del Adulto Mayor*”. Acta Bioethica. Vol. 15(2). Obtenido el día 03 de enero del 2015 de <http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v15n2/art13.pdf>

En Costa Rica, aunque no se encuentra regulado, específicamente, los casos de los pacientes geriátricos en el Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial de la Caja Costarricense de Seguro Social; La Ley Integral de la Persona Adulta Mayor, Ley número 7935, en su artículo 5 incisos c) y d) estipula que todo adulto mayor que se encuentre en establecimientos privados poseen el derecho a conocer el estado de salud y a oponerse a los tratamientos médicos que considere pertinentes, en los siguientes términos:

Artículo 5º—Derechos de residentes o usuarios en establecimientos privados. Además de los derechos establecidos en el artículo 6, toda persona adulta mayor que resida permanente o transitoriamente en un hogar, centro diurno, albergue u otra modalidad de atención, tiene los siguientes derechos:

(...) c) Ser informada respecto de su condición de salud y la participación del tratamiento que requiere.

d) Oponerse a recibir tratamiento médico experimental y con exceso de medicamentos (polifarmacia)(...)²¹⁶

Así mismo, por la adopción de diversos tratados de derecho internacional suscritos por Costa Rica como la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Carta de San José sobre Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe, entre otros; se ha establecido la igualdad de trato en los servicios de salud y el

²¹⁶Ley Integral de la Persona Adulta Mayor, Artículo 5. Incisos c y d. Obtenida el 2 de enero del 2015 de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=43655&nValor3=95259&strTipM=TC

resguardo al derecho de autonomía de la voluntad de aquellos adultos mayores que se encuentren en capacidad de tomar decisiones atinentes a su salud. Por ende, no podrán ser equiparados a los menores de edad ni a las personas con discapacidad mental o psíquica.

Lo anterior, fue consagrado en la Declaración de Hong Kong de la Asociación Médica Mundial²¹⁷ sobre el maltrato de los ancianos, la cual establece entre sus principios más importantes:

- Los ancianos poseen los mismos derechos a la atención, bienestar y respeto a sus derechos médicos que las demás personas.
- Dentro de las obligaciones médicas, se establece la responsabilidad de evitar el maltrato físico y psicológico de los ancianos.
- No deben existir restricciones al derecho del anciano para elegir libremente los procedimientos médicos que se le vayan a realizar.

Por lo tanto, todo consentimiento informado de un procedimiento médico autorizado o denegado por los parientes de un adulto mayor que no se encuentre en una manifiesta discapacidad mental o haya sido declarado judicialmente con una incapacidad volitiva o cognoscitiva, es totalmente nulo. Sin embargo, es importante que los derechos de los pacientes adultos mayores sean reguardados en la práctica médica, que como se pudo apreciar, en muchas ocasiones, son vulnerados, al realizar el procedimiento del consentimiento informado a los familiares del paciente, los cuales no cuentan con la competencia para proporcionar la anuencia o rechazo a un procedimiento, por ende un consentimiento dado en dichas condiciones será completamente inválido.

²¹⁷Asociación Médica Mundial, Declaración de Hong Kong de la Asociación Médica Mundial sobre el maltrato de los ancianos. Obtenido el día 03 de enero del 2015 de <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/a4/index.html>

iv. Privados de Libertad

El tema referente a los privados de libertad va de la mano con concepciones relativas a Derechos Humanos, en el tanto es importante considerar que pese a su condición debe de tutelarse su dignidad humana.

Una breve concepción del término se encuentra abordada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quienes le definen como:

Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e

*indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas.*²¹⁸

Es importante señalar como no se considera privado de libertad necesariamente a una persona que haya cometido un delito y sido encarcelado, sino que es un concepto amplio y relativo al hecho de no disponer de la libertad de tránsito al encontrarse recluso o institucionalizado, por las razones que le sean acordes. Esta perspectiva amplia en torno al tema permite brindar una mayor tutela al realizar una clasificación general como personas institucionalizadas, entendiéndose un nivel de vulnerabilidad en ello, siendo necesaria una adecuada tutela para la preservación de su dignidad.

Sin embargo, a efectos de esta sección, se le entenderá como a la población penitenciaria.

Se parte, entonces, de la premisa, que pese a su condición los privados de libertad deben de ser tratados de forma humana y ser considerados iguales ante la ley, lo que implica que su derecho de acceso a la salud no debe de verse afectado por esta reclusión.

Lo anterior, en la normativa costarricense, encuentra resguardo en el artículo 8 del Reglamento sobre Derechos y Deberes de los Privados y Privadas de Libertad, donde se indica:

Artículo 8: Derecho a la Salud. Todo privado o privada de libertad tiene derecho a recibir atención a su salud. Tendrá derecho a que se le traslade al Centro de

²¹⁸Comisión Interamericana de Derechos Humanos. —*Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*”. Obtenido el día 23 de febrero del 2015 de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

*Salud en donde deba recibirla. Cuando su modalidad de custodia lo permita lo hará por sus propios medios.*²¹⁹

Es importante como parte de su tutela el acceso a la salud para quien se encuentre privado de libertad. Se debe permitir que éste acuda a un centro médico exterior a la institución donde se encuentre a fin de garantizar que pueda recibir una adecuada atención cuando su integridad se encuentre en peligro.

Encuentra respaldo, también, en la normativa de las Naciones Unidas, en el tanto en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos indica en su artículo 22, inciso 2:

*22.2) Se dispondrá el traslado de los enfermos cuyo estado requiera cuidados especiales, a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles. Cuando el establecimiento disponga de servicios internos de hospital, éstos estarán provistos del material, del instrumental y de los productos farmacéuticos necesario para proporcionar a los reclusos enfermos los cuidados y el tratamiento adecuados. Además, el personal deberá poseer suficiente preparación profesional.*²²⁰

Nuevamente, se denota el resguardo a la población privada de libertad en el tanto se busca garantizar que haya no solo un acceso a la salud, sino que éste sea adecuado y satisfactorio para las necesidades médicas que sean requeridas acordes con el caso. Se entiende que se deberá en la medida de lo posible atender la dolencia dentro de la

²¹⁹Decreto.22139-J, Reglamento sobre Derechos y Deberes de los Privados y Privadas de Libertad, Artículo 8. Obtenido el 20 de febrero del 2015 de <https://www.poder-judicial.go.cr/privados/index.php/normativa>

²²⁰Organización de las Naciones Unidas, Derechos Humanos, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Artículo 22.2. Obtenido el día 23 de febrero del 2015 de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%202021.pdf>

institución, pero que de no contar con los medios necesarios, se debe acudir a servicios externos de hospital.

Ahora bien, lo que refiere al consentimiento informado de las personas privadas de libertad, es necesario hacer nuevamente referencia a los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, siendo que en su décimo Principio establece que:

En toda circunstancia, la prestación del servicio de salud deberá respetar los principios siguientes: confidencialidad de la información médica; autonomía de los pacientes respecto de su propia salud; y consentimiento informado en la relación médico-paciente.

El Estado deberá garantizar que los servicios de salud proporcionados en los lugares de privación de libertad funcionen en estrecha coordinación con el sistema de salud pública, de manera que las políticas y prácticas de salud pública sean incorporadas en los lugares de privación de libertad.²²¹

Se entiende, entonces, que el consentimiento informado en la población privada de libertad constituye una garantía fundamental para estos, los cuales al encontrarse en plenitud de sus capacidades, pueden decidir respecto a si desean someterse a un tratamiento médico o no. Esta manifestación de voluntad debe ser realizada, tanto si la intervención se va a dar dentro de la institución en la que se encuentra, como si es en un centro hospitalario

²²¹Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, Principio X. Obtenido el día 23 de febrero del 2015 de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

y constituye una garantía Estatal el velar que estas políticas se apliquen a esta población específica.

Sin embargo, se debe hacer la excepción en aquellos casos en los cuales, los privados de libertad que se encuentren sin sentencia firme se les ordene la investigación corporal dentro del proceso judicial, para constatar circunstancias relevantes para la verificación de los hechos. En estos casos se podrán realizar procedimientos médicos sin que se cuente con el consentimiento informado; siempre y cuando dicho acto médico no afecte la salud del encartado o sus creencias, circunstancias en las cuales solamente podrá ser ordenado por un juez penal. Según lo establece el artículo 88 del Código Procesal Penal, el cual menciona al respecto:

Artículo 88: El imputado como objeto de prueba Se podrá ordenar la investigación corporal del imputado para constatar circunstancias importantes para descubrir la verdad. Con esta finalidad y por orden del tribunal, serán admisibles intervenciones corporales, las cuales se efectuarán según las reglas del saber médico, aun sin el consentimiento del imputado, siempre que esas medidas no afecten su salud o su integridad física, ni se contrapongan seriamente a sus creencias. Tomas de muestras de sangre y piel, corte de uñas o cabellos, tomas de fotografías y huellas dactilares, grabación de la voz, constatación de tatuajes y deformaciones, alteraciones o defectos, palpaciones corporales y, en general, las que no provoquen ningún perjuicio para la salud o integridad física, según la experiencia común, ni degraden a la persona, podrán ser ordenadas directamente por el Ministerio Público, durante el procedimiento preparatorio, siempre que las realice un

*perito y no las considere riesgosas. En caso contrario, se requerirá la autorización del tribunal, que resolverá previa consulta a un perito si es necesario. Estas reglas también son aplicables a otras personas, cuando sea absolutamente indispensable para descubrir la verdad.*²²²

En la misma línea de lo anteriormente expuesto, no se puede dejar de lado que dicha excepción se produce por considerarse en dichas circunstancias al imputado como un simple objeto de prueba, el cual no posee derecho a negarse a una intervención corporal. Siempre debe valorarse previamente aplicar el procedimiento menos gravoso y la idoneidad de la medida para obtener el fin pretendido.²²³

La Sala Constitucional se ha referido al respecto señalando que dicha intervención sin en el consentimiento del imputado es válida mientras no se vulnere ni se viole el derecho a la dignidad humana de éste, de la siguiente manera:

*El primer límite que ha de establecerse y que es aceptado casi en forma unánime, se refiere a que, la posibilidad de realizar las intervenciones corporales, **no debe poner en peligro la salud del examinado** y como consecuencia de esta exigencia, surge el requisito que se convierte a su vez en el segundo límite, y es el que señala que todos los casos, las intervenciones **deben ser realizadas, cuando aún se requiera, por un médico de acuerdo con la «lex artis», es decir, según las reglas de la práctica médica, o en todo caso un perito idóneo, previa***

²²²Ley 7594 denominada Código Procesal Penal, Artículo 88. Obtenido el 10 de julio del 2015 de www.oas.org/juridico/mla/sp/cri/sp_cri-int-text-cpp.pdf

²²³Llobet Rodríguez J.(2012), *–Proceso Penal Comentado: Código Procesal Penal Comentado–*, San José Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, (5^aed), Pp 239-240.

*orden necesaria y motivada del juez. Pero además, deben existir otros factores de mucho mayor peso que necesariamente deben estar presentes cuando se analice este problema, y que deben impregnar y matizar todo su desarrollo, y es el de los derechos fundamentales que puedan verse comprometidos. La vida, bien fundamental por excelencia, nunca podría ser comprometida a efectos de realizar una intervención corporal, independientemente de los intereses que haya en juego dentro del proceso, ni aún cuando el imputado lo consienta. Junto a la vida, íntimamente ligada a su sentido y verdadero valor moral y social, se encuentra el reconocimiento y necesario respeto a la dignidad humana, base y fundamento para el reconocimiento de los demás derechos fundamentales, que sin ella carecen de sentido. Sobre el respeto a la dignidad humana se asienta el orden y la paz social, así como toda organización que se precie de ostentar una **legitimación sustancial** de su existencia. Y ello es así, porque como dijo Beccaria, aunque refiriéndose a las penas, «no hay libertad, cuando algunas veces se permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona y se repute como cosa». Pero ¿qué encierra esa frase, qué debemos entender por dignidad humana?. Ciertamente la definición es difícil, sobre todo porque las definiciones encierran en sí mismas ya un juicio de valor de quien las expresa, una carga ideológica, filosófica y política que les da contenido, y en consecuencia, pueden variar según las coordenadas históricas, de tiempo y espacio, y por ello muchas veces se da por supuesto el significado y se evita su delimitación, lo*

que se traduce finalmente en un desconocimiento de la vigencia del concepto en la realidad. Pero esa es la tarea ardua del juez y especialmente del juez constitucional, que en determinado momento de la historia tiene que definir los alcances de un derecho, su significación dentro del orden social, político y jurídico y darle contenido e interpretación, y cuando lo hace, no puede pretenderse nunca que se ha dado el paso definitivo, y que lo dicho es inmutable, porque sólo el avance de la sociedad y de los seres que la integran, marcará el norte a seguir, siendo pretensión de la conciencia humana, que nunca la redefinición sea para retroceder, sino para avanzar en ese reconocimiento de los derechos y atributos fundamentales de la persona.

Vo.- El ser humano no debe ser tratado nunca como un medio o un objeto, sino como un «fin», como «persona». Cualesquiera que sean las ventajas o desventajas que de él puedan derivar, nunca puede consentirse a su costa un tratamiento inhumano, degradante, humillante, porque el valor mismo de la persona humana impone una limitación fundamental a esa injerencia que pueda tener el Estado sobre el cuerpo y la vida del acusado. El artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que:

"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, 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 ataques"*

A su vez, el artículo 5 de la misma Convención, establece:

"Artículo 5:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

Por su parte, el artículo 40 de nuestra Constitución Política establece:

"Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula".

La dignidad humana se da así como límite, como barrera a cualquier injerencia del poder en el individuo y, aún cuando es de difícil definición y determinación, puede describirse o considerarse como el más profundo sentimiento que cada uno tiene de sus derechos y condiciones fundamentales para existir, a través del cual se da el sentido de la propia identidad como persona y del significado como ciudadano. Ese sentimiento nos da la percepción del valor que le asignamos a la persona humana y que es la base para el reconocimiento de los demás derechos y atributos, en primera instancia propios, pero que al mismo tiempo trae su reconocimiento en los demás.

*Por eso se dice que la dignidad humana es la plataforma de la igualdad, porque los parámetros de valoración son siempre los mismos para toda persona, sin excepción. No podría en consecuencia, darse una intervención corporal que amenace la dignidad humana, porque con ello se socavan las bases mismas para el reconocimiento de los demás derechos y se pierde el marco básico para el respeto de la persona y, en consecuencia, para la existencia misma del Estado de Derecho. En este contexto, se entienden excluidas todas aquellas intervenciones que ameriten una pérdida de conciencia o de libre autodeterminación en el acusado, por ejemplo, el empleo de drogas, de los llamados «sueros de la verdad», o bien la realización de los llamados test falométricos, en los que se quiere medir la capacidad de erección del pene, los registros y exámenes vaginales practicados sin consentimiento de la persona a que se le realizan, los exámenes anales practicados sin consentimiento del examinado, o bien la obtención de muestras de semen por masturbación o masaje prostático sin consentimiento expreso del examinado. En estos últimos casos, debe entenderse **que el consentimiento es para la realización de la prueba, previamente ordenada en forma motivada por el juez, y a practicarse por un médico u otro perito afín, en todos los casos, o por el propio acusado,** según sea el caso. Este consentimiento, que elimina la intervención coactiva, no debe entenderse que de alguna manera exime al juez del deber de fundamentar la medida y de que la intervención sea practicada con la mayor diligencia, porque se trata de intervención de derechos*

*fundamentales que, por ser materia de orden público, no puede en sus garantías, en su forma de realización, quedar librada al arbitrio del juez o al criterio de la parte, su respeto o no, independientemente de la existencia del consentimiento, que no alcanza a ser renuncia de los procedimientos fundamentales establecidos en garantía contra la arbitrariedad.*²²⁴

v. Pacientes con inconciencia momentánea

Se presenta, cuando el paciente momentáneamente no posee la capacidad para tomar decisiones atinentes a su salud. Lo cual interfiere en la capacidad de actuar del paciente y en la competencia para brindar el consentimiento informado para la realización de un procedimiento médico.

Al respecto, si la vida del paciente corre un peligro inminente o exista un evidente riesgo de lesiones irreversibles y la atención médica no puede ser postergada; se informará a los parientes o representantes del paciente de la condición de éste, los posibles tratamientos que se le podrán aplicar y los riesgos inminentes al procedimiento, para que puedan brindar la autorización o negación al procedimiento médico por aplicar. En los casos en los cuales no se encuentre presente ningún familiar del paciente el médico tratante podrá realizar el procedimiento, el cual debe ser informado posteriormente al paciente.

Lo anterior, según lo establecido en el artículo 310 del Reglamento General de Hospitales Nacionales, el cual estipula:

Artículo 310.-Todo paciente en estado de lucidez mental deberá ser informado de cualquiera intervención

²²⁴Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 5237-2000 de las nueve horas con cuarenta y ocho minutos del treinta de junio del dos mil.

*quirúrgica, procedimiento o examen cruento que deba efectuársele y deberá firmar debida autorización para que se le realice tal tipo de tratamiento; en casos de enfermos menores de edad o inconscientes, la autorización deberá firmarla su representante legal o su pariente más allegado disponible.*²²⁵

Y según lo ha expresado en reiteradas ocasiones la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, como lo mencionó en la resolución 1102 del 14 de setiembre del 2010:

*En principio, la información debe brindarse, y, el consentimiento recibirse del aquejado, siempre que se encuentre en condiciones para ello, caso contrario corresponderá a su representante legal, o a quien de manera presunta lo fuera de haberse procedido a declarar su incapacidad.*²²⁶

Se desprende, entonces, que mientras el paciente tenga conciencia y capacidad para determinar sobre su corporalidad, es fundamental que éste preste su consentimiento de previo a una intervención. Si existiera alguna inconciencia momentánea o un caso de emergencia, corresponderá, entonces, a quien le represente legalmente o se encuentre autorizado, el brindar el consentimiento, siendo que en ausencia de éste corresponderá decidir al médico acorde con la urgencia del caso. Esto es relevante en el tanto garantiza al paciente la tutela de su salud, en situaciones de urgencia donde hay que tomar decisiones rápidas.

²²⁵Reglamento General de Hospitales Nacionales, Artículo 310. Óp. Cit., 165.

²²⁶Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 1102-F-S1-2010 de las catorce horas y cincuenta minutos del catorce de setiembre del dos mil diez.

vi. Excepciones de Ley

Existen algunas excepciones por ley, en las cuales se exonera al médico de realizar el proceso del consentimiento informado al paciente. Dichas particularidades se encuentran estipuladas en el artículo 9 del Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial de la Caja Costarricense de Seguro Social, el cual menciona:

Artículo 9.- Excepciones. No será necesario el consentimiento de la persona usuaria, en los siguientes casos:

a. Cuando la omisión del procedimiento clínico suponga un riesgo para la salud pública, como en los casos de prevención, control y tratamiento de enfermedades transmisibles, contaminación radioactiva u otros, según lo disponga el Ministerio de Salud o la Ley General de Salud; o en situaciones excepcionales o de emergencia previstas en el ordenamiento jurídico costarricense, en que prevalezcan la salud pública, el bien común y el derecho de terceros.

b. En la atención de emergencia clínica, que implique la aplicación del procedimiento clínico, de forma inmediata, con la imposibilidad real de informar a la persona usuaria, o a otra persona a ella vinculada.

c. En el internamiento involuntario por valoración calificada de un profesional en medicina especialista en psiquiatría o cuando medie una decisión judicial.

De dichas condiciones se dejará constancia en el expediente de salud o registro respectivo por parte del profesional responsable del procedimiento clínico. Los

*anteriores casos no excluyen el derecho de la persona usuaria de recibir la información clínica sobre el procedimiento realizado, cuando procediere.*²²⁷

Primeramente, se exceptúan aquellos casos en los cuales el paciente se niega a la realización de un procedimiento médico, que su no realización puede provocar un gran riesgo en la salud pública. Se han presentado en reiteradas ocasiones casos de vacunación en los cuales diversos pacientes se han negado a dicho procedimiento, principalmente, por razones religiosas, sin embargo, se les ha obligado a vacunarse como medio para evitar un contagio de la población en general. Dicha categoría se podría presentar cuando se presenten alguno de los siguientes supuestos:

1. Razones Sanitarias de urgencia o necesidad, dictadas por las autoridades correspondientes.
2. Se presentan indicios de la existencia de un peligro para la salud de la población.

Así mismo, ocurre en los casos de emergencias médicas en los cuales el paciente por su condición de salud como lo pueden ser accidentes o una agravación brusca de la enfermedad de éste, se encuentra imposibilitado de comprender la información proporcionada por el personal médico y mucho menos de brindar el consentimiento informado; por la necesidad de la intervención médica inmediata para salvaguardar la vida del paciente. En este caso, no se presenta un consentimiento por sustitución por su urgencia. Sin embargo, dichas circunstancias deben quedar establecidas en el historial médico del paciente.

²²⁷Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial de la Caja Costarricense de Seguro Social. Artículo 9. Óp. Cit., 130.

Para poder establecer un caso como de emergencia o urgencia se debe contar con al menos tres presupuestos, los cuales son:

- Situación de riesgo grave e inminente a la salud del paciente, que puede desencadenar en la pérdida de su vida o un daño permanente.
- Que no sea posible conseguir su autorización, por no contar con las capacidades volitivas y cognoscitivas momentáneamente.
- Debido a la urgencia del procedimiento médico, es imposible solicitar el consentimiento a sus parientes o representantes legales.

Respecto de este tipo de situaciones, se ha determinado que existe un consentimiento presunto, el cual en palabras de Castillo González sucede cuando “*el autor sabe que no existe consentimiento alguno del titular del bien jurídico, pero él asume que si el ofendido hubiere sido preguntado oportunamente, este habría dado su consentimiento porque el ataque en su bien jurídico sirve a sus mayores intereses*”.²²⁸

Asimismo, el anterior autor profundiza en el tema al indicar:

El consentimiento presunto es subsidiario respecto al consentimiento del titular del bien jurídico. El consentimiento presunto se diferencia del consentimiento efectivo porque este requiere una manifestación de voluntad, mientras que aquel es una construcción normativa. El consentimiento presunto parte del supuesto del respeto a la autodeterminación de la persona, aunque,

²²⁸Castillo González, F. Óp. Cit., 203, Pp 379-380.

*desde luego, no se puede hablar de una voluntad de actuar, pues el interesado no está en situación de ejercerla.*²²⁹

En el consentimiento presunto, se delega el consentimiento al autor, en este caso el médico, en el tanto debe actuar con celeridad al estar ante una situación donde se afecte la integridad de la persona, por lo que debe primar los intereses de éste y entender que ante esa situación en concreto hubiera aceptado la intervención a fin de preservar su vida. Sin embargo, respecto de este tema es importante indicar que se considera válido el consentimiento presunto siempre y cuando el paciente no haya manifestado previamente una voluntad contraria al acto.

También, es importante mencionar que, algunas ocasiones, aunque el paciente cuente con la legitimidad y titularidad para brindar el consentimiento informado, éste por razones personales, en ejercicio a su derecho de la autonomía de la voluntad solicita no ser informado de sus padecimientos ni de los procedimientos médicos que se le realizarán, dicha potestad es concedida en el artículo 13 del Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial de la Caja Costarricense de Seguro Social, el cual señala:

***Artículo 13.- Derecho a no ser informado.** Cuando la persona usuaria manifieste expresamente su deseo de no recibir información clínica, para efectos del consentimiento informado, se dejará constancia en el expediente de salud o registro respectivo. El caso anterior no excluye el derecho de la persona usuaria de brindar el consentimiento previo para el procedimiento clínico recomendado.*

²²⁹Castillo González, F. Ídem. p 380.

En todo caso, deberá respetarse la facultad de la persona usuaria a delegar el consentimiento informado con base en el artículo 17 del presente Reglamento.²³⁰

En su defecto, el paciente puede delegar su potestad de participar en el procedimiento del consentimiento informado, a otra persona que posea un vínculo de consanguinidad o afinidad con el paciente; se deberá dejar constancia en el expediente médico y la firma de dos testigos que garanticen que la delegación se produjo en forma libre y voluntaria por parte del paciente, lo cual se encuentra regulado en el artículo 17 del Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial de la Caja Costarricense de Seguro Social, en los siguientes términos:

***Artículo 17.- El consentimiento por delegación.** El consentimiento informado por delegación se aplicará cuando exista voluntad libre y manifiesta de la persona usuaria capaz para que, en su lugar, otra persona a ella vinculada, por razones de consanguinidad o afinidad, otorgue el consentimiento informado. De ello se dejará constancia en el expediente de salud o registro respectivo, mediante la firma de dos testigos mayores de edad y con plena capacidad.*

En caso de que la decisión de la persona delegada sea contraria a los intereses de la persona usuaria, se deberá solicitar la medida cautelar pertinente, a la autoridad judicial correspondiente.

El consentimiento por delegación puede ser revocado por el otorgante en cualquier momento. De la anterior

²³⁰Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social. Artículo 13.Op. Cit., 130.

*situación el profesional responsable del procedimiento clínico deberá dejar constancia en el expediente de salud o registro respectivo.*²³¹

Es importante mencionar que estas dos formas, en las cuales el paciente voluntariamente desea no participar en el procedimiento del consentimiento informado por diversas razones que solo él conocerá, podrá revocarlas en el momento cuando considere oportuno con solo expresarlo al médico tratante. Así mismo, el artículo 8 del Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial de la Caja Costarricense de Seguro Social, faculta al paciente a revocar el consentimiento a un procedimiento médico anteriormente dado, en el cual no se le pueden interponer ninguna sanción o responsabilidad al respecto, ya que a éste corresponde al ejercicio de su derecho de autonomía, salud y a la libertad.

Dentro de los presupuestos, no se puede dejar de lado poder determinar en el momento idóneo, en el cual el paciente debe recibir la información y proporcionar su consentimiento informado, lo cual se estudiará a continuación.

Momento para proporcionar el consentimiento informado.

El momento idóneo para el desarrollo del proceso de proporcionar al paciente la información médica suficiente para su posterior consentimiento es de gran relevancia. Al respecto Castillo González ha indicado:

El consentimiento debe ocurrir antes del hecho y debe continuar existiendo hasta que se produzca la lesión al bien jurídico. Si posteriormente a la consumación del hecho hay

²³¹Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social, Artículo 17. *Ibíd.*

*una aceptación del hecho por el derecho-habiente, esa aceptación carece de efectos jurídicos para justificar el hecho.*²³²

Este carácter previo al hecho del consentimiento, aplicado a la práctica médica debe entenderse como que el paciente debe ser informado adecuadamente y aceptar la realización de una intervención médica sobre su corporalidad de previo a la realización de ésta. Para que sea válido, se supone que el tratamiento será practicado únicamente cuando se dé este supuesto de aceptación, conforme con los preceptos de la Lex Artis Ad Hoc.

Siendo, entonces, que el consentimiento del paciente debe presentarse antes de la realización de cualquier acto médico que se desee realizar, en respaldo del principio de temporalidad, éste debe subsistir a lo largo de todo el tratamiento de forma que sea modulado durante el proceso terapéutico²³³. Por lo tanto, se le considera de ejecución continuada, ya que antes de cada acto médico por realizarse se debe solicitar el consentimiento del paciente, un claro ejemplo se puede presentar en los casos de enfermedades crónicas en las cuales se necesita de un tratamiento continuo al paciente dividido en diversas fases, en donde antes a la realización de cada una se debe solicitar el consentimiento.

La legislación ha considerado importante señalar el carácter de ejecutoriedad continua del Consentimiento Informado, al estipular en el artículo 4 del Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial de la Caja Costarricense de Seguro Social, en lo que respecta *—(…)El profesional de salud debe dejar constancia escrita, en el expediente de salud o registro respectivo, de que se cumplió con este proceso, de manera previa a la realización de un procedimiento clínico específico que supone riesgos o*

²³²Castillo González, F. Óp. Cit., 203, p 100.

²³³Galán Cortés, J. Óp. Cit., 112, p 112.

inconvenientes de evidente repercusión negativa para la salud ²³⁴. Esta es de gran relevancia, ya que permite que no exista arbitrariedad por parte del médico tratante en la realización de un procedimiento determinado en razón de que en todo momento se estará protegiendo la libertad y autonomía del paciente.

Sin embargo, algunos autores como Galán Cortez²³⁵, consideran que existen algunos momentos determinados en la atención clínica, en los cuales se le debe informar al paciente los aspectos relativos al estado de su salud y los diversos tratamientos que se podrán aplicar. Los momentos que consideran más relevantes son:

- Al ingreso a planta (hospitalización),
- Ante cualquier procedimiento exploratorio graves,
- Previo a la administración de cualquier medicamento nuevo e importante,
- Un día antes del alta (hospitalaria),
- El día del alta (hospitalaria), y
- En el seguimiento ambulatorio posterior si se observan cambios relevantes.

Al mismo tiempo, no se puede dejar de lado el determinar cuánto tiempo antes de la realización del acto médico se debe proporcionar la información del paciente, para que éste pueda dar un consentimiento válido. El artículo 5 inciso J) del Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial de la Caja Costarricense de Seguro Social ha señalado en forma muy general que se le debe brindar un espacio y tiempo

²³⁴Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social. Artículo 4. Óp. Cit., 130.

²³⁵Galán Cortés, J. Óp. Cit., 112, p 115.

estimado por el profesional de la salud, según el tipo y riesgos del procedimiento para que el paciente analice las diversas posibilidades y tome una decisión válida.

El gran conflicto de dejar a discreción del médico el periodo para que el paciente decida dar su consentimiento para la realización del procedimiento médico. En muchas ocasiones puede ser violatorio a los derechos del mismo, principalmente, porque en hospitales públicos nacionales por la cantidad de pacientes en espera de atención, se le obliga tácitamente al paciente a dar prácticamente en el mismo momento su anuencia o negación a la realización de un procedimiento, sin que éste pueda reflexionar al respecto o todavía más grave se solicita el consentimiento del paciente minutos antes de la realización de una cirugía.

En el derecho comparado la Ley 1/2003 “*De la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana*”²³⁶, en el artículo 11.2 se establece un plazo mínimo al paciente de veinticuatro horas para que proporcione el consentimiento antes del procedimiento clínico, claramente con excepción de los casos de emergencia; lo cual se considera más idóneo ya que fijar un plazo mínimo determinado para que el paciente pueda considerar las diversas opciones para la realización de un procedimiento médico, permitiría que los médicos no presionen a sus pacientes para que proporcionen el consentimiento ni se viole el derecho a la autonomía de éste.

Forma del Proceso del Consentimiento informado.

La forma del consentimiento informado ha sido regulada de diversas maneras a través de los años y por los Estados; sin embargo, la doctrina ha señalado que observando la práctica usual de la medicina no es necesario ninguna formalidad para la validez del

²³⁶Ley 1/2003 denominada *Ley De la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana*, Diario Oficial Obtenido el 12 de enero del 2015 de http://www.docv.gva.es/portal/ficha_disposicion_pc.jsp?sig=0421/2003&L=1

consentimiento informado, sin perjuicio de estipulaciones especiales de la legislaciones; ya que consideran que dicho procedimiento es gradual y verbal.

Sin embargo, es imprescindible que se dé la manifestación de la voluntad para obtener validez jurídica, como lo indica Castillo González:

En efecto, si no ha habido una manifestación de la voluntad del derecho-habiente, aunque sea mediante actos concluyentes, no se puede establecer sus efectos jurídicos. El consentimiento no es solamente una situación psicológica del derecho-habiente, sino una manifestación de voluntad hacia el mundo exterior, -y en especial, hacia el autor del hecho-, de que se renuncia a la tutela del bien jurídico.²³⁷

En razón de lo anterior, debe entenderse que para que el consentimiento informado sea válido debe encontrarse manifestado al exterior, siendo que no se puede presumir que es algo deseado por el paciente, aun cuando lo sea así. No se puede dejar de lado que la clase médica como medio para salvaguardar posibles reclamaciones de los pacientes, por ausencia del consentimiento informado en estratos judiciales, en los cuales el personal médico posee la carga de la prueba, se han volteado a solicitar el consentimiento por escrito. En ciertos sectores se utilizan protocolos o formularios específicos de información y consentimiento.

El caso de Costa Rica es regulado de dicha manera, el artículo 4 del Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial de la Caja Costarricense de Seguro Social, señala en lo que corresponde *—(…)El consentimiento informado es un proceso de comunicación que permite a la persona usuaria tomar decisiones libres y voluntarias con*

²³⁷Castillo González, F. Óp. Cit., 203, p 100.

*respecto a la realización de un procedimiento clínico recomendado por el profesional de salud; por obligatoriedad se debe aplicar en forma oral o por medios alternativos de comunicación cuando corresponda, de manera adecuada a la capacidad de comprensión de la persona usuaria, su representante legal o persona autorizada por esta, en todo procedimiento clínico(...)*²³⁸, el cual menciona que la información brindada al paciente y el consentimiento debe ser oral o medios alternativos, los cuales son utilizados en casos de personas con alguna discapacidad auditiva.

También, en el artículo 12 del mismo cuerpo normativo se estipula que se utilizará un formulario de consentimiento informado en los casos de intervenciones quirúrgicas, procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa en la salud de la persona usuaria y procedimientos que la ley establezca.

Sin embargo, se considera que la información al paciente debe ser proporcionada en forma oral; salvo casos concretos como lo son experimentación clínica y trasplantes de órganos, ya que en estos el paciente no recibe ningún beneficio en su salud. En dicho proceso debe mediar la interacción entre el médico y el paciente, donde éste pueda realizar todas las consultas que considere necesarias, para comprender integralmente la información que está recibiendo, por lo que se debe dejar la idea errónea de que para poder comprobar el consentimiento informado solamente se podrá en aquellos casos en los cuales se realizó por escrito, ya que no se debe olvidar que es una obligación del personal médico documentar dentro del historial médico, que se proporcionó el consentimiento del paciente.

En el mismo sentido, como se mencionó anteriormente la práctica médica- quirúrgica o en procedimientos de gravedad se ha utilizado diversos formularios o protocolos, a modo de consentimiento informado, con el fin de asegurar un documento firmado por parte del paciente o sus familiares que pueda ser utilizado en un posible proceso judicial; sin

²³⁸Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social, Artículo 4. Óp. Cit., 130.

embargo, estos no deben ser confundidos con el consentimiento escrito, ya que se le han asignado connotaciones diferentes.

El problema con los formularios, surge, en primera instancia, porque aunque deben ser genéricos siempre deberían ser complementados específicamente en cada caso en concreto, de acuerdo con las características propias del paciente, del procedimiento por realizar, características del médico y del centro hospitalario. Ello por cuanto son factores que pueden ser determinantes para proporcionar el consentimiento informado de forma válida, ya que no se le proporciona al paciente la información idónea para tomar su decisión, solamente se le pondría a firmar un documento de exoneración de responsabilidad, lo cual conllevaría más bien a darle una connotación de contrato de adhesión.

El Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial de la Caja Costarricense de Seguro Social, en su artículo 12, regula en cuáles casos específicos deberán ser utilizados los formularios del Consentimiento informado y con cuáles requisitos debe contar. Este señala:

Artículo 12.- Formulario “Consentimiento Informado”. El formulario “Consentimiento Informado” se utilizará en los siguientes procedimientos clínicos:

I. Intervenciones quirúrgicas.

II. Procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud de la persona usuaria.

III. Procedimientos que la ley establezca.

Deberá ser llenado, por el profesional de salud a cargo del procedimiento, o por aquel profesional idóneo, a

quien la jefatura de la unidad o servicio delegue, de manera escrita.

La aplicación del formulario “Consentimiento Informado”, se hará obligatoriamente, antes de la realización de los procedimientos clínicos citados.

El formulario “Consentimiento Informado” contendrá al menos la siguiente información del procedimiento clínico que se recomienda:

a. Nombre del centro asistencial y del servicio que realiza el procedimiento

b. Datos de identificación de la persona usuaria.

c. Nombre completo y profesión del profesional de la salud que informa.

d. Nombre del procedimiento recomendado.

e. Los elementos relacionados con el procedimiento recomendado, citados en el punto tercero del artículo 11.

f. Manifestación de la persona usuaria, o de su representante legal, de los siguientes aspectos: de estar satisfecha con la información recibida; de haber obtenido información sobre las dudas planteadas; de que conoce la posibilidad de revocar en cualquier momento el consentimiento, sin expresión de causa; y finalmente, de que consiente someterse al procedimiento clínico recomendado.

g. Fecha, hora y firma (o en su defecto huella digital) y número de identificación de la persona con legitimidad para consentir.

h. Fecha, hora, firma y número de identificación de los testigos, en casos de consentimiento por delegación y voluntad anticipada, así como otros, a consideración del

profesional responsable de la aplicación del consentimiento informado.

i. Firma y código de identificación del profesional de la salud que brinda la información, así como la fecha y hora.

j. Firma y código de identificación del profesional de la salud que realiza el procedimiento, así como fecha y hora de la realización de este.

Los formularios de consentimiento informado oficializados formarán parte integral del expediente de salud de la persona usuaria.

El profesional de salud a cargo del procedimiento clínico, debe verificar que el proceso se ejecutó correctamente, por parte del profesional idóneo al cual se le delegó la aplicación del consentimiento informado, asimismo debe dejar constancia escrita, en el expediente de salud o registro respectivo, de que se cumplió con este proceso.

La suscripción de este formulario no sustituye la realización del proceso de consentimiento informado.²³⁹

Como se puede apreciar, la legislación se inclina porque la información del consentimiento deba ser verbal, inclusive en los casos excepcionales señalados ésta, para que exista una relación idónea entre médico-paciente. Dicho formulario se considera como un mero elemento probatorio de la autorización del paciente, es importante mencionar que en el caso de Costa Rica sí se solicita que se especifique los elementos del procedimiento

²³⁹Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social, Artículo 12. Óp. Cit., 130.

médico por realizarse, sin embargo no se exige que se mencionen las características del paciente, nada más se requiere sus calidades.

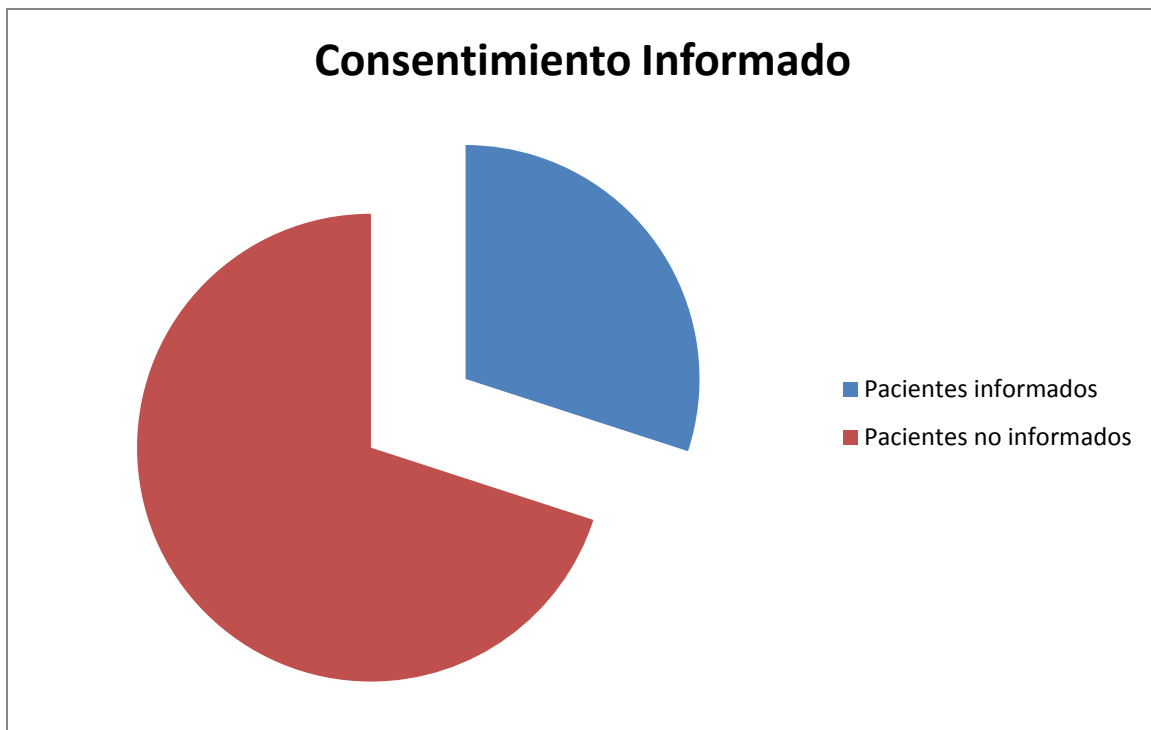
No obstante, el Formulario del Consentimiento Informado, utilizado por la Caja Costarricense de Seguro Social en los Hospitales Públicos Nacionales y Centros de Salud (ver anexo 2); no cuenta con las características establecidas por ley. En dicho formulario solamente se solicita las calidades del paciente, el nombre de los procedimientos por realizar, autorización para la participación de estudiantes, una cláusula donde el paciente expone que recibió la información idónea para proporcionar el consentimiento y firma de las partes.

Igualmente, sucede en los diversos formularios utilizados en Clínicas y Hospitales Privados (ver anexo 3), en los cuales se expresa por parte del paciente que conoce las implicaciones que puede acarrear el procedimiento a realizarse y el nombre del médico que lo realizará, éste es un formulario completamente general para cualquier intervención y no se efectúan especificaciones para cada caso en particular ni sobre el procedimiento a realizar.

De ahí que se podrá estimar que dichos formularios no pueden ser documentos idóneos para poder probar en estratos judiciales la realización del procedimiento del consentimiento informado. Lo anterior, por pasar a ser categorizados como una especie de contratos de adhesión; los cuales son ampliamente aplicados en la práctica médica actual y más grave aún en muchos hospitales los formularios son firmados por los pacientes sin que estos cuenten con la información previa y oportuna del procedimiento que están autorizando.

A raíz de lo anterior, se realizaron entrevistas cerradas (Preguntas de la entrevista se pueden consultar en el Anexo 4), a cincuenta usuarios de los servicios de salud, tanto privados como públicos, quienes se les consultó si antes de una intervención médica se les

informó los riesgos del procedimiento y sus implicaciones, o si por el contrario, nada más los pusieron a firmar un formulario, en el cual autorizaban la intervención, sin poseer ninguna información previa. Los datos recabados arrojaron que solamente el 30% de los pacientes se les explicó las implicaciones del procedimiento y en qué consistía, mientras que el 70% nada más se les puso a firmar el formulario de autorización del procedimiento. Datos que se pueden apreciar en el siguiente gráfico:



(Fuente: Entrevistas realizadas a pacientes, practicadas el 22 de abril del 2015.)

La aplicación de dichos instrumentos, dicha manera se aparta de la esencia del consentimiento informado, la cual busca el respaldo del derecho a la salud y autonomía de la voluntad del paciente para la realización de un procedimiento médico determinado que tendrá implicaciones directas en la salud física o psicológica de éste, lo cual no equivale a documentos genéricos pre impresos.

Por lo tanto, se concluye que el proceso del consentimiento informado para considerarse válido, se debe proporcionar al paciente la información de forma verbal, donde exista una interacción entre el paciente y médico; y posteriormente, a dicha etapa se podría firmar un formulario que cumpla, los requisitos de ley, como medio probatorio por parte del personal médico de que dicho proceso se efectuó.

Del estudio de los formularios anteriormente analizados, es importante destacar como un aspecto positivo del formulario utilizado en Clínicas y Hospitales Privados, el hecho de ser más específico que el del sector público, en el tanto es un poco más claro que éste. También, se resalta el hecho de permitir al paciente decidir si acepta, en caso de ser necesario, la transfusión de sangre, la práctica de procedimientos alternos (aunque no habría claridad sobre estos), ninguno de estos o ambos. Esta característica brinda especial tutela a la voluntad del paciente, al tomar en cuenta lo que serían factores sociales o religiosos, como se da en el caso de la transfusión sanguínea.

Un aspecto rescatable del sector público, que no se aprecia en el sector privado, es la consideración que se hace a las personas que no tengan firma o a quien no pueda firmar, siendo que en estos casos se toma la huella digital, en su lugar y se verifica esta aceptación con la firma de dos testigos. Esto es relevante en el tanto brinda tutela a posibles personas en estado de vulnerabilidad y permite validez al verificarle bajo el testimonio de dos personas.

Es importante aclarar, que la no aplicación de dichos formularios no deja en estado de indefensión al personal médico en una eventual reclamación civil, penal, administrativa o de otra índole; ya que lo se debe buscar con dichos protocolos es complementar los intereses del paciente de ser adecuadamente informado y la protección de la labor médica. Esto con base en que el fin mismo del consentimiento informado es instruir adecuadamente al paciente de las intervenciones que le serán realizadas, por lo que no se deben descartar las simples anotaciones en el expediente médico del paciente por parte del médico haciendo

referencia a su cumplimiento de su deber de informar al paciente, como pruebas válidas y de interés en un proceso judicial.

En la misma línea de lo anteriormente expuesto, los Tribunales costarricenses, han señalado que realmente lo relevantes es que los pacientes puedan dar el consentimiento válido para la realización de un procedimiento médico, por lo tanto, aquellos casos en los cuales se encuentre un formulario debidamente firmado, pero no se le informó adecuadamente al paciente, éste se considera completamente inválido, sin ningún valor probatorio. La Sala Primera en la resolución 1102-2010 del 14 de setiembre del 2010, ha señalado en lo que interesa:

*Como se indicó en el considerando IV, en estas circunstancias no basta con que al paciente se le haga firmar un documento, sin importar el nombre que se le otorgue, lo primordial es demostrar que se le informó de manera clara, precisa y en términos comprensibles los peligros que entrañaba la cirugía (...)*²⁴⁰

Posteriormente, habiendo establecido los presupuestos del consentimiento informado, se debe analizar qué sucede en aquellas ocasiones, en las cuales se produce una ausencia del consentimiento informado del paciente por falta de información o por rechazo del procedimiento médico propuesto.

²⁴⁰Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 1102-F-S1-2010 de las catorce horas con cincuenta minutos del catorce de setiembre del dos mil diez.

Sección Tercera: Ausencia del consentimiento informado.

Omisión del proceso informativo por parte del médico y no anuencia del paciente al procedimiento.

La omisión o la falta de información del personal médico al paciente, sobre su estado de salud, los diversos procedimientos aplicables para su atención, riesgos entre otros; provocan una invalidez del consentimiento informado, ya que el paciente nunca tuvo conocimiento de cuál procedimiento médico estaba aprobando y sus posibles implicaciones. Dicha omisión, asimismo, constituye una violación directa a la dignidad humana del paciente ya que se estaría aplicando un modelo paternalista, en el cual el médico tratante no le interesa la opinión del paciente y realiza el procedimiento que su parecer considera idóneo.

El personal médico, dentro de sus obligaciones, cuenta con la responsabilidad de proporcionar la información al paciente, para que éste pueda suministrar el consentimiento informado. Dicha responsabilidad es establecida en diversas normas del Reglamento Nacional de Hospitales Nacionales, en el cual se estipula que el consentimiento informado como parte del procedimiento médico debe constar en el expediente clínico del paciente y ser corroborado siempre al inicio de cada tratamiento o procedimiento quirúrgico del paciente.

En relación con dicha obligación, los Tribunales Españoles han desarrollado ampliamente el tema señalando en reiteradas ocasiones que el consentimiento informado proporcionado en dichas circunstancias, es completamente inválido e ineficaz, un claro ejemplo se presenta en la resolución STS, 1ª, 2 julio 2002 (RJ 2002/5514) en la cual se señaló *—se infringió el deber de información médico, de tal modo que el consentimiento obtenido para la operación no estaba debidamente informado, por lo que el paciente no*

pudo ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria que tiene su fundamento en la dignidad de la persona (art. 10 CE) ”²⁴¹

Es importante mencionar que el consentimiento informado y el deber de proporcionar la información por el personal médico, es un factor fundamental de la Lex Artis médica (catálogo de principios, prácticas y conocimientos técnicos de la práctica médica, ya mencionados), por lo tanto, su no ejecución constituye una infracción a dicho mandato médico.

Ahora bien, es importante considerar también que el concepto de “*informado*” difiere grandemente del de “*entendido*”, en el tanto pueden existir supuestos en los que si bien se brinda toda la información de forma adecuada y el paciente consiente a ésta, no necesariamente quiere decir que entienda la magnitud o los pormenores de la intervención; por lo que se pretende es la cognocitividad del paciente y no el conocimiento per se.

Al respecto Pablo Simón indica:

Una buena parte de los estudios de “comprensión” analizan está a partir del “recuerdo”. Según esta aproximación, el grado con que un paciente comprendió la información que su médico le proporcionó puede ser estimado analizando lo que de esa información, y, en general, de todo el proceso de obtención del consentimiento informado recuerda. Los estudios realizados usando esta hipótesis concluyen que el nivel de comprensión de la información fue desalentadoramente bajo porque se pone en manifiesto que los pacientes no recuerdan casi nada de

²⁴¹Tribunal Supremo de España. Sala Primera, Resolución RJ 2002/5514 del 2 de julio del 2002. Obtenido el día 06 de enero de http://www.nidoapp.com/files/ci_aspectolegal.pdf

*lo que se les dijo, y ello independientemente del tiempo que se tarde en entrevistarles.*²⁴²

Sin embargo, debe mencionarse que como continúa indicando el autor, el hecho que los pacientes no puedan recordar posteriormente los pormenores de la información sobre la intervención no implica que no hayan comprendido en su momento estos y contado con la capacidad de otorgar el adecuado consentimiento informado.

Debe tomarse en cuenta en este punto, que sobre lo que refiere a la comprensión, viene a variar mucho acorde con el contexto del que provenga el paciente, siendo que su condición socioeconómica resulta fundamental en su entender y la forma como se le deba explicar. De esta forma, en pacientes con un menor grado académico o menor capacidad de comprensión, el médico debería verificar que entienda adecuadamente los extremos del tratamiento, de previo a dar por hecho que éste cuenta con el consentimiento informado, siendo una cuestión más de carácter ético.

La infracción a la Lex Artis Médica y la violación de los derechos del paciente principalmente el derecho a ser informado, el derecho a la salud y el derecho a la autonomía de la voluntad; conllevan una responsabilidad directa del médico sin importar el resultado del procedimiento aplicado (si fue o no beneficioso para el paciente). Esto en razón de haber causado la ocurrencia de un riesgo desconocido para el paciente, en el cual se le sesga su derecho a decidir si deseaba soportarlo o no.

En lo que refiere a la falta de información, es importante señalar que la información incompleta respecto de una intervención, se considera como un vicio al consentimiento informado, siendo que descarta su validez.

²⁴²Simón, P. Óp. Cit., 77, p 271.

Al respecto Sancho Gargallo indica que:

*Los defectos en esta información dan lugar a que de prestarse el consentimiento este se encuentre viciado, al no conocer el paciente las consecuencias de la intervención, los riesgos y las contraindicaciones. Es un consentimiento prestado sin conocimiento de causa y, por ello, ineficaz. Se trataría de un consentimiento desinformado, como lo califica en ocasiones la jurisprudencia.*²⁴³

Esta falta de información constituye, entonces, un vicio en el consentimiento, en el tanto aún cuando una determinada intervención haya sido aceptada por el paciente, si éste no conoce todos los extremos o riesgos de ésta estaría aceptando un riesgo sobre su corporalidad del que desconoce, por lo tanto, no sería válida su aceptación y de darse el daño podría haber una futura reclamación en vía judicial.

Asimismo, es importante hacer mención de lo establecido por López Carmona, quien señala:

GALÁN CORTÉS, en relación a un supuesto en que no se advierte al paciente del riesgo de parálisis que conlleva una determinada intervención, considera que —en este caso, la ausencia de información no generó per se la parálisis, pero este riesgo típico, una vez materializado, no puede ser asumido por el paciente que lo desconocía, pues de haberlo conocido con anterioridad a la intervención podría haber decidido si someterse o no a la cirugía y,

²⁴³Sancho Gargallo, I. (2004) —*Tatamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado*—. Revista InDret. Barcelona, España, p. 13. Obtenido el día 24 de febrero del 2015 de http://www.indret.com/pdf/209_es.pdf

consecuentemente, asumirlo o no. Al privarle de tal posibilidad, es el propio médico quien lo asume (—transferencia de riesgos”), en tal forma que si se desencadena tal lesión neurológica, deberá indemnizarle por la misma, aun cuando su actuación técnicamente fuere irreprochable.²⁴⁴

Queda claro, entonces, que no se puede presumir que un paciente deba asumir los resultados materializados de un riesgo de una intervención si no conocía de estos, por lo que la omisión de información o la falta del consentimiento informado genera responsabilidad para el médico, aun cuando la intervención fuera de gran necesidad para la integralidad del paciente. A todas luces, el no brindarle la información adecuada es una violación a sus derechos como usuario del sistema médico.

También, sucede en aquellos casos, en los cuales aunque el médico proporcionó la información al paciente, éste no aprueba la realización del procedimiento argumentando razones personales, religiosas, entre otras y aun así se le realiza éste. Provocando un conflicto entre el médico tratante y el paciente, pero primordialmente, una violación a la voluntad del usuario médico.

Un claro ejemplo se puede apreciar en los pacientes miembros de la Iglesia Testigos de Jehová, los cuales poseen una negativa a las transfusiones sanguíneas, ya que consideran que es una contaminación del cuerpo y el alma, al ser la sangre un sinónimo de vida. En estos casos, aunque son bastante complejos, en muchas ocasiones se requiera una cirugía para el paciente; se ha aceptado a nivel internacional que el médico debe respetar la

²⁴⁴Galán Cortés, J. C. (2001) “*Responsabilidad médica y consentimiento informado*”, Civitas, Madrid, p. 65. Citado por López Carmona, V. (2013), —*Responsabilidad Civil por falta de consentimiento informado en la medicina satisfactiva*”, Revista Derecho y Salud. (Vol. 23) España. Obtenido el día 24 de febrero del 2015 de <http://www.ajs.es/descarga/attach/554>

voluntad de éste. Esto con excepciones en algunos casos de menores de edad o personas con discapacidad mental como se expuso anteriormente.

Al igual, se puede pensar en una serie de supuestos donde haya la necesidad de limitar la voluntad del paciente o su representante. A modo de ejemplo, se puede concretar los siguientes:

- Políticas sanitarias estatales o institucionales de carácter obligatorio e indispensables para la no propagación de enfermedades (como alguna vacuna en específico) ante el supuesto de alguien que no quiera someterse a ella, atentando a las personas que se hallen en su entorno.
- Menores de edad, cuando sus representantes legales se nieguen a la realización de un procedimiento médico. En este caso, si el proceso fuera indispensable para perdurar la vida del menor o para evitar un daño grave daño en la vida de éste, el médico podrá realizar el procedimiento; en respaldo al interés superior del niño.
- Personas con discapacidad mental, cuando su curador no autorice la intervención y el médico tratante considere que el procedimiento es indispensable. En este caso, ante una urgencia primará la opinión del médico y ante un carácter no urgente corresponderá a la autoridad judicial tomar la decisión correspondiente.

En síntesis, proporcionar inadecuadamente la información al paciente o su omisión y el no respeto a la voluntad de éste, a la no realización de un procedimiento médico, desencadena en un incumplimiento a la Lex Artis médica y a la violación de diversos derechos fundamentales del paciente; lo cual podrá desencadenar en algún tipo de responsabilidad, que establezcan los tribunales jurisdiccionales.

Por lo tanto, se procederá a determinar qué tipo de responsabilidad médica puede acarrear el profesional médico, por ausencia o invalidez del consentimiento informado, lo cual se estudiará en el siguiente capítulo.

Capítulo Cuarto: La Responsabilidad Médica deviniente de la carencia de consentimiento informado.

El presente capítulo se encontrará dividido en seis secciones que buscan brindar un análisis entorno a la figura de la responsabilidad y la aplicación que esta tiene respecto a los profesionales en medicina, estudiando primeramente los tipos que pueden surgir y analizando estos ante el caso en concreto de la iatrogenia en un supuesto de falta de consentimiento informado.

La primera sección se titula "*Concepto y nociones básicas en torno a la Responsabilidad Profesional Médica*" y busca brindar una base en torno a la definición de la Responsabilidad Médica, estudiando los presupuestos jurídicos necesarios para su configuración y la carga de la prueba en los estratos judiciales.

La segunda sección se titula "*Responsabilidad Gremial en el ejercicio de los actos médicos*", la cual desarrolla la importancia de la ética médica y los diversos supuestos en los cuales el médico deberá responder gremialmente por una falta en su actuación.

La tercera sección se titula "*Responsabilidad Civil en el ejercicio de los actos médicos*" y busca realizar un análisis en torno a este tipo de responsabilidad, conceptualizándola, determinando sus elementos y tipos, así como su relación con los profesionales en medicina.

La cuarta sección se rotula "*Responsabilidad Penal en el ejercicio de los actos médicos*" y estudia este tipo de responsabilidad definiéndole y analizando sus supuestos de dolo y culpa. Asimismo examinará que delitos pueden generar responsabilidad profesional médica por ausencia del consentimiento informado.

La quinta sección se titula "*Responsabilidad Objetiva del Estado y su aplicación en la prestación de los servicios médicos de salud pública*" y define el concepto de Responsabilidad Administrativa, así como lo concerniente a la responsabilidad extracontractual y objetiva del Estado. También analiza lo concerniente al funcionamiento normal y anormal en la prestación de servicios médicos.

La sexta sección se denomina "*Carga de la Prueba ante las Autoridades Judiciales*", en la cual se establece en caso de procesos judiciales, en los cuales se ventilen causas de responsabilidad médica por omisión o invalidez del Consentimiento Informado, si el médico tratante o el paciente poseen la carga de la prueba.

Sección Primera: Concepto y nociones básicas en torno a la Responsabilidad Profesional Médica.

El consentimiento informado como se ha venido estudiando, constituye un elemento de la Lex Artis Hoc médica, el cual solamente puede ser excluido en los casos especiales estipulados por ley, por lo tanto, su no realización acarreará responsabilidad en el profesional médico.

Primeramente, es importante establecer en qué consiste la responsabilidad, ésta proviene del vocablo latino "*respondere*" que se traduce en la obligación de responder de alguna cosa o por alguna persona.

Para la Tratadista Carmen Blas Orbán, se puede definir la responsabilidad, como:

La capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para conocer y aceptar las consecuencias de un acto negligente y libre, así como la relación de causalidad

*que une al actor del hecho realizado, vinculando en aquél las relaciones nacidas de los efectos de éste. Se califica así al hombre como un ser responsable, salvo que esté mentalmente afectado o limitado en su capacidad de respuesta ante una situación en la vida para los diversos actos que en la misma está obligado a desarrollar en condiciones de normalidad.*²⁴⁵

Este primer acercamiento determina que la responsabilidad es la capacidad que posee un sujeto para conocer y aceptar los resultados de un acto determinado, que tiene un nexo de causalidad y la producción de un daño o consecuencia surgida de éste a un tercero, así mismo, es importante resaltar que para la configuración de la figura, el sujeto debe encontrarse en capacidad mental idónea para comprender su actuación y no hallarse en una situación de fuerza mayor o de estado de necesidad, que lo hayan obligado a actuar contrario a las condiciones de normalidad.

Una perspectiva legal en torno a la responsabilidad, se encuentra en la definición elaborada por Cabanellas de Torres en su diccionario jurídico, donde es manifestada de la siguiente manera:

Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado. Deuda. Deuda moral. Cargo de conciencia por un error. Deber de sufrir las penas establecidas para los delitos o faltas cometidas por dolo o

²⁴⁵Blas Orbán, C. (2006), —*Equilibrio en la relación médico- paciente*—, Barcelona, España. Editorial Bosch, S.L, (1ªed), p 60.

*culpa. Capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario.*²⁴⁶

Sobre este concepto es importante destacar, que para que se produzca la responsabilidad debe existir primero un daño, que supone la presencia de una parte afectada por éste y a quien se debe compensar. Asimismo, establece que las faltas cometidas por dolo o culpa deben ser penadas.

En razón de lo anterior, la responsabilidad se entiende como la obligación que tiene toda persona de responder por los hechos o actos en que participe, cuando estos han producido un daño en las personas o cosas; en palabras de Barba Orozco: *—significa, de igual forma, reparar, satisfacer y compensar aquel evento negativo en el curso del quehacer diario con motivo de actos, omisiones y errores, ya sean voluntarios o involuntarios.*²⁴⁷

Así mismo, no se puede dejar de lado que la responsabilidad jurídica, se configura después de una actuación judicial, siendo resultado del ejercicio de la acción de reclamo del paciente ante los tribunales de Justicia por un daño sufrido²⁴⁸

A partir de esta conceptualización, se puede establecer que la responsabilidad profesional se refiere a la obligación que tienen de responder por sus actos aquellos que ejercen una profesión determinada, entendiéndose por este ejercicio y su realización habitual, tanto a título oneroso como gratuito, en la prestación de labores características de la profesión.

²⁴⁶Cabanellas de Torres, Óp. Cit., 3, Pp. 282.

²⁴⁷Barba Orozco, S. (2000), *—Responsabilidad Profesional Médica*”, Revista Jurídica Ratio Juris. Volumen 4. Pp 23.

²⁴⁸Blas Orbán, C, Óp. Cit., 2015, p 60.

De acuerdo con los autores Gisbert Calabuig y Villanueva Cañadas, la responsabilidad profesional médica es *—la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios incluso, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión.*”²⁴⁹

Es relevante acentuar, entonces, que la responsabilidad profesional médica existe no solo por un daño producido en la prestación de servicios, sino también, por la omisión de algún procedimiento en ésta. Esto en el tanto se supone que el médico debe aplicar todos los medios a su alcance, desde la técnica adecuada, según la Lex Artis, en el tratamiento paciente; ya que ésta constituye una obligación en su desempeño.

Por último, es fundamental recordar como ya se ha establecido, que la actuación médica en el ámbito de la medicina curativa la obligación es de medios y no de resultados, en la cual el médico responderá por aquellas acciones al margen de la Lex Artis o en aquellos casos en los cuales el médico no aplico todos sus conocimientos y medios en la atención oportuna del paciente. No se podrá establecer una responsabilidad por los resultados, ya que por las reacciones propias del organismo de cada paciente, son de imprevisible previsión.

Ahora bien, es necesario para poder entender los alcances de la responsabilidad profesional médica como tal, hacer referencia primeramente a la importancia de dicha responsabilidad y segundo a los elementos necesarios para la configuración de ésta.

Importancia de la Responsabilidad médica en su actuar.

La responsabilidad médica ha adquirido mayor importancia en los últimos años, en razón de la toma de conciencia en referencia a la relación entre la prestación de servicios

²⁴⁹Gisbert Calabuig, J. A. & Villanueva Cañas, E. (2004), “*Medicina Legal y Toxicología*”. Barcelona, España, Editorial Masson, (6ªed), p 109.

médicos y los derechos humanos inherentes a todos los pacientes, amparados en un amplio cuerpo normativo, tanto a nivel nacional como internacional. Algunos de los derechos que se pueden citar son: derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a la libertad, derecho a la autonomía de voluntad, derecho a la integridad física, entre otros.

No se puede olvidar, que dicha relevancia fue originada a partir de grandes arbitrariedades que se produjeron en donde, se consideraba que el paciente no tenía capacidad para poder tomar decisiones sobre su cuerpo y, por ende, el médico realizaba los procedimientos que consideraba oportunos. Asimismo, obtiene importancia a partir de las violaciones de derechos Humanos producidos en la Segunda Guerra Mundial, en la cual se consideraba a los humanos como simples objetos.

Por lo tanto, algunos autores como García Garnica, establecen que se tuvieron que aplicar principalmente dos cambios en la prestación del servicio, los cuales son²⁵⁰:

i. *Redefinición de la relación médico- paciente*: donde el tradicional principio de beneficencia propio de la relación paternalista, se vio desplazado por el reconocimiento de que el paciente es titular de derechos. Un ejemplo se puede apreciar en el establecimiento del derecho del paciente a ser informado y a determinar cuáles procedimientos desea que se le realicen y cuáles no.

ii. *Revisión y revaloración de los alcances de la responsabilidad médica en su actuar*: la cual anteriormente era prácticamente nula. Se establece diversos tipos de responsabilidad, como por ejemplo, la ética, administrativa, civil o penal, en aquellos casos en los cuales la conducta médica se produce al margen de la Lex Artis Hoc. El ensanchamiento de dicha responsabilidad médica produce una mayor protección del paciente y sus derechos, abarcando no solamente aquellos casos en los cuales el

²⁵⁰García Garnica, M.C. (2010), —*Aspctos Básicos de la Responsabilidad Civil Médica*”, Universidad de Granada, España, Editorial Aranzadi, S.A. (1ªed), Pp 11-15.

médico realizó una actuación negligente, sino también, por el mero acaecimiento de riesgos propios del procedimiento médico de los cuales el paciente no fue debidamente informado o del cual no se produjo un consentimiento válido.

Lo anterior, lleva a establecer, que la determinación de la responsabilidad médica, radica en la protección oportuna de los derechos fundamentales del paciente y el resguardo principalmente del derecho a la salud.

Continuamente, se debe determinar los presupuestos jurídicos necesarios para su configuración.

Presupuestos Jurídicos para la configuración de la Responsabilidad Profesional Médica

En lo que refiere a los presupuestos jurídicos necesarios para una adecuada configuración de la responsabilidad, ha de hacerse referencia a los cuatro elementos básicos señalados por el profesor Tiffer Sotomayor²⁵¹: la relación médico paciente, la falta del deber de cuidado, la producción del resultado y la determinación de la actuación, según la Lex Artis.

La relación médico-paciente

Se señala que el primer presupuesto de configuración de responsabilidad profesional se da desde la vinculación médico paciente, la cual surge a partir del momento cuando el médico entra a conocer la condición del paciente y procede con el adecuado diagnóstico y tratamiento. Es importante mencionar que el proceso de atención del paciente, es continuo, por lo tanto, no existe ninguna interrupción en las obligaciones de parte del galeno hacia el paciente.

²⁵¹Tiffer Sotomayor, C. Óp. Cit., 30, Pp. 30-35.

De acuerdo con González Méndez, la relación médico paciente *es una relación interpersonal con connotaciones éticas, filosóficas y sociológicas de tipo profesional que sirve de base a la gestión de salud.*²⁵²

Estas connotaciones poseen su fundamentación en el tanto sean de carácter profesional, siendo que a la hora de establecer una relación médico-paciente, este último pone su confianza e integridad física en manos del galeno, estableciéndose un sujeto generador del acto (y de los posibles daños que con base en ello surjan) y una parte receptora del proceso.

Debe mencionarse, también, que la relación médico paciente puede distinguirse en dos categorías:

- *Relación médico-paciente en la medicina privada:* el paciente busca por su propia voluntad los servicios médicos del profesional, generando un contrato de servicios profesionales que, eventualmente, puede generar una responsabilidad de tipo contractual.
- *Relación médico-paciente en la medicina pública o socializada:* en este caso, el paciente no elige al médico tratante. La relación se asigna a partir de un proceso burocrático y la responsabilidad no se encuentra pre constituida contractualmente.

La importancia de estas categorías radica en la posibilidad de generar responsabilidad contractual en el ámbito privado, en el tanto, la prestación del servicio dada se ve condicionada a un pago y a la generación de un contrato de servicios profesionales.

²⁵²González Menéndez R. (2004),” *La Psicología en el campo de la salud y la enfermedad*”, La Habana, Cuba, Editorial Científico Técnico, Pp. 18.

La falta del deber de cuidado

Como se mencionó anteriormente, la falta del deber de cuidado surge de la comparación entre la conducta realizada y la exigida por la adecuada Lex Artis médica, en los casos en que la primera diverge de la segunda y se genera un daño a un tercero.

Para su adecuada determinación, se debe examinar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en donde se dio el hecho generador, para posteriormente analizar el mismo escenario con la variante de una actuación del sujeto conforme con lo establecido en las normas del deber de cuidado que le corresponde. Del resultado que se desprenda de este estudio, si siempre se produce el resultado, resulta atípica del delito culposos, mientras que si la conducta adecuada hace que el resultado no se produzca, se determinaría que se infringió el deber de cuidado y se produjo un efecto típico, e inherente a ello, un delito culposos.

La producción del resultado

Para que haya delito culposos y, por ende, responsabilidad es necesario que se dé la producción de un resultado, en el tanto si no hay resultado no hay delito.

El resultado es la alteración o afectación dañina que se produce en el paciente producto de una actuación indebida del galeno, la cual debe ser posible de verificar mediante un nexo de causalidad que vincule la actuación u omisión del médico con el efecto producido.

Este nexo de causalidad va de la mano con la falta al deber de cuidado, en el tanto supone que el acto realizado por el médico es la causa directa de la producción del daño, suponiendo que de haberse actuado de forma adecuada o diferente, éste no hubiera ocurrido.

La determinación de actuación, según la Lex Artis

Como ya se ha mencionado, la evaluación de la actuación del galeno conforme con la Lex Artis sirve de parámetro para la configuración del incumplimiento de los deberes del médico, en el tanto permite la comparación adecuada entre como debió haberse procedido y cómo fue que se actuó.

Al respecto, cabe mencionar nuevamente que el análisis debe realizarse tomando en consideración las circunstancias de tiempo y lugar, la capacidad profesional del médico, la fase en que se produce la actuación médica y el trabajo en equipo.

La responsabilidad en inicio se presenta de forma individual, pero los responsables o directores de equipos deben velar por la adecuada preparación de sus colaboradores, en el tanto sería un actuar imprudente contar con un equipo de trabajo preparado deficientemente.

Un ejemplo, al respecto se puede encontrar en el *–Reglamento Generales de Hospitales Nacional*”, donde se establecen las responsabilidades de los directores de los centros hospitalarios, de los especialistas, entre otros; los cuales deben supervisar la actuación de sus subalternos.

En razón de lo anterior, se pasará a estudiar si existe algún tipo de responsabilidad gremial, por parte del galeno por el incumplimiento del procedimiento del consentimiento informado.

Sección Segunda: Responsabilidad Gremial en el ejercicio de los actos médicos.

La profesión médica, en la actualidad, posee grandes desafíos éticos en su actuación en diferentes campos, por lo que nació la necesidad de regular la actividad gremial y, por ende, la responsabilidad en la que puede incurrir el médico por actos contrarios a la ética médica establecida e inversa a los derechos de los pacientes.

Conceptualización

Primeramente, es importante establecer qué se concibe por moral y ética, los cuales son los grandes elementos de la responsabilidad gremial. La moral es definida en la Real Academia Española como:

*Ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia. Que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano*²⁵³

Se puede determinar que la moral es aquel conjunto de principios, costumbres, valores entre otros de un momento histórico determinado que forman parte de vida de un individuo, los cuales son parte de su conciencia.

Mientras tanto, la ética Gutiérrez Sáenz la define como:

La ética es una ciencia que estudia lo normal del derecho, lo que debe realizarse, la conducta que deberá

²⁵³Real Academia Española. (2001), *Diccionario de la Lengua Española*, (22ªed.). Obtenido el 10 de julio del 2015 de <http://www.rae.es/rae.html>,

*tener la gente, lo que es correcto en determinadas circunstancias (...)*²⁵⁴

La ética, por ende, orienta cuál es la concepción moral más razonable, por lo tanto, es una ciencia que estudia la bondad o maldad de la actuación de los seres humanos y, específicamente, un grupo determinado de personas, como lo son los grupos de profesionales o gremiales.

En este sentido, el autor Torres Díaz se refiere respecto de la ética profesional de la siguiente forma:

*La ética profesional es esa ética aplicada, no normativa y no exigible, que propone motivaciones en la actuación profesional, que se basa en la conciencia individual y que busca el bien de los individuos en el trabajo. La ética es, por lo tanto, el horizonte, la configuradora del sentido y la motivación de la deontología.*²⁵⁵

En este sentido, es importante la relación de la conducta médica y su influencia en el desarrollo de la sociedad, la cual colabora en la curación de enfermedades que aquejan la vida humana y, así mismo, en la formación y bienestar de la vida de estos en forma plena. La actuación del médico tiene una incidencia directa en la salud del paciente, por lo que debe ejecutarse bajo estándares éticos; los cuales pueden ser predeterminados por una normativa, pero principalmente por los valores que le hayan sido enseñados al médico en su vivir.

²⁵⁴Gutiérrez Sáenz, (2006), —*Introducción a la Ética*—. En Salas Monnet, A. & Matarrita Baccá, R. (Ed) “*Antología sobre temas Éticos, Morales y Deberes Jurídicos para Abogados (as)*.” San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica, (1ª ed), p 22.

²⁵⁵De la Torre Díaz, F. J. (2000), —*Ética y Deontología Jurídica*—, Madrid, España. Editorial DYKINSON, p107.

Para Serpa Flores, el médico en los actos que consuma dirigidos hacia el paciente exterioriza los juicios que realiza; los cuales considera que pueden ser de dos tipos: juicio clínico y el juicio ético. El primero consiste en conocimientos o habilidades que demuestra el médico en su actuación, mientras el juicio ético implica que el médico debe tener conciencia de las limitaciones de su conocimiento, ante todo, el interés del enfermo el cual debe ser el fin mismo de su actuación.²⁵⁶

La ética médica, como se ha expuesto, consiste, principalmente, en una guía que debe seguir el profesional médico en su conducta, donde su fin último es realizar todas las actuaciones que estén en sus manos para velar por la salud del paciente, respetando las opiniones y creencias de éste, el cual tendrá siempre la última palabra. Por lo que ésta es una parte esencial en los procedimientos médicos, que en ningún momento puede ser dejado de lado, como lo expuso el profesor John Williams, en su Manual de Ética Médica, en el cual señaló:

*(...) la ética forma parte esencial de la práctica médica diaria. Los principios éticos como el respeto por las personas, el consentimiento informado y la confidencialidad son básicos en la relación médico-paciente.*²⁵⁷

Ahora bien, es importante señalar cuáles son los vitales principios de la ética médica, su origen y sus más relevantes instrumentos de regulación.

²⁵⁶Serpa Flores. R (1995), “Ética Médica y Responsabilidad Legal del Médico”, Monografía Jurídica 88, Bogotá Colombia, Editorial Temis S.A Pp 5-6.

²⁵⁷Lanzamiento del Nuevo Manual destinado a ayudar a los Médicos a enfrentar desafíos Éticos, Asociación Médica Mundial, Obtenido el 2 de abril de 2015 de http://www.wma.net/es/40news/20archives/2005/2005_02/index.html

Principales Generalidades de la Ética Médica.

La ética médica tuvo su primera aparición con los discípulos de Hipócrates en la Grecia Antigua con el juramento hipocrático, que debían realizar los galenos que deseaban ejercer dicha profesión, el juramento se extendió a las regiones del mundo hasta nuestros días, el cual, por ejemplo en el caso de Costa Rica, debe ser rendido por todos los profesionales en esta rama.

Sin embargo, a través del tiempo, también, se ha empezado a regular con diversos instrumentos, tanto a nivel nacional como internacional; los cuales han dado respuesta a las diversas necesidades que se han ido presentando en el quehacer médico principalmente por el avance de la tecnología y del conocimiento. Como lo son: El Código Internacional de Ética Médica, el cual regula los deberes y obligaciones de los médicos en su actuación y hacia los pacientes, también se puede mencionar la Declaración de Ginebra la cual menciona:

Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial

*En el momento de ser admitido como miembro de la
profesión Médica:*

*Prometo solemnemente consagrar mi vida al servicio
de la humanidad,*

*Otorgar a mis maestros el respeto y gratitud que
merecen,*

Ejercer mi profesión a conciencia y dignamente,

Velar ante todo por la salud de mi paciente,

*Guardar y respetar los secretos confiados a mí,
incluso después del fallecimiento del paciente,*

Mantener, por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica,

Considerar como hermanos y hermanas a mis colegas,

No permitiré que consideraciones de edad, enfermedad o incapacidad, credo, origen étnico, sexo, nacionalidad, afiliación política, raza, orientación sexual, clase social o cualquier otro factor se interpongan entre mis deberes y mi paciente,

Velar con el máximo respeto por la vida humana,

No emplear mis conocimientos médicos para violar los derechos humanos y las libertades ciudadanas, incluso bajo amenaza,

Hago estas promesas solemne y libremente, bajo mi palabra de honor.²⁵⁸

Así mismo, en el año 2005 la Asociación Médica Mundial, emitió el Manual de Ética Médica, en el cual se desarrollan los principales elementos de la ética médica, su aplicación a nivel interno de cada uno de los países miembros, su relevancia en la actuación del profesional, cuyo fin principal es reforzar la actitud ética del profesional de la salud y encontrar respuestas a los diversos dilemas de dicha índole que enfrenta el Galeno día con día en la atención de los pacientes.²⁵⁹

²⁵⁸Declaración de Ginebra, Asamblea General de la Asociación Médica Mundial. Obtenida el 2 de abril del 2015 de http://www.wma.net/es/30publications/30ethicsmanual/pdf/ethics_manual_es.pdf

²⁵⁹Asociación Médica Mundial. Óp. Cit., 262.

Dicho Manual señala que la actuación médica debe dirigirse a la consumación de tres principios fundamentales los cuales son²⁶⁰:

✓ *La compasión:* Consiste en el entendimiento y comprensión de los dolores que aquejan al paciente y la implementación de los medios a su disposición para lograr su alivio.

✓ *La competencia:* El médico debe contar con los estudios profesionales correspondientes para la ejecución de la práctica médica, así mismo, debe poseer los estándares éticos establecidos; la competencia debe ser vigilada por las autoridades judiciales y los Colegios de Profesionales Médicos, específicamente en cada país.

✓ *La autonomía:* Se define como la autodeterminación que posee el Galeno en su actuación, sin embargo, dicho principio ha variado a través del tiempo, al pasar de una relación médico- paciente de tipo paternalista, a una relación en la cual el médico debe respetar los derechos fundamentales del paciente y realizar solo aquellas actuaciones que le sean permitidas por el mismo.

Sin embargo, no se puede dejar de lado que dentro de los principios de la ética médica se encuentran el respeto de los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, principalmente, el velar por la dignidad de la persona humana.

En razón de lo anterior, en aquellos casos en los cuales el personal médico incurra en una falta a la ética profesional, acarreará una responsabilidad gremial que le puede originar una sanción impuesta por el Colegio de Médicos respectivo; por lo tanto, es

²⁶⁰Manual de Ética Médica, Asociación Médica Mundial. Obtenido el 2 de abril del 2015 de http://www.wma.net/es/30publications/30ethicsmanual/pdf/chap_1_es.pdf

fundamental estudiar en qué consiste dicha responsabilidad en el caso particular de Costa Rica.

Responsabilidad Ética del Médico Costarricense y su relación con la Ausencia del Consentimiento informado

La responsabilidad profesional médica se produce por una falta en el desempeño de las labores del Galeno, que incumple su deber de proporcionar correctamente la asistencia a la que está obligado hacia el paciente, produciendo un daño en inminente en el mismo.²⁶¹

Por lo tanto, el irrespeto o violación del médico a los preceptos éticos de su actuación o hacia las normas establecidas sobre su adecuado ejercicio acarrearán una responsabilidad gremial de éste, ante un órgano determinado.

La responsabilidad, por ende, se encuentra muy ligada a la deontología, la cual consiste en el conjunto de reglas y principios que rigen las conductas de un determinado profesional, ejercidas o vinculadas de cualquier manera, al ejercicio de la profesión y a la pertenencia al grupo profesional.²⁶²

A nivel internacional como se mencionó anteriormente se han establecido normas que deben cumplir los profesionales médicos en su actuación, no obstante, a nivel nacional el Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica es el encargado de la vigilancia de la actuación idónea de los profesionales médicos en el país para lo cual se ha emitido la Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos y el Código de Ética Médica.

²⁶¹Blas Orbán, C, Óp. Cit., 250, p 61.

²⁶²Lega Carlo, (2006), —*Deatología de la profesión de abogado*—. En Salas Monnet, A. & Matarrita Baccá, R. (Ed), —*Atología sobre temas Éticos, Morales y Deberes Jurídicos para Abogados (as)*—. San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica, (1ªed), p 24.

En el último instrumento mencionado, se establece explícitamente la obligación de todos los profesionales de acatar las disposiciones que se estipulan, de las cuales el médico no puede alegar desconocimiento, así mismo, en los artículos 2 y 25 se determina que en caso de un incumplimiento el profesional puede acarrear una falta sancionable disciplinariamente, en los siguientes términos:

Artículo 2º—El médico que infrinja el presente Código comete una falta sancionable disciplinariamente.

Artículo 25. —El médico debe responsabilizarse plenamente de los cargos gremiales o científicos que se le confíen. Su responsabilidad en asuntos gremiales, no deberá exceder el límite que se le ha fijado.²⁶³

Dependiendo de la violación ejercida por el galeno, será la sanción impuesta por la Junta de Gobierno del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, entre las sanciones que se pueden interponer, son:

Artículo 141. —Las sanciones que se puedan imponer a los médicos por las faltas cometidas en contra de lo estipulado en este código, son:

- 1) Amonestación verbal.*
- 2) Amonestación escrita.*
- 3) Amonestación y multa.*
- 4) Suspensión temporal del ejercicio profesional.²⁶⁴*

²⁶³Código de Ética Médica, Artículos 2 y 25. Óp. Cit., 14.

²⁶⁴Código de Ética Médica. Artículo 141, *ibid.*

Así mismo, la sanción será impuesta dependiendo de la gravedad de la acción del médico, según lo estipulado en los artículos 143, 144 y 145 del Código de Ética Médica, que clasifica las faltas en graves, gravísimas o leves. En los siguientes términos:

Artículo 143. — Se consideran faltas gravísimas:

a) Atentar contra la vida humana en cualquiera de sus formas, salvo en el caso de aborto permitido por ley.

b) El abandono injustificado de un paciente en peligro de muerte.

c) La violación al artículo 27 del presente Código.

d) La retención de una persona como paciente, para efecto de garantía de cobro de honorarios.

e) Contravenir la ley en materia de trasplante humano de órganos o de otros materiales.

f) La violación, el abuso deshonesto y/o acoso sexual a una persona.

g) En el ejercicio de su profesión, el aprovechamiento ilegal para beneficio propio de los bienes del Estado.

h) El diagnóstico o pronóstico engañoso, derivando de ello beneficio propio, en contra de un paciente.

i) El incumplimiento de un juramento dado ante autoridad civil notarial permitiéndose alguna ventaja personal en detrimento del Colegio y de sus colegiados médicos.

j) Ante solicitud oral o escrita de otro médico, pudiendo hacerlo, no acudir personalmente a atender o colaborar en la atención de una emergencia.

k) El incumplimiento a los artículos: 10, 20, 24, 28, 29, 38, 42, 55 del presente Código.

Artículo 144. —Se consideran faltas graves:

a) Publicar anuncios, por cualquier medio, prometiéndolo curas infalibles o resultados milagrosos no basados en la evidencia.

b) El desacato a lo ordenado por la Junta de Gobierno, el Tribunal de Ética o la Fiscalía del Colegio de Médicos y Cirujanos.

c) Anunciarse en una especialidad en la cual no se está debidamente inscrito.

d) Desacreditar a un colega como persona y como profesional médico ante terceros.

e) La imposición demostrada de un acto médico en contra de la voluntad de un paciente o de su representante legal, sin importar el resultado del mismo.

f) Extender documentos de corte médico-legal incumpliendo los actos médicos para corroborar el estado de salud, orgánico o mental del interesado.

g) El abandono injustificado de un paciente, si ello no constituye falta gravísima.

Artículo 145. —Se consideran faltas leves:

a) La no honra de un compromiso entre colegas.

b) La falta de respeto o de consideración hacia un colega o un paciente, si ello no constituye falta grave o gravísima.²⁶⁵

²⁶⁵Código de Ética Médica, Artículos 143, 144 y 145. *Ibid.*

En el caso específico del consentimiento informado, es regulado, tanto en instrumentos internacionales de ética médica como a nivel nacional; éste ha sido un tema en el cual existe acuerdo de la importancia de su ejecución por parte del personal médico, como medio de garantía de los derechos del paciente, que en ningún caso solo por excepciones de ley se puede prescindir en un procedimiento médico determinado.

El Código de Ética médica estipula como una de las obligaciones del médico dotar al paciente de información completa, idónea y comprensible sobre los problemas en la salud que le aquejan, así como, de los posibles tratamientos médicos que se pueden aplicar, para que éste decida cuál opción es más adecuada para su bienestar.

Lo anterior, se encuentra establecido en los artículos 31, 35 y 37 del Código de Ética Médica en los siguientes términos:

Artículo 31: El médico debe informar al paciente o a su representante legal, con base en sus conocimientos, las opciones diagnósticas y terapéuticas que considera adecuadas para el manejo del paciente, observar las prácticas reconocidas y aceptadas, además, respetar las normas legales vigentes en el país.

Artículo 35: El médico debe respetar el derecho del paciente facultado mentalmente para decidir en forma libre sobre la ejecución de prácticas diagnósticas o terapéuticas.

Artículo 37: Con las excepciones que establece la Ley, el médico está obligado a informar a sus pacientes sobre el riesgo presente o eventual de cualquier medicamento, procedimiento médico o quirúrgico. No debe emprender

*ninguna acción sin el consentimiento del enfermo o de su representante legal si es menor de edad o está incapacitado jurídicamente, exceptuados los casos de absoluta imposibilidad o urgencia.*²⁶⁶

En la misma normativa, a la vez, se instaura que en razón de la relevancia del consentimiento informado en la práctica médica, como garantía de los derechos del paciente, éste se presenta de forma inválida o es omitido; se considerara como una falta grave del profesional, según lo estipulado en el artículo 144 inciso e), por lo que podrá ser sancionado hasta con una suspensión en el ejercicio de su profesión.

Supuesto de Resultados Iatrogénicos y falta del Consentimiento Informado ante la Responsabilidad Gremial

En razón de lo expuesto anteriormente es posible afirmar que si se realiza un procedimiento médico sin la autorización expresa del paciente o se efectúa inválidamente al no dotar de la información idónea al mismo o se solicita a un sujeto no legitimado para proporcionarlo; se produce una responsabilidad médica de tipo ética; por el incumplimiento a las estipulaciones del Código de Ética Médica, del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica.

Al estipularse explícitamente en los artículos 35 y 37 del Código de Ética, la obligación del personal médico de dotar de la información oportuna al paciente y de obtener el consentimiento informado del mismo, antes de la realización de cualquier procedimiento médico, con excepción de aquellos casos de urgencia e inconciencia momentánea.

²⁶⁶Código de Ética Médica, Artículos 31, 35 y 37. *Ibíd.*

Dicho incumplimiento, según lo señala el artículo 144 inciso e) constituye una falta grave por parte del profesional médico, por lo tanto, podrá ser sancionado hasta con un periodo de suspensión del ejercicio liberal de la profesión por un tiempo determinado, dependiendo de la valoración bajo la sana crítica racional realizada por lo Junta de Gobierno del Colegio Profesional.

Igualmente, sucede en los casos en los cuales se produzcan resultados iatrogénicos que devengan de una intervención en concreto, si bien, podrían ser esperables o propios de los riesgos permitidos dentro de una intervención, al no haber sido expuestos y consentidos por el paciente resultan en un actuar contrario a los lineamientos de la Lex Artis Ad Hoc. Es fundamental señalar que el artículo 144 inciso e) establece que dicha responsabilidad se produce sin importar el resultado del acto médico si fuese positivo, iatrogénico o producto de una mala praxis médica.

Posteriormente de analizar la posible responsabilidad gremial que debe soportar el médico que haya incurrido en una falta al procedimiento del consentimiento informado, se debe establecer si existe algún tipo de responsabilidad de tipo civil por dicha actuación, lo cual se estudiará en la siguiente sección.

Sección Tercera: Responsabilidad Civil en el ejercicio de los actos médicos.

Concepto

La definición brindada por Cabanellas de Torres respecto de la Responsabilidad Civil, sirve de punto de partida en torno al concepto y es la siguiente:

El talión económico jurídico: la obligación de resarcir, en lo posible, el daño causado y los perjuicios

*inferidos por uno mismo o por un tercero, y sin causa que excuse de ello.*²⁶⁷

A partir de lo cual se considera, que la Responsabilidad Civil busca resarcir el daño producido a un tercero, mediante la indemnización de éste y de los perjuicios que de éste deviniera.

Respecto de la finalidad de esta responsabilidad y continuando la línea de ideas planteadas anteriormente, el jurista argentino Atilio Alterini indica:

*El llamado sistema de la responsabilidad civil tiene por finalidad el procurar volver al status quo antes del daño, esto es "la reposición de las cosas a su estado anterior", tratando de reponer al damnificado a una situación tan próxima como sea posible a aquélla en la habría estado si el hecho dañoso no se hubiera producido, o en fijar la indemnización llegando tan cerca como sea posible a la suma de dinero que pondría a la parte perjudicada en la misma posición en la que habría estado si no hubiera recibido el daño cuya compensación o reparación está obteniendo.*²⁶⁸

Entonces, el sistema de Responsabilidad Civil se entiende como el conjunto de obligaciones que surgen como consecuencia de una acción que transgreda el ordenamiento jurídico, siendo la relación existente entre quien fuera víctima del daño y quien lo generará, estableciendo que el Derecho impone a este último el deber de resarcir el daño que ha causada a otro.

²⁶⁷Cabanellas de Torres, G. Óp. Cit., 3, Pp. 282.

²⁶⁸Alterini, A. (1997), "La Limitación cuantitativa de la responsabilidad civil". Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo Perrot, (1ªed.), p. 7.

Este tipo de responsabilidad es contemplado dentro del ordenamiento jurídico costarricense como un derecho constitucional, el cual encuentra sustento en el artículo 41 de la Carta Magna, que establece:

Artículo 41.- 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.²⁶⁹

Esta norma resulta de gran relevancia dentro del ordenamiento jurídico, en el tanto supone el mandato de carácter constitucional de garantizar la reparación efectiva de todo daño que sea sufrido. Es importante destacar que la Constitución no solo resalta este derecho, sino que da cabida a un acceso material a la justicia, en el tanto establece la posibilidad de acudir a los tribunales de justicia, como medio para buscar el resarcimiento que le sea debido posterior a haber sufrido un daño producto de un tercero.

El mencionado precepto constitucional ha sido analizado por la Sala Constitucional, en la sentencia del 11 de octubre de 1982, indicó:

El artículo 41 de la Constitución establece un conjunto de principios básicos a los cuales los individuos y el Estado debe ajustar su actuación en el ámbito de la justicia y como la citada regla del artículo 41 prescribe que esas personas han de encontrar reparación para las injurias o daños, por allí se está disponiendo que las leyes deben orientarse a procurar la tutela de los derechos quebrantados, y eso en un doble sentido, es decir, mediante

²⁶⁹Constitución Política de Costa Rica. Artículo 41. Óp. Cit., 66.

*normas que, por una parte regulen o amparen el derecho de cada uno, y por otra, establezcan los instrumentos procesales adecuados para que las personas tengan acceso a la justicia y los Tribunales la otorguen si resultare comprobado el agravio...*²⁷⁰

La Sala Constitucional, interpreta el artículo 41 de la Carta Magna como una garantía a ser resarcido en caso de ser víctima de un daño, que además, debe ser un principio rector a la hora de generar normas en búsqueda de esta finalidad. Supone que ante la existencia de un daño debe brindársele a la persona los medios procesales para poder reclamar el adecuado resarcimiento, además que este acercamiento judicial debe ser célere y eficiente, siendo que las leyes deben generarse orientadas hacia este fin.

Otra consideración de relevancia de la Sala Constitucional respecto del mencionado artículo se encuentra en su voto 8742-12, donde establece:

*El acceso a la jurisdicción previsto en este precepto constitucional, se convierte 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 respectiva obligación.... Debe de existir, entonces, una reparación total de los daños causados, traduciéndose éstos a valor presente.*²⁷¹

²⁷⁰Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sesión extraordinaria de Corte Plena de once de octubre de mil novecientos ochenta y dos.

²⁷¹Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 8742-12 de las catorce horas con treinta minutos del veintisiete de junio de dos mil doce.

Es importante señalar sobre el extracto anterior, la manera como la Sala Constitucional indica al artículo 41 como un precepto que otorga un derecho instrumental, en el tanto es la premisa a cualquier reclamo indemnizatorio que se dé en sede judicial. Además, se establece la obligación a cubrir por quien genere el daño debe ser actualizada a valor presente, lo que garantiza que haya un verdadero resarcimiento del perjuicio generado. Es, entonces, la responsabilidad civil una obligación que permite no solo indemnizar un detrimento generado previamente, sino hacer esto al valor adecuado, el cual varía en el paso del tiempo.

Entendido el concepto y la finalidad en torno a la responsabilidad civil, es fundamental analizar los elementos que le constituyen y que son necesarios para poder determinarle.

Elementos de la Responsabilidad Civil

Se entiende que la Responsabilidad Civil debe encontrar una serie de elementos necesarios para su configuración, aunque en la doctrina no existe una coincidencia total al respecto, como es indicado por el autor Raymundo Salvat:

En la doctrina no existe absoluta coincidencia respecto del número e índole de los elementos necesarios para que exista responsabilidad civil, y habitualmente se mencionan como tales sólo tres requisitos: El perjuicio o daño causado, la imputabilidad (pues sólo quien por su culpa o dolo ocasiona el daño está obligado a repararlo) y

*la existencia de una relación de causalidad entre la culpa y el daño.*²⁷²

De esta premisa en torno a los elementos de la responsabilidad civil, se puede entender que el que se haya generado un daño resulta fundamental para su existencia, al ser el punto de partida, el cual debe ser individualizable a un individuo o una persona jurídica en específico, debe tener una relación de causalidad directa entre el acto y el daño, siendo que la supresión mental del acto implique la desaparición del daño.

Sobre la determinación de estos elementos, el autor costarricense Juan Marcos Rivero indica:

*El esquema del supuesto de hecho de la responsabilidad civil actual puede reducirse a los siguientes elementos: a) una acción u omisión b) un daño c) una relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión d) un criterio de imputación objetiva que permita discernir qué consecuencias dañosas le son atribuibles a una persona.*²⁷³

Se denota en el esquema planteado por el profesor Rivero una amplia similitud con el criterio presentado anteriormente, permitiendo considerar que esos elementos recurrentes son los que resultan indispensables en la determinación de la responsabilidad civil.

En lo que se refiere a la acción se entiende ésta como la conducta o comportamiento que engendra la obligación de reparar. Como se menciona, se puede dar, tanto desde una

²⁷²Salvat, R. (1958), “*Tratado de Derecho Civil Argentino*”, Buenos Aires, Argentina, Tipográfica Editora Argentina, (5ªed), p 58.

²⁷³Rivero Sánchez, J.M. (1999), “*Responsabilidad Civil*”, San José, Costa Rica. Ediciones Jurídicas Areté, (1ªed) p. 30.

perspectiva positiva (acción) o negativa (omisión), siendo necesario para la configuración del primer caso que sea una acción antijurídica y para el segundo caso que haya una disposición legal que imponga la obligación de realizar el hecho omitido.

Respecto del daño, se entiende como el resultado de la acción antijurídica o la omisión de actuar de una persona, que genera el detrimento de algún bien jurídico de un tercero. Si la acción no genera daño, no crea responsabilidad y no vendría a ser punible.

Sobre el carácter propio del daño para ser resarcible, los autores Llambías, Raffo y Sassot indican:

*Se enuncian como requisitos para la resarcibilidad del daño: a) Que el daño sea cierto y no eventual; b) Que sea subsistente al tiempo de su computación; c) Que sea personal del damnificado; d) Que el quebranto patrimonial incida en un interés legítimo del damnificado; e) Que esté en conexión causal jurídicamente relevante con el acto ilícito.*²⁷⁴

En lo que concierne a la relación de causalidad, se entiende ésta como el nexo de unión que debe existir entre la acción u omisión y el daño producido, para que el autor de ese comportamiento deba indemnizar el perjuicio. El hecho debe estar conectado con la causa del daño, siendo que su supresión implica la desaparición del daño, y, por tanto, el detrimento aparece como el resultado de su producción.

²⁷⁴Llambías, J.; Raffo, P. & Sassot, R. (1991), “Manual de Derecho Civil,” Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo Perrot, (10ªed), p. 580.

Entendidos estos elementos, se estudiará los tipos de responsabilidad civil existente, para posteriormente, poder determinar cuál es su aplicación en la responsabilidad civil médica.

Tipos de Responsabilidad Civil

En lo que concierne a los tipos de responsabilidad civil existente, la jurisprudencia costarricense ha sido clara en su interpretación.

Primeramente, la Sala Primera en su resolución 320-90 indica, además de una breve definición en torno a la responsabilidad civil, los tipos en los que se divide:

Mediante la responsabilidad civil se atribuye a un sujeto la obligación de reparar, indemnizar o compensar (caso este último del daño moral), un daño infringido a la esfera jurídica de otro sujeto, como consecuencia de un acto o una actividad realizada por aquél. Esta responsabilidad se divide en responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva, de acuerdo con el criterio de imputación que se utiliza en cada caso: en el primero, la voluntad del deudor, que actúa en forma culpable; en el segundo, criterios objetivos tales como el riesgo, expresamente establecidos por ley. También suele ser dividida en contractual y extracontractual, según provenga del incumplimiento del deber general de no causar daño a los demás.²⁷⁵

²⁷⁵Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 320-90 de las catorce horas y veinte minutos del nueve de noviembre de mil novecientos noventa.

La división en torno al carácter subjetivo u objetivo en torno a la responsabilidad, depende entonces en su aspecto subjetivo respecto de la intención del sujeto y si éste actúa de forma culpable o dolosa, mientras que en el aspecto objetivo lo que se considera son elementos neutrales, como lo es la puesta en riesgo y si éste se encuentra permitido o no.

Es de gran relevancia comprender, en qué consiste la culpa, ésta es definida por Sillero Crovetto, Camas Jimena, Gómez Rivero y Such Martínez, como:

La culpa en sentido en general puede definirse como la omisión de la diligencia exigible, es decir un actuar negligente o la inobservancia de un deber de prudencia que pesa sobre cualquier ciudadano en la vida de relación.²⁷⁶

Por lo tanto, se puede determinar que, la responsabilidad de tipo subjetiva se presentará en aquellos casos en los cuales medio dolo o culpa en el sujeto autor del daño, si es de tipo dolosa será aquella en la cual tenga la intención de la producción del daño mientras que la culpa se presentara por la omisión de una diligencia o actuación exigible.

En lo concerniente a la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, la Sala Primera, en la resolución previamente mencionada, continúa diferenciándoles de la siguiente forma:

Para que surja la responsabilidad civil contractual, las partes deben estar previamente ligadas por un contrato, que siendo incumplido total o parcialmente, produce un daño que debe ser indemnizado. El daño puede ser producido también por un hecho humano distinto del

²⁷⁶ Cama Jimena M, Gómez Rivero M.C, Sillero Crovetto B, Such Martínez J. (2013), “Responsabilidad Médica,” Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanc, p 156.

*incumplimiento de una obligación y entonces se denomina daño extracontractual.*²⁷⁷

Esta diferenciación se puede ver reforzada por el criterio de Montero Piña, quien hace referencia a los lineamientos de Adriano De Cupis y establece:

*Se ha afirmado reiteradamente que el daño contractual deriva de la violación de una obligación específica preexistente, mientras que el daño extracontractual simplemente se deriva de la violación de la genérica obligación del neminem laedere (principio de diligencia). Así, se ha escrito que recae en el campo de la responsabilidad extracontractual cuando el contenido ilícito viola la norma general que prohíbe penetrar en la esfera jurídica de otro, o bien el deber genérico, frente a todos, del neminem laedere; el daño extracontractual no presupone la existencia de ningún vínculo jurídico especial, por lo que sólo producido el daño surge una relación jurídica entre responsable y perjudicado.*²⁷⁸

Por ende, se comprende que la existencia de la responsabilidad contractual requiere que haya una obligación consentida y aceptada por ambas partes previamente, donde el daño vendría a producirse de alguna irregularidad en el cumplimiento del compromiso establecido. Por otro lado, la responsabilidad extracontractual existe cuando se genera un daño dentro de la esfera jurídica de una persona por otra que no se encuentre vinculada mediante un contrato con ésta, siendo que la obligación de indemnizar el daño que se produzca es la que genera una relación jurídica entre las partes.

²⁷⁷Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 320-90 de las catorce horas y veinte minutos del nueve de noviembre de mil novecientos noventa.

²⁷⁸Montero Piña, F. (2002), “*El daño moral*”, San José, Costa Rica, Impresión Gráfica del Este. (1ªed), p 308.

Asimismo, otra diferencia fundamental entre la responsabilidad contractual y la extracontractual es dada por la Sala Primera en su resolución 635-06, donde indica:

Una de las diferencias fundamentales entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, radica en la carga de la prueba, pues en la responsabilidad derivada de un contrato el acreedor no está obligado a demostrar la culpa del deudor, ya que ésta se presume en tanto el segundo no demuestre que su incumplimiento o el atraso no le son imputables, como el caso fortuito o la fuerza mayor; en cambio, en la responsabilidad extracontractual o aquiliana le compete al damnificado demostrar la culpabilidad del autor del acto ilícito.²⁷⁹

De lo anterior se desprende que si la responsabilidad es contractual, la carga de la prueba la tiene el demandado; ya que en el supuesto de incumplimiento éste deberá utilizar a modo de defensa eximentes de responsabilidad a partir de elementos ajenos a su persona, como lo viene a ser la fuerza mayor, el caso fortuito y la culpa de la víctima.

Por otro lado, si la responsabilidad es extracontractual, quien se vea afectado por el daño debe demostrar, tanto la negligencia como la imprudencia que conducen a esto, dado que éstas no se presumen. Debe mencionarse sobre este punto que debido a su naturaleza no siempre se puede dar esta demostración mediante prueba directa, por lo que suele acudir a las presunciones. Esto genera inexactitud en torno a la determinación de las circunstancias que ocasionaron el hecho, así como sobre la gravedad de éste.

²⁷⁹Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 635-06 de las diez horas y cincuenta y cinco minutos del seis de setiembre de dos mil seis.

Aclarado esto, es importante ahora hacer referencia a la responsabilidad civil, específicamente, orientada a su aplicación a los profesionales en medicina.

Responsabilidad Civil en los Profesionales en Medicina.

En una sociedad cada vez más preocupada por velar por la tutela del bienestar de su población, se da el surgimiento de instituciones como el consentimiento informado en el Derecho Médico como resultado de la revaloración de los derechos fundamentales de la persona, del deber de información y el reconocimiento de la dignidad del paciente.

Esta dignidad de la persona, reflejada, también, en su condición de paciente es el sustento de la responsabilidad médica. En ésta se busca la tutela de la dignidad ante eventuales daños ocasionados al titular, en una determinada relación médica.

La responsabilidad Civil médica es definida por los autores Camas Jiménez, Gómez Rivero, Sillero Crovetto y Such Martínez como:

El daño producido a un ser humano por un profesional de la medicina en el ejercicio del acto médico.²⁸⁰

Dicha conceptualización permite comprender que la responsabilidad médica civil consiste en la producción de un daño, producido por un profesional médico quien como se indicó es una persona titulada e incorporada al Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, mediante un acto médico realizado a un paciente determinado.

²⁸⁰ Cama Jimena M, Gómez Rivero M.C, Sillero Crovetto B, Such Martínez J, Óp. Cit., 281, p145.

Debe mencionarse que los elementos constitutivos de responsabilidad civil a partir de un acto médico son en esencia los mismos que se atañen a la responsabilidad civil en general. Respecto de estos requisitos indican Delgado Calderón y Araya Vega:

El primero de ellos se presenta cuando se produce una acción u omisión antijurídica del agente, que lógicamente nace en el propio acto médico, donde por acción u omisión se causa un daño al paciente. El segundo elemento de la responsabilidad médica es la relación de causalidad; es decir, el establecimiento de la relación de causa –efecto entre la acción u omisión del agente y el daño que se ha causado. El tercer elemento de la responsabilidad civil médica es el daño. Este daño puede considerarse extra corporal o corporal. En el primero se incluyen los perjuicios económicos que afectan a personas o entidades, como consecuencia del daño corporal (perjuicio al cónyuge por privación de relaciones afectivas o sexuales, a los hijos por la imposibilidad de asumir obligaciones educacionales, de guarda o cuidados, entre otros). El daño corporal puede ser físico, síquico, estético o moral.²⁸¹

La figura del daño en lo que refiere a la responsabilidad civil médica es particularmente relevante, en el tanto se considera como uno de los requisitos previos para dictaminar el resarcimiento. En este sentido, el daño que es físico o estético resulta más fácil de evidenciar al poder ser determinable a simple observación o mediante pruebas

²⁸¹Delgado Calderón, I. & Araya Vega, A. (2012), “La Responsabilidad Médica”, Revista de Pensamiento Penal. vol. 137. Obtenido el día 19 de diciembre del 2014 de <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/01/doctrina06.pdf>

diagnósticas. En contraparte el daño psíquico o el moral son más difíciles de demostrar, lo que conlleva que, en muchas ocasiones, se incurra en subjetivismo.

Ahora bien, para determinar el tipo de responsabilidad civil que pueda surgir a partir de un acto médico se deben tomar en consideración si se está ante una prestación de servicio en el sector público o en el sector privado.

En el caso de la prestación de servicios médicos en el sector público, debe entenderse que es de naturaleza extracontractual, pues no surge ella de la celebración de un contrato, sino de las obligaciones que impone el ejercicio de la medicina donde el galeno tiene una relación contractual con una institución pública, con la cual garantiza brindar la prestación de su servicio al paciente, pero no tiene una relación contractual directa con éste.

En estos casos al haber daño que indemnizar civilmente, la Institución Pública, entendiendo a ésta como la Caja Costarricense de Seguro Social, debe responder objetivamente por los daños producidos por el médico, el cual tendría responsabilidad subjetiva. Este último punto se estudiará con mayor atención en la siguiente sección en torno a la Responsabilidad Objetiva del Estado.

En contraparte, en la prestación de servicios en el sector privado el paciente sí establece una relación contractual con el médico, por lo que sí se estaría ante una responsabilidad de tipo contractual. Esto implica que el médico o la institución tratante deben responder civilmente por el daño causado a un nivel subjetivo.

Para una mayor comprensión, es importante establecer la aplicación de la Responsabilidad Civil Médica Contractual como Extracontractual, principalmente en los casos de ausencia del consentimiento informado.

Responsabilidad Extracontractual

En este caso, la responsabilidad surge por la acción u omisión realizada por un profesional médico que causa un daño en el paciente, en razón de una inobservancia de una diligencia debida o establecida de su actuación. Según lo expuesto anteriormente, correspondería a un incumplimiento a la aplicación de la Lex Artis médica.

Como se mencionó anteriormente, se da en casos donde no media un contrato de por medio entre el paciente y el médico, siendo la prestación de servicios médicos en el sector público.

Es relevante mencionar, que la Lex Artis estipula que el médico debe realizar el acto médico bajo estándares de excelencia, siguiendo todas las regulaciones al respecto y aplicando todos los conocimientos y medios necesarios para la atención del paciente, sin embargo, no se le puede exigir un resultado positivo ya que esta circunstancia puede variar dependiendo del organismo de cada paciente.

En la misma línea, se debe recordar que constituye una obligación del médico tratante informar oportuna, completa e idóneamente al paciente sobre sus padecimientos y los posibles tratamientos que se pueden aplicar y, posteriormente, solicitar el consentimiento informado a éste de la realización de un acto médico, lo cual forma parte de la Lex Artis médica. Lo que constituye, a la vez, un derecho del paciente a decidir cuáles intervenciones o tratamientos médicos desea que se le realicen.

Por lo tanto, la ausencia del consentimiento informado o de no dotar de la información al paciente, constituye una omisión a la atención debida del paciente y a la Lex Artis; asimismo, produce un daño a la dignidad del paciente y a su derecho de autodeterminación, ya que se le restringe la posibilidad de tomar la decisión de si desea realizarse el procedimiento, a decidir si anhela soportar los riesgos de éste y,

principalmente, a determinar si dicho procedimiento se encuentra dentro de su convicción de su proyecto de vida.

Dentro de la legislación costarricense, a modo de sustento jurídico en lo referente a la responsabilidad civil de tipo extracontractual debe hacerse referencia al Código Civil, el cual le regula en sus artículos 1045 y 1046 al indicar:

Artículo 1045.- Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.

Artículo 1046.-La obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados con un delito o cuasidelito, pesa solidariamente sobre todos los que han participado en el delito o cuasidelito, sea como autores o cómplices y sobre sus herederos.²⁸²

Asimismo, también es relevante hacer mención a lo indicado en la Ley General de Administración Pública respecto de la responsabilidad de los funcionarios públicos, siendo que en sus artículos 199 inciso 1; y 201 establece lo siguiente:

Artículo 199.-I. Será responsable personalmente ante terceros el servidor público que haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo, aunque sólo haya utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo.

²⁸²Código Civil. Artículos 1045 y 1046. Óp. Cit., 159.

*Artículo 201.- La Administración será solidariamente responsable con su servidor ante terceros por los daños que éste cause en las condiciones señaladas por esta ley.*²⁸³

Finalmente, es importante evocar también lo establecido en el Código Penal en el artículo 103, donde se indica:

*Artículo 103.-Todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que será determinada en sentencia condenatoria; ésta ordenará: 1) La restitución de las cosas o en su defecto el pago del respectivo valor; 2) La reparación de todo daño; y la indemnización de los perjuicios causados tanto al ofendido como a terceros; y 3) El comiso.*²⁸⁴

Dejando establecido los lineamientos referentes a la responsabilidad civil de carácter extracontractual, es importante revisar ahora los aspectos relativos a la responsabilidad contractual.

Responsabilidad Contractual

La responsabilidad contractual, nace a partir de un contrato oral o escrito entre el paciente y el médico tratante, escogido por el primero para su atención sanitaria y para la prestación de medios, ya que se compromete a realizar todas las actuaciones que sean necesarias para la atención idónea del paciente. Es, por lo anterior, que es propia de la actividad médica de carácter privado.

²⁸³Ley General de Administración Pública, Artículos 199.1 y 201. Obtenida el 13 de abril del 2015 de http://www.ocu.ucr.ac.cr/Leyes/Ley_Administracion_Publica.pdf

²⁸⁴Ley 4573 denominada Código Penal de Costa Rica, Artículo 103. Obtenido el 13 de abril del 2015 de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=96389&strTipM=TC

La obligación del médico igualmente nace desde el momento, en el cual el paciente asiste a la consulta con dicho profesional; en algunos casos de intervenciones se utilizan formularios como los estudiados anteriormente (Anexo 3), en los cuales se establecen:

- El consentimiento del paciente a la realización de un acto médico determinado.
- Monto por cobrar por la prestación de servicios.
- Establecimiento del pago de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato, por negligencia, culpa, dolo, morosidad entre otros.

No se puede dejar de lado que el médico aunque tiene el deber de cumplir con un contrato suscrito, debe cumplir el Reglamento General de Hospitales Nacionales y la Ley General de Salud, los cuales establecen la obligación de cumplir con el procedimiento del Consentimiento Informado; así mismo; el cumplimiento de la Lex Artis.

Conforme con lo anterior, aunque se suscriba un contrato con un centro hospitalario para atención de un paciente, la obligación de cumplir con dicho procedimiento es directo del médico.

En lo que corresponde al fundamento jurídico de la responsabilidad contractual, se puede encontrar sustento en los artículos 702 y 704 del Código Civil, donde se indica:

Artículo 702.- El deudor que falte al cumplimiento de su obligación, sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito.

*Artículo 704.- En la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, se hayan causado o deban necesariamente causarse.*²⁸⁵

De igual forma, el ya mencionado artículo 103 del Código Penal es también sustento de este tipo de responsabilidad.

Supuesto de Resultados Iatrogénicos y falta del Consentimiento Informado ante la Responsabilidad Civil

Respecto de la falta al deber de información y de Consentimiento Informado como un generador de Responsabilidad Civil, es importante evocar el criterio de Monsalve Caballero y Navarro Reyes, quienes exponen:

Recientemente se ha sostenido que en los juicios de responsabilidad médica es posible, incluso aplicar la responsabilidad en un sistema de imputación objetiva (sin culpa) por asunción del riesgo, en el cual se prevé que el facultativo, si no informa los riesgos o realiza un procedimiento sin autorización, de forma inmediata asume las consecuencias que se deriven de él sin entrar a considerar el elemento subjetivo de la culpa (valorar si el médico obró o no con diligencia profesional), sino que tan solo el juicio de reproche se centrará en el incumplimiento

²⁸⁵ Código Civil, Artículo 702 y 704, Óp. Cit., 159.

*y la generación de un riesgo para imputarle
responsabilidad al galeno.*²⁸⁶

De este criterio se puede extraer que el fundamento de la existencia de responsabilidad civil por la falta del consentimiento informado radica en la creación de un riesgo de tipo anormal, donde se deberá responder por los daños que se generen a partir de esa falta de información (cuando es incompleta u omisa) y la no aceptación del riesgo de parte del paciente.

En razón de lo expuesto anteriormente, se puede afirmar que en un caso de resultados iatrogénicos donde haya falta del consentimiento informado, existe responsabilidad civil de parte del médico tratante, fundamentado, primordialmente, en el hecho que hay un daño sufrido que debe ser resarcible y que es consecuencia del acto médico en concreto. Sin embargo, debe especificarse en los supuestos de suceder en la práctica médica pública o privada.

Siendo así, si se diera un supuesto de iatrogenia donde no hubiera consentimiento informado previo dentro del sector público, se estaría ante una responsabilidad extracontractual, en el tanto no media un contrato entre el médico y el paciente. Asimismo el resultado dañoso debe ser indemnizable objetivamente por la Caja Costarricense de Seguro Social, quien responde solidariamente por los daños ocasionados por el galeno. Esto encuentra sustento en la máxima constitucional hallada en su artículo 41 y en los artículos 1045 y 1046 del Código Civil, 199 y 201 de la Ley General de Administración Pública; y 103 del Código Penal.

En el supuesto que se diera dentro de una prestación de servicios médicos en el sector privado, se considera que existiría responsabilidad civil contractual, en el tanto en

²⁸⁶Monsalve Caballero, V & Navarro Reyes, D. (2014), *—El consentimiento informado en la praxis médica.*” (1ªed), Bogotá, Colombia. Pontificia Universidad Javeriana, Pp 229-230.

ese caso si hay un contrato de por medio entre el médico tratante y el paciente, siendo que se puede reclamar civilmente de forma directa a este. Lo cual, se encuentra establecido en el artículo 41 de la Carta Magna y en los artículos 702 y 704 del Código Civil; y 103 del Código Penal.

En ambos casos resulta importante recalcar que aun cuando el daño sea inevitable y necesario, al no haber sido consentido deviene en responsabilidad civil a fin de indemnizar los daños que cause, tanto respecto de la corporalidad del sujeto, como sobre la violación a los derechos humanos del paciente. De esta forma, deben ser indemnizados, tanto los daños físicos como los morales que puedan devenir del caso en concreto; exceptuándose el consentimiento informado en aquellos casos de urgencia o los estipulados por ley.

Después de haber analizado los elementos de la Responsabilidad Civil médica y su configuración; es necesario estudiar la Responsabilidad Penal en este ámbito.

Sección Cuarta: Responsabilidad Penal en el ejercicio de los actos médicos.

Concepto

En lo que refiere a la Responsabilidad Penal, una primera definición es abordada por Cabanellas de Torres, quien indica que es *—La que se concreta en la aplicación de una pena, por acción u omisión dolosa o culposa del autor de una u otra.*²⁸⁷

Sobre esta primera concepción es importante señalar que la Responsabilidad Penal busca la punibilidad del acto o la falta de un acto que tuvo que haberse realizado y que tiene como consecuencia un daño sobre el bien jurídico de una tercera persona.

²⁸⁷Cabanellas de Torres, G. Óp. Cit., 3, p. 283.

Una concepción más amplia y vinculada a la Responsabilidad Penal producto de un acto médico se encuentra establecida por Lombana Villalba, quien indica:

*Se puede decir en términos generales, en los casos en los que un galeno sea el causante de un daño a un paciente y ello se deba a un incumplimiento, desobediencia, o desconocimiento a la Lex Artis médica, se encontrará en una situación de responsabilidad penal médica, frente a la cual deberá responder conforme a la ley. Dependiendo de los elementos subjetivos, hablaremos de imputar una estructura dolosa o imprudente según el caso.*²⁸⁸

Sobre esta definición es importante destacar que se establece la existencia de Responsabilidad Penal en los casos en los que el detrimento se produzca por la no aplicación o el alejamiento de la Lex Artis médica, lo que implica, entonces, la necesidad de establecer un nexo de causalidad entre el daño y la actuación del galeno.

Asimismo, se destaca que el comportamiento imputable debe ser analizado, según sus propios elementos a fin de categorizarlo como un comportamiento doloso o culposo, por lo que se procede a analizar estas dos figuras y su relación con la responsabilidad.

Responsabilidad por Dolo y Responsabilidad por Culpa.

Siendo que la responsabilidad penal se encuentra vinculada al concepto de daño, resulta esencial distinguir la actuación que produce ese daño. Para ello, debe orientarse a partir de la finalidad de la conducta, siendo que el elemento subjetivo que existe detrás de ésta es la que permitirá la posterior clasificación en actos dolosos y actos culposos.

²⁸⁸Lombana Villalba, J. Óp. Cit., 9, p 247.

En lo que refiere al acto doloso, el profesor Tiffer Sotomayor señala:

*En los delitos dolosos la responsabilidad es fácil de advertir, por la finalidad que busca el sujeto con la conducta que realiza. El sujeto quiere y sabe que va a provocar un daño en la persona o en los intereses de esta o en sus bienes. Comete un acto doloso la persona que sabe la ilicitud de su acto y quiere la realización del hecho tipificado como delito.*²⁸⁹

Se destaca, entonces, que existirá comportamiento doloso en los casos en que exista premeditación respecto de la generación del daño, así como conocimiento previo que se está obrando de forma contraria a derecho, del cual posee voluntad para realizarlo.

Por otro lado, referente al acto culposo, indica el mismo autor:

*A diferencia de los delitos dolosos, en los delitos culposos resulta más fácil determinar la finalidad del acto, ya que la actuación carece de una finalidad delictiva. El sujeto no sabe, ni quiere el resultado dañoso. Su conducta se encuentra en el límite de imputabilidad, entre el ámbito de protección de la norma y más allá del riesgo permitido.*²⁹⁰

Respecto de elemento culposo que puede presentarse en los delitos, se produce en aquellos supuestos en los que el daño se origina por la acción del sujeto, más no así por su voluntad, en el tanto no se busca generar detrimento sobre el bien jurídico de un tercero. El

²⁸⁹Tiffer Sotomayor, C. Óp. Cit., 30, p. 27.

²⁹⁰Tiffer Sotomayor, C. Ibid, p. 28.

comportamiento culposo se da al cruzar el riesgo permitido, entendiendo que, si bien, el sujeto que lo realiza no busca dañar a otra persona, su comportamiento sobrepasa los riesgos de vivir en sociedad y produce con base en ello un detrimento sobre un tercero.

Queda claro, que al hablar de dolo lo que el Derecho reprocha es la voluntad del autor de haber cometido el ilícito a sabiendas de los alcances y consecuencias de éste, siendo que esperaba su resultado, mientras que al hablar de culpa, no existe voluntad de parte del autor de realizar el ilícito, pero se le reprocha el no haber tenido la diligencia necesaria para evitar que el hecho se produjera.

Debido a las características propias de la especie, se ha entendido tradicionalmente la responsabilidad profesional desde el concepto de la culpa, donde se parte del supuesto que dentro del actuar técnico no existe voluntad de generar daño innecesario a quien reciba el servicio.

Al respecto señala Tiffer Sotomayor²⁹¹ que, de acuerdo con la construcción teórica del concepto civil de culpa, se han definido cuatro categorías para clasificar el comportamiento dentro de la responsabilidad profesional:

- *Impericia*: Es una actuación con ausencia de los conocimientos fundamentales, lo que resulta en una ignorancia inexcusable.
- *Imprudencia*: Es una actuación temeraria o precipitada, sin tomar en cuenta los factores que acorde a la Lex Artis de la profesión deberían ser evaluadas.

²⁹¹Tiffer Sotomayor, C. Ibid., p. 29.

- *Negligencia*: Es la omisión o demora injustificada en una actuación del médico, o bien, una actuación perezosa, con falta de celo y constancia profesional.
- *Inobservancia de reglamentos o normas*: Se refiere al incumplimiento de la obligación que tienen todos los que laboran en un hospital de respetar los reglamentos internos o específicos de la institución y las reglas de servicio.

Debe resaltarse, sin embargo, que estos conceptos civiles han sido sustituidos en la doctrina y la jurisprudencia costarricense por el concepto de *“falta del deber de cuidado”*, como puede notarse en el voto 225-1989 de la Sala Tercera, donde se indica:

La más moderna doctrina ha abandonado el recurso a los términos negligencia o imprudencia para definir la culpa penal, por estimarlos conceptos propios del derecho civil para efectos indemnizatorios y ha señalado, tratando de resumir en pocas palabras, que la culpa penal consiste simplemente en la falta de deber de cuidado que la leyes, los reglamentos y hasta las circunstancias le imponen al sujeto al momento de realizar sus actos, de tal manera que no ocasione daños a los demás, siempre que de acuerdo con esas circunstancias haya podido actuar de conformidad con la norma.²⁹²

Este nuevo concepto que ubica los anteriores términos de *“impericia, imprudencia, inobservancia y negligencia”* dentro de una sola categoría llamada *“falta del deber de*

²⁹²Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 225-1989 de las diez horas con veinticinco minutos del trece de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

cuidado" resulta fundamental a efectos de enfocar el interés en el análisis de los casos hacia lo que es realmente importante en lugar de desarrollar clasificaciones baladíes. Este concepto permite determinar que la responsabilidad profesional que surja de forma culposa se va a deber a la desatención de las normas (tanto a las establecidas normativamente, como a las supuestas dentro de la Lex Artis) que el galeno tuvo que haber tomado en cuenta en el momento de su actuación profesional.

Con base en la referencia anterior, se entiende que la falta al deber de cuidado se da cuando hay divergencia entre la conducta realizada y la exigida legalmente para evitar riesgos en la vida o integridad física de otras personas.

Ahora bien, debe mencionarse que esta falta al deber de cuidado no existe, únicamente, sobre los actos ejercidos directamente por el sujeto, siendo que otro aspecto de importante es el señalado por Cortés Cortés y Monroy Alvarado, quienes indican:

*Puede precisarse que la responsabilidad en la actuación de cualquier profesional deriva de las consecuencias tanto de la conducta propia –activa u omisiva– como la de aquéllos que se encuentran bajo su dirección o dependencia.*²⁹³

Se extrae del supuesto anterior, que la responsabilidad existe no solo por los actos generados directamente por el profesional, sino también, por las actuaciones que realicen los sujetos que se encuentren subordinados o bajo su dirección, por lo que existe la obligación de velar porque la actuación de estos se encuentre sujeta a la Lex Artis, siendo la omisión de esta función una falta al deber de cuidado.

²⁹³Cortés Cortés, M. & Monroy Alvarado, G. Óp. Cit., 39.

En este punto, es relevante destacar que la responsabilidad penal médica se produce por un resultado lesivo o daño producido al paciente, por una acción o por una omisión en la actuación médica, sus principales peculiaridades son:

i. *Comportamiento activo*: éste se produce por una acción o conducta del profesional médico, inadecuada que produce la responsabilidad médica. Un ejemplo que se puede apreciar es aquel médico que durante un acto médico quirúrgico amputa el pie sano del paciente en el lugar del afectado; realizando, por ende, una mala praxis médica.

ii. *Comportamiento omisivo*: el comportamiento omisivo se puede clasificar en omisión pura o propia y omisión impropia o comisión por omisión. Los autores Camas Jimena, Gómez Rivero, Sillero Crovetto y Such Martínez, señalan al respecto²⁹⁴:

- *Omisión propia*: ésta se produce por la comisión de un tipo específico de la parte especial que en concreto la contemple. Por ende, es aquella que se encuentre establecida en el Código Penal como una figura delictiva.

- *Comisión por omisión*: se presenta en aquellos delitos que consisten en la producción de un resultado, los cuales en el Código Penal no se establece una forma determinada de comisión, por lo tanto, pueden presentarse por una omisión en la actuación médica, siempre que se cumpla una serie de requisitos, los cuales son:

- ✓ Debe tratarse de un delito de resultado y así mismo que la evitación del resultado debe equivaler, según la ley a una causación activa.

²⁹⁴ Cama Jimena M, Gómez Rivero M.C, Sillero Crovetto B, Such Martínez J, Óp. Cit., 281, Pp 36-38.

Por lo tanto, se produce por la infracción del actor de un especial deber de actuar, conocido como posición de garantía, en este caso hacia el paciente. Dicha garantía se encuentra determinada por una ley, reglamento, contrato o por la Lex Artis.

✓ La omisión debe crear un riesgo o contribuir de forma penalmente relevante a la producción de un resultado o por lo menos hubiese disminuido el riesgo. Sin embargo, lo relevante es que se compruebe que la omisión se valora como la ausencia del deber de controlar el peligro, que estaba obligado a realizar en su posición de garante.

Ahora bien, teniendo claro estos elementos respecto de la construcción de responsabilidad profesional como consecuencia de un acto culposo y de los delitos de acción u omisión, es importante hacer referencia a cuáles son los delitos de resultado culposo que de acuerdo con la normativa nacional pueden generar responsabilidad profesional médica.

Delitos que pueden generar responsabilidad profesional médica.

Partiendo de la inexistencia de voluntad de generar un daño sobre el paciente, el Código Penal señala tres tipos de delitos culposos que pueden surgir de un acto médico.

Primero, en lo que refiere al homicidio culposo, se encuentra regulado en el artículo 117, el cual indica:

Artículo 117: Se impondrá prisión de seis meses a ocho años, a quien por culpa mate a otro. En la adecuación de la pena al responsable, el tribunal deberá tomar en

cuenta el grado de culpa y el número de víctimas, así como la magnitud de los daños causados.

En todo caso, al autor del homicidio culposo también se le impondrá inhabilitación de uno a cinco años para el ejercicio de la profesión, el oficio, arte o la actividad en la que se produjo el hecho (...)²⁹⁵

Es importante resaltar de esta norma que la pena se establecerá, según el análisis de la sana crítica racional que realice el tribunal que examine el caso, siendo que deberán tomar en consideración elementos en torno a donde se encuentra la falta al deber de cuidado y cuál es la gravedad de ésta en relación con lo que la adecuada Lex Artis que debió haber aplicado el médico al caso en concreto, así como los daños que esto genere en terceros. De igual forma, hay que destacar que el Tribunal puede realizar la imposición de inhabilitación del ejercicio de la profesión por un tiempo determinado.

Un segundo delito se encuentra respecto de la figura del aborto culposo, donde el Código Penal establece en su artículo 122:

Artículo 122: Será penado con sesenta a ciento veinte días multa, cualquiera que por culpa causare un aborto.²⁹⁶

Este artículo resulta escaso respecto de determinar los límites del tipo, pero su aplicación se puede ver directamente vinculada a la figura del profesional en medicina en el tanto una de las posibilidades de la producción del aborto puede devenir de un tratamiento inadecuado en la atención de una paciente en estado de embarazo.

²⁹⁵Código Penal de Costa Rica, Artículo 117. Óp. Cit., 289.

²⁹⁶Código Penal de Costa Rica, Artículo 122. Ibíd.

Si bien, del delito sobreviene una responsabilidad profesional médica, cabe destacarse que ésta no conlleva pena de prisión ni inhabilitación de la profesión; es relevante destacar que en este caso el reproche al médico es mucho menor por tratarse de un feto, sin embargo, en comparación con otras legislaciones como el Código Penal Español, sí estipula la pena de uno a tres años a los médicos que realicen dicho tipo delictivo.

El tercer tipo de delito culposo estipulado en el Código Penal Costarricense, que a su vez, se divide en otras tres clasificaciones dependiendo del medio empleado para su ejecución o por el resultado producido, es respecto de las lesiones culposas. Sobre éstas el artículo 128 regula:

Artículo 128: Se impondrá prisión hasta de un año, o hasta cien días multa, a quien por culpa cause a otro lesiones de las definidas en los artículos 123, 124 y 125. Para la adecuación de la pena al responsable, el tribunal deberá tener en cuenta el grado de culpa, el número de víctimas y la magnitud de los daños causados.

En todo caso, al autor de las lesiones culposas también se le impondrá inhabilitación de seis meses a dos años para el ejercicio de la profesión, el oficio, el arte o la actividad en la que se produjo el hecho. Al conductor reincidente se le impondrá, además, la cancelación de la licencia para conducir vehículos, por un periodo de uno a dos años.²⁹⁷

Sobre esta figura, se denota al igual que en el caso del homicidio culposo, que el tribunal que evalúe el caso deberá tener en consideración el grado de culpa del galeno para

²⁹⁷Código Penal de Costa Rica, Artículo 128. *Ibid.*

determinar la pena a partir de las circunstancias de éste. Lo mismo sucede respecto del plazo de inhabilitación que se imponga.

Es importante destacar que este artículo evoca otra normativa en lo que refiere a la clasificación en lesiones leves, graves y gravísimas, siendo que la norma en sí es un atenuante de estos al darse en condiciones culposas y no dolosas. Se procede a hacer referencia a los artículos evocados, en el tanto del análisis de estos y la ubicación del caso en concreto es que el tribunal vendrá a determinar la pena a imponer.

Respecto de la figura de las lesiones gravísimas, encuentran regulación en el artículo 123 que establece:

Artículo 123: Se impondrá prisión de tres a diez años a quien produzca una lesión que cause una disfunción intelectual, sensorial o física o un trastorno emocional severo que produzca incapacidad permanente para el trabajo, pérdida de sentido, de un órgano, de un miembro, imposibilidad de usar un órgano o un miembro, pérdida de la palabra o pérdida de la capacidad de engendrar o concebir.²⁹⁸

En lo que concierne a las lesiones graves, el Código dispone al respecto en el artículo 124 al normar:

Artículo 124: Se impondrá prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación persistente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o de una función o si hubiere incapacitado al ofendido para

²⁹⁸Código Penal de Costa Rica. Artículo 123.Ibíd.

*dedicarse a sus ocupaciones habituales por más de un mes o le hubiere dejado un marca indeleble en el rostro.*²⁹⁹

Finalmente, respecto a las lesiones leves, el artículo 125 indica:

*Artículo 125; Se impondrá prisión de tres meses a un año a quien causare a otro un daño en el cuerpo o la salud, que determine incapacidad para sus ocupaciones habituales por más de cinco días y hasta por un mes.*³⁰⁰

La gravedad de la lesión dependerá de los daños que ésta implique, así como la pena que devenga tras su sometimiento judicial. Es importante destacar la amplia diferencia que hay en el límite de pena por delito, siendo que las lesiones al ser culposas reducen ampliamente la pena de prisión, al entender que éstas ocurren ajenos a la voluntad del sujeto que les genera.

En el caso de la responsabilidad médica, por la producción del delito de lesiones, se producirá en aquellas ocasiones en las cuales el médico realice un actuar incorrecto al no atender las normas del deber de cuidado, tanto por una acción u omisión en la atención del paciente.

Ahora, es fundamental, vincular en términos generales la falta del consentimiento informado en casos de resultados iatrogénicos y su relación con la responsabilidad Penal Médica.

²⁹⁹Código Penal de Costa Rica. Artículo 124.Ibid.

³⁰⁰Código Penal de Costa Rica. Artículo 125.Ibid.

Supuesto de Resultados Iatrogénicos y falta del Consentimiento Informado ante la Responsabilidad Penal

La ausencia o la realización de un consentimiento informado inválido, por parte del profesional médico al paciente, no puede ser entendido como un supuesto legitimador de la responsabilidad penal médica; ya que no cuenta con los elementos para configurar ningún delito de los anteriormente analizados (no existe tipicidad).

Al respecto resulta de suma importancia evocar el criterio de Francisco Castillo, quien considera que la ausencia del consentimiento informado no produce delito de lesiones (o su equivalente, según sea el caso) ni responsabilidad penal médica. Al respecto indica los siguientes términos:

La actividad médica con fin curativo y conforme a las reglas del arte es atípica. Si se respetaron las reglas del arte, hay atipicidad, sea que la operación sea exitosa o desafortunada, sea que el ofendido haya consentido, sea que el ofendido no haya consentido. Si la operación médica se hizo con un fin curativo, de conformidad con las reglas del arte, pero sin el consentimiento del derecho-habiente, esa falta de consentimiento no transforma en típica la lesión. Si se trata de un tratamiento de urgencia, esa intervención contra la voluntad está autorizada por el artículo 22 de la Ley de Salud. Si no hay esa urgencia, el médico podría responder por otro delito diferente de lesiones (privación de libertad, coacción, etc). Solamente hay responsabilidad del médico que actúa con fin curativo, si violó las reglas del arte. La violación dolosa de las reglas del arte determina responsabilidad por el delito de

*homicidio o lesiones dolosas; la violación culposa de las reglas del arte determina responsabilidad por el delito de homicidio o lesiones culposas.*³⁰¹

Se puede inferir de la referencia anterior, que de acuerdo con el criterio del Dr. Castillo González, se llega a establecer que desde el punto de vista penal no hay un delito tipificado que sea atribuible al médico que llevando un acto de forma correcta produzca un riesgo permitido a partir de la falta de consentimiento informado, por lo que la acción resultaría atípica y no produciría responsabilidad penal.

En este sentido, debe recordarse que el tratante está actuando en pro de la salud del paciente, que surge como un elemento de tutela fundamental. Por lo tanto, es destacable que, si bien, no es perseguible a nivel penal la falta de Consentimiento Informado en un procedimiento médico que devenga en resultados iatrogénicos, esto no exime al galeno de otros tipos de responsabilidad, como la ya mencionada responsabilidad civil por la que sí debe responder, si existe un nexo de causalidad entre la actuación del galeno y el daño producido al paciente.

En razón de lo anterior, dentro del proceso penal, aunque se produzca un eximente de la responsabilidad penal, por la no configuración del delito; se podría proseguir con la acción civil resarcitoria, si fue interpuesta en tiempo y en forma, según lo estipulado en el artículo 40³⁰² del Código Procesal Penal; por considerarse que la demanda civil no depende de la condenatoria penal.

³⁰¹Castillo González, F. (1998), Óp. Cit., 203, Pp 127-128.

³⁰²Artículo 40: Carácter accesorio En el procedimiento penal, la acción civil resarcitoria sólo podrá ser ejercida mientras esté pendiente la persecución penal. Sobreseído provisionalmente el imputado o suspendido el procedimiento, conforme a las previsiones de la ley, el ejercicio de la acción civil se suspenderá hasta que la persecución penal continúe y quedará a salvo el derecho de interponer la demanda ante los tribunales competentes. La sentencia absolutoria no impedirá al tribunal pronunciarse sobre la acción civil resarcitoria válidamente ejercida, cuando proceda.

Al respecto el autor Arnaiz Serrano, mencionó al respecto:

—La accesoriadad de la acción civil respecto de la penal es meramente procesal, en la medida que se requiera que el proceso se encuentre abierto y pendiente para el conocimiento de la acción punitiva(...) es preciso advertir que la accesoriadad de acción civil lo que no puede llevarnos es a concluir que la pretensión civil deriva de la penal, pues esta solo tiene proyección en el ámbito procesal, ya que en el ámbito sustantivo su formulación sería precisamente a la inversa, dado que como ya dijimos la infracción en cuanto prejudicial constituye de inmediato un ilícito civil, mientras que sólo cuando se encuentra tipificada como delito o falta surge en la esfera del Derecho Penal”³⁰³

Lo cual, también ha sido desarrollado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia mediante la resolución 134-2001:

*En cuanto a la solicitud de remitir a las partes a la vía contenciosa, carece de razón el impugnante y el reclamo debe rechazarse. El artículo 40 in fine del Código Procesal Penal, que es el que establece los límites de la accesoriadad de la acción civil con respecto a la penal, dispone: —...**La sentencia absolutoria no impedirá al tribunal pronunciarse sobre la acción civil resarcitoria válidamente ejercida, cuando proceda...**”. El punto central de la*

³⁰³Arnaiz Serrano, A (2006), —*Las partes civiles en el proceso penal*”, Valencia, España, Editorial Tirand lo Blanch, Pp 78-79. Citado en: Sanabria Rojas R, (2013) “*Reparación Civil en el Proceso Penal*”, San José, Costa Rica, Editorial Editorama S.A, (2ªed), p48.

discusión es en qué casos procede el pronunciamiento sobre la acción civil pese a la sentencia absolutoria penal. Con respecto a esta norma hay dos posiciones asumidas por la doctrina. Según la primera únicamente se puede dar una condena penal cuando se ha demostrado un injusto penal. De acuerdo a la segunda tesis para que se acoja la acción civil basta con que el hecho acreditado de lugar a responsabilidad civil (cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, Proceso Penal Comentado, San José, Mundo Gráfico, 1^o ed., 1998, p.231). En múltiples oportunidades esta cámara ha asumido la segunda posición: —Si bien en sede penal normalmente la responsabilidad civil es impuesta por la constatación al menos de una conducta injusta (es decir, típica y antijurídica), en los términos del artículo 103 del Código Penal (así, las resoluciones 496-F de las 11:30 del 23 de octubre de 1992 y 52-F de las 9:45 del 29 de enero de 1993), nada se opone a que esa condena civil sea impuesta también cuando la responsabilidad pueda surgir de otra fuente normativa, de la cual derive la obligación de indemnizar, posibilidad que expresamente prevé nuestra legislación en los artículos 11 y 398 del Código de Procedimientos Penales. Al respecto ya esta Sala indicó que —.. el Código de Procedimientos Penales establece, por economía procesal, en caso de darse en el proceso una sentencia absolutoria, la facultad del Tribunal sentenciador de resolver lo que proceda en lo atinente a la acción civil resarcitoria que ha sido planteada en la misma causa penal” (Sala Tercera, sentencia 101-F, de las 11:00 del 8 de octubre de 1982). De modo tal que no basta la absolutoria para que el

tribunal omita el análisis y pronunciamiento referente a la responsabilidad civil, sobre todo -como se dijo- cuando subsistan otros supuestos normativos distintos al delito en los cuales pueda sustentarse ese deber de indemnizar. En ese sentido, señaló en otro caso la Sala, — cuando recae sentencia absolutoria en lo penal... el juzgador puede condenar en lo civil y desde luego debe exponer en forma pormenorizada los razonamientos en cuanto a los hechos y al derecho en que se sustente esa condenatoria civil, y esto es así porque los motivos que tuvieron para condenar o absolver en lo civil, pueden ser diversos de los que se tomaron en cuenta para absolver o condenar en lo penal”-el subrayado es suplido- (SALA TERCERA, Resolución V-565-F-94, de las 16:15 horas del 12 de diciembre de 1994, publicada en REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES, No. 10, Año7, Setiembre 1995, # 24). Si interpretáramos el párrafo tercero del artículo 40 del Código Procesal Penal en el sentido de que, tratándose de la responsabilidad civil del Estado a pesar de una sentencia absolutoria, la frase —cuando proceda” se refiere a la necesidad de acreditación de un ilícito penal cometido por un funcionario público se estaría cometiendo un grave error. En primer lugar se agregaría un requisito que la ley no contempla, el cual es la demostración de un injusto penal cometido por un servidor público, cuando la inteligencia de la norma se refiere más bien a todo lo contrario, es decir, a casos donde se da una sentencia absolutoria.³⁰⁴

³⁰⁴Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución número 134-2001 de las once horas con veintidós

Después de establecer los elementos de la responsabilidad penal médica y su relación con la ausencia del consentimiento informado, se debe estudiar si existe algún tipo de responsabilidad administrativa, por el incumplimiento de dicho procedimiento.

Sección Quinta: Responsabilidad objetiva del Estado y su aplicación a la prestación de los servicios médicos de salud pública.

Concepto de Responsabilidad Administrativa.

Se debe recordar que el Estado, como persona jurídica encargada de la tutela de sus administrados, debe responder por los daños que ocasione a estos, en palabras de Cassagne:

El ciudadano adquiere ciertos derechos que deben ser garantizados por el Estado, esta protección es principalmente frente actos de la Administración o de Entidades Públicas, con el fin de evitar alguna lesión en el patrimonio de las personas.³⁰⁵

De este modo surge, entonces, la responsabilidad patrimonial del Estado como una figura jurídica que busca resarcir el daño que este produzca a los administrados. Se debe recalcar que surge esta responsabilidad como una garantía hacia los administrados que tutela no el aseguramiento del funcionamiento ideal en la prestación de servicios, sino la posible reparación de las consecuencias gravosas que deriven de estos actos.

El autor Jinesta Lobo, manifiesta que la responsabilidad administrativa, en esencia posee un doble rol, primeramente como garantía de los administrados- damnificados o

minutos del dos de febrero del dos mil uno.

³⁰⁵Cassagne, J.C. (2008), “*Responsabilidad del Estado*”, Buenos Aires, Argentina, Editorial Rubinzal-Culzoni Editoriales, (1ªed.), p. 82.

víctima- y como elemento de orden y control de la administración pública de dotar sus servicios de manera eficiente y eficaz; y que, por ende, constituye una pieza fundamental del Estado Social y democrático de Derecho.³⁰⁶

La reparación de daños ocasionados por la administración, se encuentra establecida en diversos artículos de la Constitución Política, como lo son los artículos 9, 11, 18, 33,41 y 45; los cuales establecen la obligación de la administración de hacerse responsable de sus actos, así mismo, de realizar solamente aquello que se encuentra establecido previamente (principio de legalidad).

La Sala Constitucional, en la misma línea, anteriormente ha señalado en el voto 2232-1991 de las dieciocho horas con treinta minutos del cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y uno:

(...) No es posible bajo supuesto alguno, que el Estado-a priori- se exima de todo tipo de responsabilidad que pudiera derivarse del funcionamiento normal, anormal, legitimo o ilegitimo en el uso o explotación de las telecomunicaciones a que se refiere el presente tratado. El Estado, como persona jurídica, ha de responder siempre de los acto o omisiones que surjan en el ejercicio de sus funciones, y ello es válido tanto en el orden interno, como de los que surjan con motivo de las relaciones internacionales. El principio de responsabilidad estatal es inherente a todo Estado de Derecho y forma parte de la

³⁰⁶Jinesta Lobo, E. (2005), *–Tratado de Derecho Administrativo–*, San José, Costa Rica, Biblioteca Jurídica Dike, (1ªed), Tomo II, Pp 53-54.

*contrapartida que asiste a todo individuo de obtener una tutela judicial efectiva (...)*³⁰⁷

Y en la resolución 3446-1996, la Sala Constitucional indico:

*(...) constituye un principio constitucional la responsabilidad directa del Estado con ocasión de la función administrativa, la cual debe armonizarse con lo dispuesto en los artículos 11, 33, 41 y 49 constitucionales, y que resulta congruente con los principios del Estado Social de Derecho, precisamente con los de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y de seguridad jurídica e igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (...)*³⁰⁸

Por lo tanto, se puede concluir que la responsabilidad administrativa, nace como una garantía del Estado Social de Derecho, en el cual todos los ciudadanos encuentran reparación por los daños que le sean causados; es importante señalar que los principios del Estado de Derecho permean la responsabilidad administrativa, por ejemplo, los principios de seguridad jurídica y el principio de garantía de los derechos fundamentales; no pueden ser ignorados por los Tribunales Nacionales en el momento de la determinación de dicha responsabilidad.

³⁰⁷Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Resolución 2232-1991 de las dieciocho horas con treinta minutos del cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

³⁰⁸Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Resolución 3446-1996 de las quince horas dieciocho minutos del nueve de julio de mil novecientos noventa y seis.

Es importante destacar que el origen normativo de esta responsabilidad, también se encuentra en el artículo 190 inciso 1 de la Ley General de la Administración Pública, que indica:

*Artículo 190.1. 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.*³⁰⁹

Este artículo genera el Principio de Total Indemnidad, el cual busca resarcir el daño independientemente de si este es generado por un funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal. Parte de la premisa que la Administración siempre vendrá a responder por los daños que ocasione. Se establece entonces la responsabilidad directa del Estado sin necesidad de probar previamente que el daño sea producido por el actuar de un funcionario específico, teniendo como únicos eximentes de responsabilidad la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero.

Lo anterior se ve reforzado por la normativa existente en los artículos 191 y 194 inciso 1, los cuáles indican:

*Artículo 191. La administración deberá reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de su servidores cometidas durante el desempeño de los deberes del cargo o con ocasión del mismo, utilizando las oportunidades o medios que ofrece, aun cuando sea para fines o actividades o actos extraños a dicha misión.*³¹⁰

³⁰⁹ Ley General de la Administración Pública. Artículo 190. Inciso 1. Óp. Cit., 288.

³¹⁰ Ley General de la Administración Pública. Artículo 191. Ibid.

Artículo 194. 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 cantidad de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión.³¹¹

Queda claro, que la Administración debe responder por los daños producto de los actos de sus funcionarios, aun cuando sean producto de una falta o descuido de estos. De igual forma, cuando se opere de forma lícita y normal y se produzca un daño sobre uno o más de sus administrados, deberá de resarcir el detrimento que se haya producido sobre sus derechos. Esto gira en torno al principio de Total Indemnidad mencionado anteriormente y garantiza una verdadera tutela hacia la población, al responder por cualquier detrimento que tenga como origen la actuación de la Administración, al poder encontrar reparo por éste.

Es importante establecer que no se deben confundir los conceptos de legitimidad y normalidad a los que hace referencia el artículo 190, en el tanto son desiguales. Esta diferencia ha sido aclarada por la Sala Primera en su voto 584-F-2005, donde indica:

El numeral 190 de nuestra Ley General de la Administración Pública refiere a “funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal”, de donde la legitimidad o su antítesis, hace referencia básicamente a las conductas jurídicas de la Administración, mientras que lo normal o anormal, apunta, ante todo (pero no en exclusiva), a la conducta material de la Administración, representada entre otras, por la actividad prestacional que se atribuye al

³¹¹Ley General de la Administración Pública. Artículo 194. Inciso 1. *Ibíd.*

*Estado como parte de la categoría social que también se le asigna en procura del bienestar general del colectivo.*³¹²

De lo anterior se desprende, entonces, que al hablar de legitimidad se hace referencia al comportamiento jurídico de la Administración y la legalidad de sus actos, mientras que la anormalidad de la prestación de servicios, se refiere a la mala prestación de éstos o su omisión. A efectos del presente trabajo, es el carácter de normalidad o anormalidad el que resulta más relevante. Por lo tanto, se debe establecer el tipo de responsabilidad que posee la Administración, para poder comprender qué es lo que sucede en la prestación de servicios.

Responsabilidad Extracontractual y Objetiva del Estado.

Ahora bien, después de lo anteriormente estudiado en la Responsabilidad Civil, en referencia a los tipos de responsabilidad contractual y extracontractual, es importante señalar que a partir de la norma previamente evocada se da tutela al resarcimiento de daños que surjan de la responsabilidad extracontractual del Estado. Es necesario evocar el criterio de Montero Piña, quien delimita la diferencia entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual:

La responsabilidad, es la sujeción del patrimonio de una persona que vulnera un deber de conducta, para que le haga frente a una obligación de resarcir el daño producido. La extracontractual se diferencia de la contractual, en que la segunda implica la transgresión de un deber de conducta impuesta por el contrato y la primera surge por la producción de un daño a otra persona que sin que exista

³¹²Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 584-F-2005 de las diez horas con cuarenta minutos del once de agosto del dos mil cinco.

*una previa relación jurídica entre el autor y el perjudicado.*³¹³

Entonces, existe responsabilidad extracontractual en los supuestos donde no haya un contrato previo donde las partes determinen las obligaciones por cumplir, siendo, entonces, que existe este tipo de responsabilidad cuando el daño no es producto de una relación contractual.

Asimismo, es sustancial mencionar los elementos de la responsabilidad extracontractual que son señalados por Cassagne:

*a) La producción de un daño o un perjuicio; b) la posibilidad de imputar jurídicamente ese daño a la persona estatal que lo causó; c) el nexo causal o relación de causalidad, y d) la existencia de un factor de atribución. En el Derecho Público hay que señalar, además, que la responsabilidad del Estado es siempre directa habida cuenta de que el agente público no es un dependiente sino un órgano de la persona jurídica Estado.*³¹⁴

Sobre este punto es fundamental mencionar que cuando se vaya a determinar la responsabilidad del Estado, se entiende que la actuación de los sujetos que forman parte de ella genera responsabilidad para ésta, al entender que son órganos que le componen y cuyos daños debe buscar resarcir.

Esta práctica, donde la Administración responde directamente por los daños que sean producidos por sus funcionarios, hace referencia a un modelo de responsabilidad

³¹³Montero Piña, F. (1999), “*Obligaciones*”, San José Costa Rica: Premiá Editores, (6ªed.), p. 313.

³¹⁴Cassagne, J.C. Op. Cit., 310, p 114.

objetiva del Estado que surge inherente al texto normativo encontrado en el artículo 190 de la Ley General de Administración Pública, mencionado anteriormente.

Respecto del punto anterior es importante mencionar que la jurisprudencia ha determinado dos tipos de responsabilidad, la objetiva y la subjetiva. Sobre una distinción entre ambas figuras, la Sala Primera ha indicado:

En lo que se refiere a la responsabilidad, se pueden ubicar dos grandes vertientes, una subjetiva, en la cual se requiere la concurrencia, y consecuente demostración, del dolo o culpa por parte del autor del hecho dañoso (v.gr. el cardinal 1045 del Código Civil), y otra objetiva, que se caracteriza, en lo esencial, por prescindir de dichos elementos, siendo la imputación del daño el eje central sobre el cual se erige el deber de reparar.³¹⁵

Existe la responsabilidad subjetiva en los supuestos donde se requiera determinar al sujeto que produce el daño, así como su demostración de culpa o dolo a efectos de determinar la adecuada imputación. La responsabilidad objetiva, al contrario, se centra en la producción del daño y en la reparación de éste, dejando de lado el interés respecto de qué sujeto fue el que lo generó específicamente, así como si fue consecuencia de culpa o dolo.

Ahora bien, específicamente, respecto del tipo de responsabilidad aplicable a los daños producidos por una actuación del Estado, la Sala Primera estableció en la antes citada resolución 584-F-2005:

La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública, se enmarca, por tanto, dentro de

³¹⁵Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 300-F-2009 de las ocho horas con veinticinco minutos del veintiséis de marzo del dos mil nueve.

un régimen objetivo, que engloba en su fundamento tanto la teoría del riesgo, cuanto la teoría del equilibrio en la ecuación patrimonial. Con ello se procura esencialmente, la reparación indemnizatoria a quien ha sufrido una lesión atribuible a la organización pública como centro de autoridad. Este criterio finalista produce a su vez, una transformación plena en el eje central de la responsabilidad misma, pues abandona la observación analítica del sujeto productor del daño y la calificación de su conducta, para ubicarse en la posición de la víctima, que menguada en su situación jurídica, queda eximida en la comprobación de cualquier parámetro subjetivo del agente público actuante (salvo en lo que a su responsabilidad personal se refiere). Esto ocasiona, sin duda, un giro en el enfoque mismo de su fundamento, ya que habrá responsabilidad de la Administración 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 y la titularidad o condición de poder que ostente, cumpliendo claro está, con el presupuesto imprescindible del nexo causal.³¹⁶

Entonces, en la responsabilidad objetiva se entiende que no hay interés respecto de si el acto que ocasiona una lesión es producido con culpa o dolo de parte del funcionario administrativo que la ocasiona, sino que lo relevante se encuentra en el daño en sí, el cual al

³¹⁶Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 584-F-2005 de las diez horas con cuarenta minutos del once de agosto del dos mil cinco.

ser originado a partir de la prestación de un servicio o un acto de la Administración genera responsabilidad para el Estado.

Igualmente, es importante señalar que en materia de responsabilidad Administrativa no basta determinar la existencia de una actuación normal o anormal que genere un daño, sino que uno de los elementos esenciales, como se mencionó anteriormente, consiste en la figura del nexo de causalidad. Al respecto Garita Navarro ha indicado:

Es evidente que la existencia de un funcionamiento anormal, per se, no presupone la responsabilidad. Debe acreditarse además, la existencia de un nexo causal entre la función o disfunción administrativa y la consecuencia lesiva a los derechos o intereses legítimos de las personas. Tal daño, debe ser considerado antijurídico en su base. Esa relación de causalidad es impostergable e incumbe demostrarla a quien reclama, en lo que concierne a los hechos constitutivos de su derecho, acorde a lo que establece el ordinal 317 inciso primero del Código Procesal Civil. Así lo ha entendido la Sala entre otros muchos, en el fallo 211 del 2005. Esto implica que la supuesta víctima debe señalar la conducta que en su tesis produjo el daño, demostrar la ocurrencia de esta lesión y vincular aquella con esta última. En oposición, al demandado corresponde demostrar los hechos impositivos, dentro de estos, que no

*existe nexo causal, o bien, causas liberatorias o eximentes.*³¹⁷

Queda claro, que no basta determinar la existencia de un daño producto de la prestación de un servicio (o su omisión), sino que corresponde a quien sufra el detrimento demostrar que el daño fue producto de esto, así como que no existen eximentes de responsabilidad. Destacable señalar nuevamente que no busca vincular la lesión producida a un funcionario administrativo en concreto, sino a la Administración, en el tanto como se mencionó anteriormente se debe entender que el funcionario público actúa como un órgano del Estado.

En referencia a la demostración de los daños producidos a fin de su resarcimiento, la Sala Primera ha establecido en su resolución 67-F-2007:

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

³¹⁷Garita Navarro, J. R. “Comentarios Sobre Responsabilidad Objetiva de la Administración Pública. Análisis jurisprudencial.” Obtenido el día 10 de noviembre de 2014 de <http://sitios.poder-judicial.go.cr/sala1/Temas%20jurisprudenciales/Responsabilidad%20objetiva%20Administraci%C3%B3n.pf>

*mecanismos probatorios que permite el Ordenamiento Jurídico patrio.*³¹⁸

Este punto resulta fundamental, en el tanto para poder reclamar una indemnización por un daño que haya sido producido, éste debe ser demostrable y ser apropiadamente señalado en el proceso que se entable. Lo anterior, por cuanto el juzgador no tiene la potestad de indemnizar sobre daños que no hayan sido demostrados por la parte. Resulta, entonces, primordial e impostergable la evidencia del daño y su nexo de causalidad con la actuación de la Administración Pública.

Por lo tanto, para la configuración de la responsabilidad administrativa se deben producir los siguientes requisitos:

- ✓ Existencia de un hecho antijurídico o ilegítimo, que no debe ser soportado por el usuario (paciente)

- ✓ Nexos de causalidad entre la manifestación o actuación de la administración y lesión antijurídica provocada al administrado.

- ✓ Ausencia de una causa de exoneración, por ejemplo, fuerza mayor o estado actual de la ciencia.

Ahora bien, se procede a analizar cuáles son los supuestos desde los cuales se determina que existe un funcionamiento anormal en la prestación de servicios médicos y su vinculación con la responsabilidad objetiva del Estado.

³¹⁸Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 067-F-2007 de las nueve horas con cuarenta minutos del dos de febrero del dos mil siete.

Funcionamiento Normal y Anormal en la Prestación de Servicios Médicos.

Al hablar del funcionamiento de la Administración Pública, específicamente en la prestación de servicios médicos, éste puede ser clasificado en normal o anormal.

Será una prestación de servicio médico con funcionamiento normal cuando se encuentre ante un servicio eficiente y eficaz, donde cualquier intervención por realizar sea acorde con la Lex Artis Ad Hoc y en búsqueda de la procuración del bienestar general.

En contraposición, en lo que respecta del funcionamiento anormal en la prestación de servicios médicos, se debe señalar que éste existe en dos vertientes. La primera se refiere a la forma como se prestó el servicio, desarrollada por la Sala Primera en su voto 74-F-2007 de la siguiente manera:

La anormalidad atiende a aquellas conductas administrativas, que en sí mismas, se apartan 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 de la organización, de las reglas técnicas o de la pericia y el prudente quehacer en el despliegue de sus actuaciones, con efecto lesivo para la persona. Esto permite señalar que la anormalidad puede manifestarse a través de un mal funcionamiento; un funcionamiento tardío, o una ausencia total de funcionamiento.³¹⁹

³¹⁹Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 074-F-2007 de las diez horas con quince minutos del dos de febrero del dos mil siete.

Se desprende de dicha resolución, que existe, entonces, anormalidad respecto del funcionamiento cuando éste es contrario a la forma como la Administración tuvo que haber actuado, esto posterior a realizar una comparación entre la conducta debida y la realizada u omitida. Se espera que el funcionamiento en la prestación del servicio no sea únicamente respecto del adecuado, sino que, además éste debe ser célere y eficiente, a fin de atender a la necesidad del paciente en el momento cuando ésta se presente.

La segunda vertiente de anormalidad en la prestación de servicios médicos se centra en la producción del resultado y es desarrollado por la Sala Primera en su voto 1049-F-2009 al establecer en los casos en que *“aún y cuando el comportamiento realizado se ajuste a los parámetros exigidos por las reglas de la técnica, la ciencia, la lógica y la razonabilidad, o a la media exigible, la consecuencia de este no se ajusta con la naturaleza y función del servicio”*³²⁰.

Se tiene, entonces, este tipo de anormalidad cuando la prestación del servicio médico se realice de forma acorde con la Lex Artis Ad Hoc, pero genere resultados que no se ajusten con la adecuada prestación del servicio y generen un daño en el paciente.

Sobre lo estudiado respecto de la anormalidad en la prestación de servicios médicos y a efectos de su posterior indemnización al generar Responsabilidad Objetiva del Estado, se destaca que para ello existe la necesidad de causalidad entre daño y conducta. Sobre el acto generador del daño, éste no necesariamente debe ser respecto a un acto negligente, imprudente o carente de pericia, sino que basta con acreditar la existencia de un funcionamiento anormal a partir del cual se deriva la lesión.

³²⁰Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 1049-F-2009 de las trece horas con treinta y cinco minutos del ocho de octubre del dos mil nueve.

En relación con el análisis que deben realizar los Tribunales de Justicia, el Tribunal Supremo Español el 23 de marzo del 2011, señaló:

(...) se centra en discernir acerca de si hay una razonable y suficiente casualidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños sufridos por la demandante, y sobre ello afirma que –Como es sabido el servicio sanitario no ofrece un resultado si no un medio que tiende a la curación o al paliativo de la dolencia que trata.³²¹

De lo anterior se desprende que, la causalidad como mecanismo para reclamar el resarcimiento por Responsabilidad Objetiva del Estado como resultado de la prestación de servicios médicos, consiste en que el daño se origine a raíz de una conducta de la Administración.

Asimismo, es importante recordar que aun cuando se encuentre ante un funcionamiento normal, éste puede generar responsabilidad para el Estado en el tanto exista una antijuridicidad de base o antecedente, entendiéndose en el caso de la prestación de servicios médicos como una lesión que el administrado o particular no hubiera tenido que haber sufrido.

Por ende, la falta de servicio médico o anormalidad de éste, produce responsabilidad administrativa, por no cumplir con los estándares y normativa obligatoria por seguir en la atención de pacientes; sin embargo, para su configuración debe contar con los elementos de

³²¹Tribunal Supremo Español en resolución del 23 de marzo del 2011. Citado en Cama Jimena M, Gómez Rivero M.C, Sillero Crovetto B, Such Martínez J, Óp. Cit., 281, p 286.

existencia de antijurídica, nexo de causalidad y ausencia de una causa de exoneración; en el caso del consentimiento informado se puede analizar de la siguiente manera:

- *Acción o la omisión antijurídica*: el consentimiento informado, como elemento de la Lex Artis Hoc, siempre se presenta en los servicios médicos; en aquellos casos en los cuales se omita o se realice inadecuadamente se produce una trasgresión a la Lex Artis Médica y, por ende, la configuración de una omisión antijurídica.

- *Nexo de causalidad*: el nexo causal se produce cuando se realiza una unión entre la actividad anormal de la administración, en este caso, la ausencia del consentimiento informado y la producción del daño o la lesión en el paciente (la cual se produce por la imposibilidad del paciente de decidir cuáles procedimientos médicos desea que se le realicen o en la obligación de soportar un resultado médico desfavorable, como es el caso un resultado iatrogénico, del cual no tenía noción o que no hubiese autorizado si lo hubiera conocido anteriormente).

Los autores Cama Jiménez, Gómez Rivero, Silero Crovetto y Such Martínez; establecen que el nexo de causalidad debe contar con una serie de requisitos, los cuales son³²²:

- El nexo debe ser directo y consistente, entre el hecho producido y el resultado acaecido.
- Tener fuerza adecuada o eficiente.
- No puede existir ruptura del nexo causalidad, tanto por hechos de un tercero o propios.

³²²Cama Jimena M, Gómez Rivero M.C, Sillero Crovetto B, Such Martínez J, *Ibíd.*, Pp 289- 297.

- *Motivo de exoneración por fuerza mayor o estado de la ciencia:* La fuerza mayor se presenta en aquellos casos en los cuales se produce un hecho que no es previsible o que aunque fuese previsible fuese inevitable su realización. Mientras que el estado de la ciencia serán aquellas causas que no se pueden prever, según el estado actual de ésta, sin embargo, el consentimiento informado no es un hecho que no se pueda prever ni que sea imprevisible; ya que en respaldo de los derechos del paciente en todo momento se debe presentar en el cual se le debe exponer todos los riesgos conocidos, según el estado de la ciencia que se podrían producir en un procedimiento médico, solamente existiría exoneración en un caso de que no se le informara al paciente sobre un riesgo médico no conocido.

Después de haber estudiado, las características de los diversos tipos de responsabilidad médica que puede acaecer el Galeno, se debe establecer la responsabilidad administrativa, que se produce por la ausencia del consentimiento informado en los casos de iatrogenia, lo cual se analizará a continuación.

Supuesto de Resultados Iatrogénicos y falta del Consentimiento Informado ante la Responsabilidad Objetiva del Estado.

En lo que refiere a este tipo de responsabilidad, si existiera un hipotético en el que mediara únicamente la figura de la iatrogenia se podría considerar en la evaluación del caso en concreto que se está ante uno de los eximentes de responsabilidad planteados en el artículo 190 de la Ley General de Administración Pública, mediando, por ejemplo, una fuerza mayor. Esto desde el fundamento de haberse realizado todas las diligencias necesarias de parte del profesional en medicina y deberse el daño a un factor exógeno o propio de la condición del paciente y que no pudiera llegar a ser evitable.

En este supuesto, el daño devendría de un comportamiento normal y legítimo, pero la Administración no se encontraría en el deber de indemnizar al encontrarse en uno de los eximente de responsabilidad.

Ahora bien, en un escenario donde se dé una intervención médica con resultados iatrogénicos y sin existir consentimiento informado firmado y entendido por el paciente, se estaría ante un funcionamiento anormal de la Administración y el Estado deberá responder por las lesiones generadas, en razón de la normativa previamente expuesta.

En este caso, se entendería que existe una anormalidad en la prestación del servicio, en el tanto el funcionamiento de éste se encontraría incompleto de previo a un procedimiento médico, por cuanto se priva al paciente a su derecho de consentir sobre las intervenciones por realizar en su corporalidad, exceptuando aquellos casos de urgencia o estipulados por ley en los cuales se puede omitir el consentimiento informado.

Después de analizados los diversos tipos de responsabilidad existentes, por ausencia del Consentimiento Informado, en la siguiente sección se procederá a determinar si el médico o el paciente poseen la carga de la prueba en los estratos judiciales para el establecimiento de ésta.

Sección Sexta: Carga de la prueba ante las autoridades judiciales.

Como se pudo determinar uno de los componentes de la Lex Artis, se encuentra en cumplir con el procedimiento del consentimiento informado al paciente; por lo tanto, su inobservancia o invalidez acarreará responsabilidad por parte del personal médico. Para tales efectos, es de gran relevancia establecer los medios probatorios para la demostración de la invalidez u omisión del consentimiento informado, en los estratos judiciales.

Es importante recordar, que la prueba es el medio que permite al juzgador realizar una reconstrucción de los acontecimientos o hechos, para poder llegar a una verdad

procesal, por medio de la sana crítica. Esto es expuesto por el tratadista Julio B.J.Mainer, quien considera que la prueba es un conjunto de motivos o elementos, aportados en el proceso judicial de los cuales se deduce o se suministra lo acontecido en los hechos, cuyo fin es esclarecer la verdad real de los mismos.³²³

En los posibles conflictos o reclamaciones que se puedan presentar en referencia a la realización idónea del procedimiento del consentimiento informado, es indispensable determinar si el médico o el paciente poseen la carga de la prueba en un proceso judicial. No se puede olvidar que ésta no es una obligación procesal si no “*la necesidad de prevenir un perjuicio procesal y, en último término, una sentencia desfavorable mediante la realización de un acto procesal*”³²⁴.

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia a través de los años han señalado que el *onus probandi* pesa sobre quien afirma el cumplimiento de una obligación, derecho o una relación jurídica. Con base en esto, a cada parte le corresponde probar aquello que le resulte más fácil en respaldo del principio de igualdad en los procesos judiciales.

Un claro ejemplo, se puede apreciar en cuanto, a la carga de la prueba para demostrar el nexo de causalidad entre los hechos y el daño ocurrido a la víctima, en la responsabilidad contractual y extracontractual, en donde la Sala Primera en la resolución 635-2006, señaló al respecto:

Una de las diferencias fundamentales entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, radica en la carga de la prueba, pues en la responsabilidad derivada de un contrato el acreedor no está obligado a

³²³Maier Julio B.J. (2004), —*Derecho Procesal Penal Fundamentos*”, Tomo 1, (2ªed), 3 reimpresión. Editores del Puerto s.r.l, Buenos Aires, Argentina, Pp 577-590.

³²⁴Goldschmidt, citado por Walter Astillón (2001), en “*Teoría del Proceso Judicial*” Editorial IJSA, p 371.

*demostrar la culpa del deudor, ya que ésta se presume en tanto el segundo no demuestre que su incumplimiento o el atraso no le son imputables, como el caso fortuito o la fuerza mayor; en cambio, en la responsabilidad extracontractual o aquiliana le compete al damnificado demostrar la culpabilidad del autor del acto ilícito.*³²⁵

Se puede determinar que la Sala establece, que no le corresponde en caso de un contrato al acreedor demostrar un incumplimiento o una falta, si no al deudor; en cambio en los casos de responsabilidad extracontractual la carga de la prueba se invierte, ya que siempre deberá atribuírsele a la parte que posea más facilidad o medios a su alcance para obtener la prueba.

Por lo tanto, en la misma línea de dicho criterio, la carga de la prueba para probar el hecho que durante un procedimiento médico se realizó el proceso del Consentimiento Informado, correspondería al médico tratante por ser un hecho positivo, al probar la realización de su obligación de dotar al paciente de información y obtener un consentimiento informado válido. Esto, de haber sido cumplido plenamente debería serle fácil, ya que éste debió haber dejado constancia en el expediente médico del paciente o haber utilizado un formulario del Consentimiento Informado, como anteriormente se estudió.

Mientras tanto, invertir la carga al paciente, al ser un hecho negativo, el cual debería probar que no se le proporcionó la información por parte del personal médico o su negativa a la realización del procedimiento, sería prácticamente imposible para éste dejándolo en una clara desventaja procesal. Así las cosas el *onus probandi* debe recaer sobre el médico,

³²⁵Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 635-06 de las diez horas y cincuenta y cinco minutos del seis de setiembre de dos mil seis.

el cual se encuentra en una situación de primacía. Esto en razón que éste podrá probar los hechos mediante la constancia en la historia clínica, testigos, entre otros medios.

Dicho criterio ha encontrado su sustento por medio del desarrollo jurisprudencial, ya que la carga de la prueba no puede ser regulada en forma específica para cada una de las diversas situaciones jurídicas que se podrían presentar. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución 1102-F-SI-2010, mencionó al respecto:

V.- Consentimiento informado. Carga de la prueba. En este punto, es menester aludir al consentimiento informado, así como, a quién corresponde la carga probatoria. El ordinal 22 de la Ley General de Salud estipula: —Ninguna persona podrá ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico que implique grave riesgo para su integridad física, su salud o su vida, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada a darlo legalmente si estuviere impedido para hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de urgencia—. También, la Ley no. 8239 -Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados-, de 19 de abril de 2002, en el precepto 2º, de manera taxativa entre los derechos de los pacientes incluye: —..b) Ser informadas del nombre, los apellidos, el grado profesional y el puesto que desempeña el personal de salud que les brinda atención. b) Recibir la información necesaria y, con base en ella, brindar o no su autorización para que les administren un determinado procedimiento o tratamiento médico—. De modo más puntual, el cardinal 310 del Reglamento General de Hospitales Nacionales, dispone: —Todo paciente en

estado de lucidez mental deberá ser informado de cualquiera intervención quirúrgica procedimiento o examen cruento que deba efectuársele y deberá firmar debida autorización para que se le realice tal tipo de tratamiento; en casos de enfermos menores de edad o inconscientes, la autorización deberá firmarla su representante legal o su pariente más allegado disponible”.De ahí, toda persona usuaria de los servicios de salud públicos o privados, tiene derecho a que se le informe en detalle de su padecimiento, posibles tratamientos o intervenciones quirúrgicas a aplicar y sus riesgos. Lo anterior, con el propósito de procurar su anuencia. Lo expuesto, según lo acepta la doctrina en forma pacífica, permite establecer que el consentimiento informado se desdobra en dos aspectos, primero, el derecho que tiene el paciente a ser enterado acerca de su mal, el modo de curarlo y los riesgos típicos que ello implica. Segundo, el consentimiento, que se reputa necesario cuando sea menester aplicar algún medio curativo o quirúrgico que entrañe peligro. En consecuencia, en la actualidad no se duda de que todo profesional médico esté en la obligación de informar y obtener la aprobación previa del paciente, cuando se trata de intervenciones o terapias peligrosas. Cuando de la medicina curativa se trata, como en la especie, quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos, o sea, aquellos que son imprevisibles o infrecuentes. Sin embargo, es claro, se debe advertir sobre los riesgos usuales que son aquellos que pueden darse con mayor frecuencia de acuerdo con la práctica y el estado actual de la ciencia. En principio, la información debe

brindarse, y, el consentimiento recibirse del aquejado, siempre que se encuentre en condiciones para ello, caso contrario corresponderá a su representante legal, o a quien de manera presunta lo fuera de haberse procedido a declarar su incapacidad. Tratándose de menores sometidos a patria potestad, incumbe a ambos padres o a uno de ellos en situaciones urgentes. Sobre sus alcances, es evidente, que el paciente tiene derecho a saber quiénes son los facultativos que le asisten, a recibir información completa y veraz en términos comprensibles, acerca de su estado clínico, de modo verbal o por escrito, que incluya diagnóstico, pronóstico y opciones de tratamiento. En este sentido, es necesario que se le aperciba de las posibles consecuencias de la intervención quirúrgica. Por consiguiente, la obligación de informar es un elemento esencial de la "lex artis ad hoc". También, por ser un derecho (el de información) que posee toda persona usuaria de los servicios de salud, recae sobre los médicos, o sea, una obligación impuesta a tales profesionales. Asimismo, tal como se desprende de las citadas normas, no bastaría con hacerle firmar un documento o explicarle en términos generales o técnicos su dolencia y posibilidades de tratamiento, sino que el paciente debe quedar debidamente informado en términos comprensibles para él, de todos los pormenores, pero, sobre todo de los riesgos que enfrenta. Por otra parte, en lo referente a la carga de la prueba del cumplimiento del deber de información, es claro, que le concierne al profesional de la medicina, ya que se encuentra en una situación más favorable para acreditarlo.

Sobre el particular, esta Sala ha dispuesto que en ocasiones el “onus probandi” establecido en el ordinal 317 del Código Civil, no es irrestricto, y puede modificarse. De ahí, se alude a una inversión de la carga probatoria, donde se redistribuye sobre los aspectos que le incumbía acreditar a cada litigante, a la luz del instituto procesal de la carga probatoria dinámica. —A partir de esta, la aportación del elemento demostrativo no dependerá solo de invocar un hecho, sino también de la posibilidad de producir la prueba. En otras palabras, se traslada la carga a quien, a raíz de su situación personal, se halla en mejores condiciones para acercar la probanza al proceso, sin que importe si es el actor o el demandado” (no. 212 de 8 horas 15 minutos del 25 de marzo de 2008). Lo expuesto, opera de dicho modo ya que, la parte a quién en principio le correspondería, se encuentra en una situación donde le resulta muy difícil o prácticamente imposible probar algunos de los hechos o presupuestos esenciales para su pretensión, lo que la colocaría ante una posible indefensión.³²⁶

Sin embargo, es importante mencionar que dicho criterio no es uniforme en el derecho comparado, un claro ejemplo se puede mencionar en los casos de Polonia o el Estado de Quebec en Canadá, en los cuales el paciente en aplicación al principio *actori*

³²⁶Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 1102-F-SI-2010 de las catorce horas con cincuenta minutos del catorce de setiembre del dos mil diez.

incombuit probatio (actor es al que le incumbe la prueba), será el responsable de probar que no se le informó del procedimiento médico realizado.³²⁷

Otro ejemplo, en el cual se ha cambiado constantemente de criterio es el caso Francés, en el cual la Corte de Casación desde 1951 consideraba que el enfermo al ejercer la acción indemnizatoria poseía la obligación de probar los elementos para establecer la responsabilidad médica. Dicho criterio varió en 1997 en respaldo al artículo 1315 del Código Civil, en la cual se estableció que la carga de la prueba le corresponde al médico, por ser el consentimiento informado una obligación del mismo.³²⁸

Así las cosas, se puede apreciar que el médico posee la carga de la prueba en los estratos judiciales, por considerarse que es una obligación positiva por ser su deber el de cumplir con el procedimiento del consentimiento informado como componente de la Lex Artis. Asimismo, la relevancia de la forma del consentimiento, el cual a nivel jurisprudencial no solicita ninguna formalidad para su demostración y más bien a los formularios y protocolos utilizados por los Hospitales Nacionales y Clínicas de Salud se les provee un valor diverso al no considerarlos validadores de dicho proceso; sepulta la idea idónea de la práctica médica de que dichos formularios poseen carácter irrefutable y absoluto. Esto ya estos deben ser evaluados conjuntamente con otros elementos probatorios y bajo la sana crítica racional.

Posterior a esta determinación de la responsabilidad que acarreará el médico que incumpla el deber de proporcionar el consentimiento informado a los pacientes en los procedimientos médico, en el próximo capítulo se expondrá casos que se han producido, tanto en Costa Rica como España y el análisis correspondiente que realizó cada una de estas jurisdicciones.

³²⁷Dalcq Roger, O. (1999), "*Rapport Général*". En: TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT. "*La Responsabilité. Aspects Nouveaux*". Journées Panaméennes. Tomo L. París, Francia, p156.

³²⁸Dalcq Roger O (1999) *Ibid.* p 156.

Capítulo Quinto: Análisis Jurisprudencial Comparativo en torno a la solución de casos nacionales y españoles.

El presente capítulo pretende abordar el análisis de responsabilidad específico que se ha realizado en vías judiciales en casos donde haya falta del consentimiento informado en un acto médico que devengase en resultados iatrogénicos. Se encuentra dividido en tres secciones que buscan analizar referencias a casos ubicados, tanto dentro de la legislación costarricense, como comparativamente donde los criterios de tribunales españoles.

La primera sección se titula *—Análisis de casos en la jurisprudencia costarricense—*, bajo dicha sección se estudiará, los casos sometidos al análisis del Poder Judicial costarricense, en relación con la ausencia del consentimiento informado en casos donde se esté ante un acto médico de resultados iatrogénicos y el respectivo análisis que realizan los mismos de dicha figura.

La segunda sección se denomina *—Análisis de casos en la jurisprudencia española—*, la cual versa sobre el estudio de diversos casos presentados ante los tribunales españoles, en los cuales se omitió el consentimiento del paciente para la realización de un procedimiento médico, con resultados iatrogénicos.

La tercera sección se rotula *“Estudio de Derecho comparado: jurisprudencia de España y Costa Rica frente al consentimiento informado”*; mediante la cual se realizará un análisis comparativo entre la resolución de casos de ausencia de consentimiento informado, en procedimientos médicos que presentaron un resultado iatrogénico y su concepción de la figura.

Sección Primera: Análisis de casos en la jurisprudencia costarricense.

La existencia de casos donde el paciente no haya brindado el consentimiento informado en una intervención que, aun siendo necesaria, llevara a resultados iatrogénicos no es algo común en la cotidianeidad judicial de nuestro país, pero no significa que no se haya dado. De ahí que resulte importante hacer referencia a casos concretos donde se haya presentado esta situación a fin de mostrar qué criterios han preservado en la resolución de este tipo de conflictos, así como la determinación de qué responsabilidad existe.

Resolución 1102-F-S1-2010 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Trasfondo del Caso

La resolución 1102-F-S1-2010 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, es emitida a las catorce horas y cincuenta minutos del catorce de septiembre del dos mil diez. Es referente al proceso ordinario establecido en el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda por L.I.V.C y contra la Caja Costarricense del Seguro Social.

El doce de diciembre del año dos mil el señor L.I.V.C es internado en el Servicio de Neurología del Hospital Calderón Guardia debido a adormecimiento en las piernas, que le dificultaban el caminar, así como una opresión en la zona abdominal. Los resultados del examen físico que se le realizaron evidenciaron la existencia de una disminución de la sensibilidad vibratoria de los miembros inferiores, así como la presencia de una masa que comprimía en forma significativa la médula espinal, que fue posteriormente catalogada como una hernia discal gigante.

El veintiséis de diciembre del mismo año, se le interviene quirúrgicamente debido a que la hernia provocaba una severa compresión de la médula. La operación se realiza con la

participación de especialistas en neurología y de cirugía de tórax. Posterior a la intervención el señor L.I.V.C muestra parálisis en sus miembros inferiores, lo cual en una ulterior resonancia magnética, se documenta como escisión del material discal con persistencia de estenosis en el canal medular.

En razón de lo anterior, se le interviene quirúrgicamente de nuevo y se le realiza una reapertura Laminectomia parcial y resección de pedículo T 8. Sin embargo, se presenta una complicación post operatoria debido al aumento del edema medular como consecuencia de la manipulación quirúrgica previa. Debido a ello el señor L.I.V.C queda parapléjico. Se señala que, también, durante su hospitalización desarrolló complicaciones médicas como úlceras de cúbito e infecciones en el tracto urinario y respiratorio.

El señor L.I.V.C presenta una demanda ordinaria ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, solicitando el pago del daño moral y material, así como daños y perjuicios sufridos en razón de la intervención quirúrgica que lo dejó parapléjico, indicando que fue consecuencia de descuidos inexcusables de los profesionales en medicina que estaban obligados a prestarle atención médica.

Pese a que el actor en su demanda no pide el pago de daños y perjuicios en razón de que se hubiere omitido el consentimiento informado; la CCSS al contestar el hecho cuarto es quien introduce el tema. Esto lleva a que el Juzgado entre a su análisis y al determinar que no había prueba de que hubiese sido brindado, condene a la demandada al pago de ¢20.000.000,00 por concepto de daño moral.

Al respecto el Juzgado indicó en su resolución 513-07:

Se le impidió a Don Inocente la posibilidad de elegir entre someterse a todas las implicaciones propias que genera una cirugía riesgosa, (con altas probabilidades de

resultar infructuosa) y que además en su caso, significaron meses de hospitalización, con trastornos adicionales durante la recuperación post-operatoria como las úlceras de cúbito e infecciones adquiridas en el hospital. Si bien, el actor hubiere obtenido el mismo resultado con o sin la intervención quirúrgica, lo cierto del caso, es que el sufrimiento post-operatorio pudo haberse evitado y dejar que el padecimiento tomara su curso natural para finalmente llegar a la paraplejia; todo lo cual debió ser advertido al paciente con claridad”. Tal responsabilidad nace de la omisión de la Administración demandada, de cumplir con el deber de informar adecuadamente al paciente sobre los riesgos que asumiría si se operaba, con lo que se limitó de forma injustificada su derecho a decidir sobre la aplicación o no del tratamiento propuesto por los galenos.³²⁹

En razón de lo anterior, la demandada presenta un recurso de apelación, fundado primordialmente en el alegato que el artículo 310 del Reglamento General de Hospitales Nacionales, —...no exige que la información al paciente se brinde de manera extensa, compleja con términos técnicos ni que quede documentada tal explicación, por el contrario, y en razón de la agilidad de la atención médica, éstas explicaciones deben ser sencillas y verbales para que el paciente sea capaz de comprenderlas... ”³³⁰. Además, señala que de conformidad con el numeral 190 de la LGAP —...debe probarse el dolo o la culpa del causante del daño, así como el nexo de imputabilidad entre el daño y el sujeto al

³²⁹Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sentencia 513-07 de las nueve horas del once de abril del dos mil siete.

³³⁰Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 1102-F-S1-2010 de las catorce horas y cincuenta minutos del catorce de septiembre del dos mil diez.

que se reclama la indemnización y que no fueron acreditados en la sentencia que se impugna... ”³³¹.

Ante esta apelación, el Tribunal Contencioso Administrativo declara parcialmente con lugar el recurso de la CCSS y determina improcedente en todos sus extremos la demanda.

Es debido a esta decisión que el señor L.I.V.C eleva el caso ante la Sala Primera. Se alega violación al artículo 330 del Código Procesal Civil en el tanto considera que las reglas de la sana crítica fueron obviadas al dictar el fallo. Esto por cuanto se le negó valor probatorio a la declaración del ofendido. Además, se señala falta de inmediatez probatoria, en el tanto ninguno de los miembros del Ad Quem se encontraba en el momento de la confesional, siendo que cuando se resolvió ya habían pasado tres años.

Otro elemento de relevancia que se señala es la desatención del valor probatorio a la testimonial del médico que le realizó la intervención, en el tanto éste expresó que no se encontraba presente y desconocía si al paciente se le había informado sobre la cirugía y sus complicaciones. Se determina que en el expediente clínico no hay constancia de que se le hubiese informado, por lo que no se podía dar esto por hecho.

Al respecto, menciona que el Tribunal de alzada modificó los hechos probados, por lo que no se acreditó que al actor se le brindara el consentimiento informado, aunque tampoco lo contrario, no pudiendo establecer un nexo de causalidad que permitiera imputar a la CCSS los daños sufridos por el actor.

³³¹Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 1102-F-S1-2010 de las catorce horas y cincuenta minutos del catorce de septiembre del dos mil diez.

Consideraciones legales realizadas por la Sala

La Sala al examinar el caso primeramente se refiere al elemento cuestionado en torno a la inmediatez. Señala que el hecho que el juez que recibiera la prueba confesional no fuera el que dictara el fallo no significa que se le hubiera violentado el derecho de defensa al accionante, en el tanto los juzgadores de segunda instancia pese no haber estado en los actos procesales previos sí tuvieron a su alcance el expediente donde constaban, por lo que sí era posible formar un criterio. Debido a ello se rechaza el reparo.

Ahora, en lo que respecta del análisis en torno al consentimiento informado, la Sala primera hace una fundamentación legal en torno a su necesidad evocando al artículo 22 de la Ley General de Salud Pública, al artículo 2 de la Ley de Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados; y al artículo 310 del Reglamento General de Hospitales Nacionales.

Señala que en razón de lo anterior toda persona que acceda a los servicios de salud tiene derecho a que se le informe en detalle de su padecimiento, posibles tratamientos y los riesgos que conlleve. Asimismo, que es obligación de todo profesional médico el informar y obtener la aprobación previa del paciente antes de una intervención. Sin embargo, indica que quedan fuera de esta obligación los riesgos atípicos, que sean imprevisibles, siendo que sí se debe advertir sobre los que sean usuales o se den con mayor frecuencia en la práctica.

Destaca, también, que no basta solo con hacer firmar un documento o explicar en términos generales, sino que el paciente debe quedar debidamente informado en términos que le sean comprensibles sobre los riesgos que enfrenta. En lo que refiera a la carga probatoria de este deber de información, le concernirá al profesional de medicina, en el tanto éste se encuentra en una situación más favorable a acreditarlo.

Sobre el caso concreto, se determina que la cirugía practicada al señor L.I.V.C era sumamente riesgosa, siendo que sumado a su condición física era imperativo que se le informase sobre los peligros típicos que conllevaba a fin de obtener su consentimiento. Determina que hay un yerro en la sentencia de alzada, ya que debió partir del examen de lo que es el consentimiento informado y a quien le correspondía la carga probatoria, en lugar de establecer que no se podía arribar a una conclusión certera, siendo que correspondía a la demandada probar la existencia del correspondiente consentimiento informado. Estipula que al desatender la CCSS la prueba requerida, se arriba a la conclusión que al demandante se le afectó su derecho a recibir la información veraz y oportuna, siendo que en consecuencia también se infringe el artículo 190 de la Ley General de Administración Pública al negar la respectiva indemnización.

Señala, también, la Sala que ante el reclamo realizado por la CCSS en torno a que se había restado valor probatorio a un supuesto consentimiento informado que constaba en el expediente, que no se logró encontrar documento alguno en este sentido. Únicamente, constaba la firma de exoneración de responsabilidad por tratamientos y exámenes que se pudieran aplicar durante la estadía, como requisito de internamiento (documento que fue firmado en la fecha de ingreso del paciente). Siendo que en ese momento aún no había sido diagnosticado ni se había determinado como tratamiento la cirugía que se realizó, no puede suponerse que el paciente fuera informado al respecto, ni tener dicha exoneración los alcances que la demandada trató de asignarle. Asimismo, señala que en autos constaba que el médico tratante al rendir su testimonio expresó que no recordaba haberle informado al señor L.I.V.C acerca de los riesgos de su intervención.

Concluyendo la Sala al respecto:

En otro orden de ideas, según se expresó, el Juzgado de modo concreto hizo ver que el resarcimiento no se concedía por la paraplejía en que desencadenó la

operación, sino por la omisión de la demandada –de informar- , que le impidió al actor la posibilidad de elegir. Lo expuesto, se recalca, sin que se le hubiera advertido con claridad los pormenores de la cirugía, lo cual limitó de modo injustificado su derecho a decidir si se sometía a la intervención, lo que en criterio de este Órgano Decisor, le provocó una afectación en su fuero interno, que sin duda le produjo desánimo, desesperación y pérdida de satisfacción de vivir, lo que justifica el resarcimiento en razón del daño moral subjetivo sufrido. Por otra parte, al omitirse objetar el monto otorgado por tal extremo en el fallo de primera instancia habrá de mantenerse el fijado por el A quo.³³²

Es, en razón de lo anterior, se declara con lugar el recurso y anula el fallo del Tribunal, confirmando lo que había sido resuelto en primera instancia.

Comentarios al caso

En el estudio de la resolución anterior, lo primero que se encuentra es la clara presencia de un caso de iatrogenia como resultado de un acto médico. Esto por cuanto la prestación de servicio que se realizó al señor L.I.V.C fue conforme con la Lex Artis Médica, siendo que se concluyó que el tratamiento al que fue sometido era necesario para la preservación de su vida y que fue realizado de forma correcta. Los resultados de paraplejia, si bien, fueron consecuencia del acto médico, no fueron porque éste estuviera mal ejecutado, sino por elementos fuera del alcance del profesional en medicina tratante, específicamente, la condición física del afectado.

³³²Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 1102-F-S1-2010 de las catorce horas y cincuenta minutos del catorce de septiembre del dos mil diez.

Resulta, también, de interés cómo se entra a discutir la falta del consentimiento informado a un nivel judicial, aun cuando la parte accionante no hiciera mención de ello. Esto evoca que la interpretación judicial en cuanto al tema resulta fundamental, en el tanto el funcionario judicial viene a ser un custodio de la tutela de la preservación de los derechos fundamentales de la parte afectada dentro de un proceso.

Asimismo, es destacable también la relación que se hace de la falta del consentimiento informado como un daño moral que debe ser resarcido, aún en un caso donde de haberse dado o no el consentimiento se iba a dar el mismo resultado. En este asunto, a criterio del juzgador de primera instancia lo que resultó reprochable fue haber restringido al señor L.I.V.C de la capacidad de decidir si quería someterse al tratamiento o no, tomando en consideración las afectaciones post-operatorias y los riesgos inherentes al acto médico que se le iba a realizar. Al intervenirle sin su consentimiento se le restringe su derecho, en este caso, la necesidad no justificaba la intervención, en el tanto el paciente se encontraba en toda la capacidad para decidir sobre su propia corporalidad.

Al haber sido apelada la resolución de primera instancia, y declarada improcedente en todos sus extremos, se entra a cuestionar la valoración realizada por el Tribunal de Alzada. Esto por cuanto resta valor probatorio a la confesional del ofendido y a la testimonial del médico tratante. Sin embargo, el aspecto más cuestionable radica en la modificación realizada a los hechos probados, donde se entiende que no hay un nexo de causalidad que permita imputar a la demandada los daños realizados, en el tanto no consta que se le brindara el consentimiento informado al actor, aunque tampoco consta que esto no se hiciera. Este es un argumento que resulta escueto y contrario al Principio de la Carga Probatoria, en el tanto se podría entender que resulta un razonamiento lógico el determinar que si no consta el consentimiento en el expediente es porque éste no se dio, siendo que normativamente ha quedado claro que éste debe ser manifiesto y verificable.

En lo que refiere al criterio de la Sala Primera al evaluar el caso, resulta claro, primeramente, que el valor dado a la prueba si es el adecuado, en el tanto aun cuando el Tribunal de Alzada no se encontraba presente en el momento cuando éste se dio, no se puede por ello restar valor probatorio a lo que consta en autos, siendo que el expediente sí había sido accesible.

En lo que respecta del Consentimiento Informado, se desprende que éste debe ser amplio en lo que refiere a los riesgos de la intervención, pero respecto de los que sean usuales, siendo que quedan fuera de la obligación los riesgos atípicos que no puedan ser previstos. Asimismo, aclara que no basta con firmar un documento para que se dé el consentimiento informado, siendo entonces que el fin máximo de esta figura se alcanza cuando es un “consentimiento entendido”, siendo que es hasta que el paciente entiende todas las implicaciones de la intervención que cuenta con los elementos adecuados para dar una decisión.

Respecto de los criterios del Tribunal de Alzada, señala la Sala Primera que el mayor yerro se encuentra en dar su resolución aduciendo que así como no se probó que hubiera consentimiento, tampoco se probó que no lo hubiera. Esto por cuanto correspondía a la demandada probar la existencia de este consentimiento, siendo que claramente se encontraba en una posición más apta para acreditarlo. Desde este criterio, entonces, si la institución médica no logra probar la existencia de un consentimiento informado, debe entenderse que éste no se dio, o que no fue dado de la forma adecuada, lo cual a efectos judiciales viene a tener el mismo efecto.

Un último elemento de rescate de esta resolución se encuentra en la necesidad que queda manifiesta en que el Consentimiento Informado, sea respecto del acto médico en concreto, siendo que la fórmula de ingreso a un centro médico no puede ser considerado como una manifestación de voluntad del paciente. Esto tutela el derecho de quien accede al sistema médico de mantenerse informado de su situación física, de los tratamientos que le

puedan ayudar y las implicaciones que tenga, siendo que es mediante la transparencia y la adecuada información que se da resguardo a su autonomía.

Resolución 0016-2012 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda

Trasfondo del caso

La resolución 0016-2012 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, es emitida a las once horas y quince minutos del veintiuno de febrero del dos mil doce. Es referente al proceso ordinario establecido por quien es referida como *—E.*” y contra la Caja Costarricense del Seguro Social.

La actora es internada en el Hospital Calderón Guardia el 5 de octubre de 1988, como un caso para ser atendido en el servicio de Neurología. Posterior a la realización en varias ocasiones de exámenes de T.A.C. y mielografía, el 14 de octubre se determina como diagnóstico *—Síndrome de Compresión Medular*”. En razón de ello se programa una operación de la laminectomía cervical para el día 16 de octubre.

Como diagnóstico postoperatorio de esta intervención se determina un proceso necrótico agudo, versus glioma medular. Se indica como lesiones encontradas duramadre tensa de aspecto necrótico, con coágulos que abarcan la médula en su totalidad. Como técnica empleada, bajo anestesia general y en posición sentada, se realiza una incisión en las apófisis espinosas de C2 a T3, liberando posteriormente las inserciones de los músculos paravertebrales y dejando visibles las láminas cervicales, donde posterior a realizar una laminectomía cervical C3 hasta T-1, se encuentran los hallazgos señalados y se toma material para la biopsia. Se deja sonda de Nelaton en el espacio epidural para el drenaje y se cierra por los planos.

Debido a la intervención la paciente queda en estado de tetraplejia.

Es importante señalar que el caso es examinado por la Dra. G.F., de la Sección de la Clínica Médico Forense y la conclusión a la que llega en el dictamen médico legal de fecha del 1 de febrero del 2000 es que el resultado de tetraplejia no se debió a la intervención quirúrgica empleada, sino a la extensión y severidad del tumor que fue extraído y que abarcaba todo el espesor de la médula espinal, por lo que el procedimiento quirúrgico fue el adecuado y oportuno.

En razón de lo anterior, “E.” presenta un proceso ordinario ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda en contra de la Caja Costarricense de Seguro Social y contra el médico tratante que realizó la intervención (“C.”). Solicitó que en sentencia se declararan nulos los acuerdos administrativos de la Gerencia Médica y de la Junta Directiva de la CCSS que denegaron el pago de daños y perjuicios por los daños sufridos. Asimismo, solicita que se condene a las partes demandadas a pagar a la actora los daños y perjuicios ocasionados por mal praxis, declarando en forma manifiesta culpabilidad y responsabilidad objetiva. Estima el daño material en treinta millones de colones, el daño moral en treinta millones de colones y los perjuicios en veinte millones de colones. Asimismo, solicita que se le conceda una pensión vitalicia por ciento cincuenta mil colones mensuales y el pago de intereses legales desde la fecha de la operación hasta su efectivo pago, así como las costas personales y las procesales.

Una vez dado el traslado de la demanda, la Caja Costarricense de Seguro Social rechaza la acción e interpone excepciones de falta de derecho, falta de legitimación activa y pasiva; y la genérica sine actione agit. Asimismo, el demandado “C.” también rechaza la demanda y opone las excepciones de falta de derecho y prescripción.

El Juzgado, al analizar el caso determina en el Por Tanto de su resolución 3162-2010:

En relación con el demandado C., se declara con lugar la excepción de prescripción, archivándose la causa en su contra. En relación con la Caja Costarricense del Seguro Social, se rechaza la excepción de falta de derecho, y en su lugar se declara con lugar la responsabilidad objetiva por funcionamiento legítimo y normal en contra de la Caja Costarricense del Seguro Social, obligándosele a reconocer los daños y perjuicios que serán determinados en ejecución de sentencia, así como al pago de ambas costas de esta acción.³³³

Al respecto la Caja Costarricense de Seguro Social presenta recurso de Apelación, alegando que el procedimiento realizado era el idóneo y en vista que la actuación de los médicos se apegó a la búsqueda de la mejoría del paciente. Asimismo, alega que no existe prueba en el expediente que sustente la petitoria planteada por la actora, sino que más bien hay prueba abundante que se le brindó atención adecuada a su dolencia. Evoca el artículo 194 de la Ley General de Administración Pública, aduciendo que no procederá el reconocimiento de perjuicios en caso de determinar que existiera funcionamiento legítimo y normal, señalando, también improcedente la condenatoria en costas por cuanto alega que se demostró que el actuar de la Institución fue en pro de la preservación de la vida.

³³³Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sentencia 3162-2010 de las catorce horas del treinta de noviembre del dos mil diez.

Consideraciones legales realizadas por el Tribunal.

Previo a entrar al análisis del fondo del caso, el Tribunal realiza una serie de reflexiones en torno al recurso de apelación. Al respecto hace mención sobre el numeral 574 del Código Procesal Civil y la relevancia de *—expresar agravios—* al apelar una resolución, entendiendo por ello poner de manifiesto aspectos de la sentencia que considere adversos a sus intereses, contrarios a derecho o al mérito de los autos. Resalta que la intención no debe ser combatir los argumentos de la contraparte ni reiterar las argumentaciones ya realizadas, sino referirse a los aspectos propios de la sentencia. Indica que el Tribunal de Alzada se restringe a conocer sobre los puntos objeto de recurso, no pudiendo verificar un examen oficioso de lo decidido por el juez de instancia.

Indica como primer agravio de análisis la argumentación del apelante que conforme con la prueba que consta en autos, la demanda carece de fundamento fáctico y jurídico, por cuanto a la actora se le prestó el servicio médico de conformidad con los parámetros propios de la técnica médica, aduciendo que no hay mala praxis y que la tetraplejia no se debe a la intervención realizada, sino a la magnitud del tumor que fue extraído de la paciente. Denuncia el apelante que en razón de lo anterior y siendo que la actuación de los médicos se apegó a los procedimientos quirúrgicos adecuados, buscando siempre la mejoría de la paciente, siendo que hay prueba en expediente que se brindó la atención debida, la demanda debió ser rechazada en todos sus extremos.

Al respecto considera el Tribunal que el agravio no es de recibo, siendo que las argumentaciones en sí no constituyen un agravio en sentido técnico jurídico, dado que no señala el error que contenga la sentencia apelada (ya fuera sobre la apreciación de los hechos, la aplicación de derecho o la presencia de algún vicio).

Al respecto, indica que el juez de instancia no fundamenta la responsabilidad del resarcimiento de daños y perjuicios en razón de una mala praxis, sino de los siguientes seis aspectos:

1. La paciente presentaba padecimientos antes de ser ingresada al centro médico, pero no mostraba diagnóstico de parálisis o probabilidad de tal en alguno de sus miembros.

2. No consta en autos que se le informara de manera clara y precisa a la actora sobre la gravedad del mal que padecía ni sobre los riesgos de la intervención quirúrgica.

3. Aún con el diagnóstico de un posible tumor cervical, no se explica por qué la intervención se realiza en un lapso tan corto (al día siguiente del diagnóstico).

4. No consta que existiera consentimiento de la paciente para la práctica de la cirugía, ni se le dio oportunidad de dar noticia a su familia. Se determina que la paraplejía no fue producto de la operación en sí, pero era una consecuencia que constituía uno de los riesgos posibles aún ante la mejor técnica posible, situación que no se le informó a la paciente.

5. Se determinó que, si bien, no hay mala praxis en la intervención realizada, sí existe una relación de causalidad directa entre ésta y la paraplejía sufrida.

6. El juzgador de primera instancia determinó la existencia de responsabilidad objetiva por funcionamiento legítimo y normal, siendo que no existían eximentes de responsabilidad.

Señala, además el Tribunal, en razón de lo anterior, que el apelante no formula agravio sobre los fundamentos dados por el juzgador de instancia para determinar la existencia de responsabilidad objetiva, siendo que el recurso se limita a señalar la cronología de lo actuado y la inexistencia de mala praxis, siendo esto referente a aspectos que no se encuentran en discusión. En razón de esto se rechazan esos extremos de la apelación intentada.

Continúa analizando el Tribunal el alegato del recurrente que de acuerdo con el artículo 194 de la Ley General de Administración pública, no procede el reconocimiento de los perjuicios, en razón que, según la determinación del juzgador de primera instancia, existió funcionamiento legítimo y normal.

Al respecto el Tribunal considera que de conformidad con el régimen objetivo de responsabilidad administrativa, la Administración debe responder por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo, ilegítimo, normal o anormal, salvo en caso de fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero. Asimismo, indica que la legitimidad o ilegitimidad se refiere a la adecuación de la conducta formal de la Administración al ordenamiento jurídico, mientras que la normalidad o anormalidad se refiere a la conducta material o técnica, representada entre otras por la actividad prestacional que se atribuye al Estado. Siendo entonces que la anormalidad se refiere a las conductas administrativas que se aparten de la buena administración, siendo manifiesto a través de un mal funcionamiento, una actividad tardío o ausencia de éste. Asimismo, resalta que la determinación de responsabilidad queda sujeta a la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta administrativa y el daño producido.

Sobre el alegato en sí, establece que contrario a lo que fue considerado por el juzgador de primera instancia, medió un funcionamiento anormal en la prestación de los servicios médicos a la actora, por lo que la sentencia debe ser confirmada en cuanto

condenó a la codemandada al pago de daños a favor de la actora. Esto es fundamentado por el Tribunal de la siguiente forma:

Conforme lo determinó el juzgador de instancia, la condenatoria al pago de daños y perjuicios a la demandada se fundamenta en la existencia de una responsabilidad objetiva por existir un funcionamiento anormal del servicio de salud, existiendo una relación de causalidad adecuada entre el servicio médico que se prestó y el daño reclamado, que se enmarca dentro de lo establecido en el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública. La responsabilidad de la demandada se hace derivar de la situación de paraplejia que se ocasionó a la actora como consecuencia de la operación practicada, condición que no tenía antes de someterse a la intervención médica. La sentencia apelada se basa en el principio de responsabilidad objetiva de la Administración, en el que no hay que acreditar ni dolo, ni culpa, ni responsabilidad de ningún funcionario, sino que lo único que debe acreditarse para que surja el hecho generador de la responsabilidad, es que hubo un daño y que el administrado no está en la obligación de soportarlo, y es indudable que la actora sufrió un grave daño al quedar parapléjica de por vida. Aquí estriba la responsabilidad objetiva de la CCSS, siendo que además al paciente no se le informó claramente de los riesgos que corría con la intervención quirúrgica, no tuvo la oportunidad de decidir acerca de algo tan importante como es su propia salud, constituyendo un agravante el hecho de que conforme lo señaló en la confesional el

*codemandado C., la paraplejia puede considerarse como un riesgo razonablemente previsible en procedimientos quirúrgicos como el que fue sometida la actora, por lo que conocía de las posibles consecuencias de la intervención quirúrgica y aún así no informó debidamente a la paciente de tales consecuencias, con el fin de que ésta tuviera la posibilidad de decidir si bajo tales circunstancias se sometía o no a la operación.*³³⁴

Continúa el Tribunal fundamentando la existencia de responsabilidad objetiva por funcionamiento anormal de los servicios médicos (así como el deber de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados) en el tanto, si bien, la paciente presentaba padecimientos antes de ser ingresada al centro médico, es posterior a la operación que sobreviene la paraplejia, así como el sometimiento a tratamientos de rehabilitación y otras complicaciones como no volver a caminar, siendo que, si bien, son padecimientos que no pueden ser atribuidos a una mala praxis, son resultado de una intervención respecto de la cual la paciente no consintió.

En lo que refiere al derecho de información del paciente, la resolución hace referencia al voto 1102-F-SI-2010 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, señalando la obligatoriedad de consentimiento que indica el artículo 22 de la Ley General de Salud y el 310 del Reglamento General de Hospitales Nacionales. Establece la existencia del consentimiento informado, tanto como un derecho para el paciente de ser enterado sobre su condición y tratamiento, así como sobre la obligación de parte del profesional en medicina de aplicarlo. Se señala esta obligación de informar como un elemento esencial de la “*Lex Artis ad hoc*”.

³³⁴Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Resolución 0016-2012 de las once horas y quince minutos del veintiuno de febrero del dos mil doce.

Se determina que la paraplejía constituía un riesgo previsible en el tipo de operación a la que fue sometida la paciente, por lo que era fundamental que el personal médico informara a la actora sobre los riesgos que conllevaba la intervención de previo a realizarla, para darle la posibilidad de decidir si se sometía a ésta o no. Determina el Tribunal, entonces, que se limitó de forma injustificada el derecho de la actora de decidir sobre la aplicación o no del tratamiento, pero señala que aun habiendo sido autorizado, no enerva la responsabilidad administrativa.

Continúa señalando el Tribunal que comparte la valoración del Juzgador de primera instancia respecto de la obligación de la demandada de resarcir los daños y perjuicios a la actora por responsabilidad objetiva, pero difiere en la calificación que dio el Ad Quo al calificar funcionamiento legítimo y normal de la Administración, siendo que determina clara la existencia de un funcionamiento anormal del servicio de salud.

Asimismo, señala que no es de recibo el argumento del apelante respecto de la improcedencia de la condenatoria en costas, apelando a su buena fe. Esto de conformidad a lo establecido en el artículo 98 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el artículo 221 del Código Procesal Civil, siendo que se determina que la condenatoria en costas se impone al vencido por el sólo hecho de serlo, sin que esto implique una calificación de mala fe.

En razón de lo anterior, concluye el Tribunal en su Por Tanto que se revoca parcialmente la sentencia apelada, siendo que la consideración de existencia de un funcionamiento legítimo y normal debe ser declarado en su lugar como un funcionamiento anormal. Con esto se confirma la condenatoria a la Caja Costarricense de Seguro Social por responsabilidad objetiva, obligándole a reconocer a la actora los daños y perjuicios, así como el pago de costas.

Comentarios al caso

En este caso queda claro que se está ante un acto médico que deviene en resultados iatrogénicos, en el tanto, la extracción del tumor que se realizó a la actora era necesaria para la preservación de su vida y fue hecho acorde con las exigencias de la buena práctica médica. Lo anterior, siendo que la técnica empleada era la correcta y que el resultado de tetraplejia fue resultado no de la intervención en sí, sino de la extensión y la severidad del tumor que fue extraído, en el tanto éste afectó de forma irreversible a la médula espinal de la paciente.

Al acudir la accionante a la vía judicial, se determinó, en primera instancia, que se le debían reconocer daños y perjuicios. Esto siendo que la interpretación del Juzgado fue que se configuraba responsabilidad objetiva por funcionamiento legítimo y normal, siendo que al haber generado un daño a la paciente se le debía resarcir.

Ante esto la accionada apela señalando que el procedimiento realizado fue idóneo y que siempre se buscó la mejoría de la paciente, evocando, asimismo, el artículo 194 de la Ley general de Administración Pública para determinar que cuando haya funcionamiento legítimo y normal, siendo que en estos casos no procederá el pago de perjuicios o costas.

En el caso en concreto, se establece que no se valora realmente si el acto médico fue realizado de forma idónea, siendo que, en primera instancia, se condenó al resarcimiento de daños y perjuicios en razón, principalmente, que la paciente no presentaba síntomas de paraplejia de previo a su ingreso al centro hospitalario, siendo que hay una clara relación de causalidad entre la intervención y ese resultado dañoso. Asimismo, se manifiesta que no constó que existiera consentimiento de parte de la paciente para realizar la cirugía, ni que se le diera oportunidad de avisar de ésta a su familia.

En este caso, esa falta de consentimiento informado resulta de particular interés en el tanto es uno de los elementos que valora el Tribunal para determinar que hay una mala valoración, en primera instancia, al suponer que hubo un funcionamiento legítimo y normal. Esto por cuanto la carencia del referido consentimiento indica una falla en la conducta material de la Administración (en su función de prestadora de servicios médicos), en el tanto, debía obtener el consentimiento de la paciente de previo a realizar la intervención, por lo que al no constar que este se diera se está vulnerando la autonomía de la afectada y su capacidad de disponer sobre su corporalidad.

Esta relación con el Consentimiento Informado y su falta como un funcionamiento anormal de la Administración Pública, resulta fundamental, entonces, a efectos de determinar la existencia de Responsabilidad Objetiva de parte del Estado y para poder justificar en razón de ello el pago de daños y perjuicios, así como costas procesales.

Es importante mencionar, asimismo, la importancia del voto 1102-F-SI-2010 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, estudiado anteriormente. Esto en el tanto al evocarle en la sentencia se evidencia una continuidad de criterio, buscando dejar en claro la existencia del consentimiento informado como un derecho del paciente y una obligación de necesario acato de parte del profesional en medicina.

En el caso en concreto, si bien, el resultado es iatrogénico, la calificación de funcionamiento anormal se da entonces no en razón a ello, sino en razón a la falta de consentimiento informado. Esto por cuanto queda claro que se limitó a la actora en su esfera de derecho personal.

Resolución 0138-2012 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Séptima.

Trasfondo del caso

La resolución 0138-2012 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Séptima, es emitida a las catorce horas del veinticuatro de octubre del dos mil doce. Es referente al proceso ordinario establecido por L.V. J. J y contra la Universidad de Costa Rica.

Conforme lo que consta en autos, la actora en marzo del 2004 acudió a los servicios odontológicos brindados por la Facultad de Odontología de la Universidad de Costa Rica a fin que le fuera colocada una pieza dental faltante en el cuadrante cuatro, la primera molar inferior derecha, que había perdido años atrás.

Se le asignó al estudiante de quinto año J.C.A, quien contaba con la supervisión del Dr. M. A. C. El 25 de marzo del 2004 el estudiante presentó el caso de la actora a su supervisor, siendo que a la señora L.V. J. J se le propusieron varias opciones para reponer su pieza dental faltante, siendo que ella de acuerdo con sus posibilidades económicas eligió una restauración por prótesis fija.

Este tratamiento odontológico requería el desgaste de esmalte de las piezas dentales colindantes a la pieza faltante. Posterior a ello se procedió a la toma de impresión definitiva de la zona, enviando los registros al laboratorio dental donde elaboraría el puente de metal de porcelana definitivo que sería utilizado a modo de prótesis.

Posterior a realizar varios ajustes a la prótesis dental, ésta no se ajustó bien y resultó defectuosa, causando irritación y dolor a los tejidos de la actora. En razón de lo anterior, la señora L.V. J. J solicitó un cambio de estudiante para continuar con el tratamiento, pues consideraba que éste no estaba siendo realizado de forma idónea. En esta ocasión, le fue asignado el doctor F. J, quien valoró el caso y solicitó nuevas radiografías, determinando la

necesidad de realizar un tratamiento de nervio a las piezas dentales colindantes a la prótesis, intervenciones que fueron realizadas por las estudiantes R. S y S. C.

Debido a que persistieron los dolores y molestias que acusaba, fue posteriormente, atendida por el Doctor J. P. M. G, especialista en Endodoncia, que diagnosticó una periodontitis apical aguda en una de las piezas dentales. Este médico procedió a rehacer el tratamiento de nervio y refirió a la actora al Servicio de Odontología del Hospital Calderón Guardia, para interconsulta con la doctora M. P, especialista en dolor orofacial, a efectos de descartar otro tipo de trastornos.

Siendo que la actora continuó sufriendo de dolores severos, en fecha del 25 de julio del 2005 el Doctor M. G decidió aplicarle un corticoide en la zona como antiinflamatorio, pero persistió el problema de dolor y además, se presentó en la pieza dental calcificación del conducto mesio-lingual. En razón de esto se le manifestó a la actora que la pieza dental podría perderse, pero que la Facultad de Odontología se encargaría de reponerla sin ningún costo. Sin embargo, la señora L.V. J. J decidió en ese momento retirarse del tratamiento y no regresar más a la Facultad de Odontología.

En razón de lo anterior, la señora L.V. J. J inicia un proceso ordinario ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José y contra la Universidad de Costa Rica, en el cual solicita que se declare que la demandada no le ofreció un servicio de calidad, sino que como efecto de éste se le causaron daños a su dentadura. Solicita que la demandada pague los daños y perjuicios (materiales y morales) causados, así como el valor de lo pagado por el tratamiento y las costas personales y procesales.

Ante esta demanda, la Universidad de Costa Rica responde oponiéndose a ésta en todos sus extremos e interponiendo la excepción de Litis consorcio pasivo necesario incompleto (que es resuelta interlocutoriamente mediante resolución 675-2007 de las diez

horas del quince de mayo del dos mil siete) y las excepciones de falta de derecho, falta de interés actual, falta de legitimación ad causam activa y pasiva y la genérica sine actione agit.

Es importante mencionar que el dictamen pericial rendido al Juzgado Contencioso Administrativo por la Doctora C. M y el Dictamen Médico Legal rendido por el Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial y con fecha del 01 de marzo del 2012, concluyeron en la inexistencia de una mala praxis médica.

Al respecto, el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, en sentencia número 239-2012 resuelve:

*POR TANTO: Se rechaza por improcedente la excepción de sine actione agit y se rechazan las excepciones falta de legitimación ad causam activa y pasiva. Se declara con lugar la excepción de falta de derecho y en consecuencia, se declara sin lugar en todos sus extremos la demanda planteada. Son ambas costas de este proceso a cargo de la parte actora.*³³⁵

Es, en razón de lo anterior, que la actora realiza la apelación de sentencia que da origen al voto en estudio, aduciendo que la sentencia viola las reglas de la sana crítica. Menciona que la demandada ocultó la placa de rayos equis que le realizó antes de iniciar el tratamiento, siendo que fue solicitado en varias oportunidades y la demandada no negó su existencia, pero tampoco lo aportó, siendo que lo que remitió fue un CD en blanco. Considera la actora que de haberse aportado la prueba se hubiera demostrado que su

³³⁵Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sentencia 0239-2012 de las catorce horas cuarenta y nueve minutos del treinta y uno de enero del dos mil doce.

dentadura se encontraba en mejor condición de previo a iniciar el tratamiento que la que describió la demandada.

Asimismo, aduce que no es cierto que ella abandonara el tratamiento de forma voluntaria, sino que fue expulsada debido al mal servicio que se le estaba brindando. Asimismo, menciona que el perito faltó a la verdad al indicar que los dolores de cabeza que padecía se debían a una neuralgia del trigémino, en el tanto, nunca había sido tratada por ese tipo de dolencia.

Señala que, en razón de lo anterior, no ha habido una adecuada valoración de los hechos, por lo que solicita que se anule o se revoque la sentencia de instancia.

Consideraciones legales realizadas por el Tribunal.

De previo a entrar al análisis del caso en concreto, el Tribunal inicia realizando breves reflexiones en torno al recurso de apelación, siendo que establece consideraciones similares a las referidas en la resolución estudiada anterior a ésta. Enfatiza en la necesidad que el apelante manifieste de forma clara las objeciones que tenga contra la resolución impugnada, manifestando, precisamente, cuales son los yerros cometidos por el a-quo, siendo que desde esa óptica es que se examinará el recurso.

Continúa haciendo referencia al Régimen de Responsabilidad Objetivo de la Administración Pública, donde se realizan las mismas reflexiones establecidas en la resolución estudiada de previo a ésta en torno al tema. Se realiza el mismo análisis en torno a la normativa relevante al Régimen de Responsabilidad Objetiva, así como los criterios en torno a los conceptos de legitimidad, ilegitimidad, normalidad y anormalidad, ello evocando la Sentencia 584-F-2005 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Se hace referencia, también, al nexo de causalidad y a los eximentes de responsabilidad administrativa.

Entra a estudiar, entonces, la resolución el tema de la inexistencia de prueba, en cuanto al consentimiento informado en el caso en concreto. Inicia señalando el derecho de los usuarios de los servicios de salud de ser informados en detalle del padecimiento, los posibles tratamientos y los riesgos que conlleven. Al igual que la resolución anterior, evoca al voto 1102-F-SI-2010 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y el doble sentido del consentimiento como un derecho y un requerimiento.

Al analizar el caso concreto desde esta perspectiva, se menciona como en autos consta un informe de la demandada donde ha indicado que de previo a iniciar el tratamiento se le explicó a la paciente en qué consistía éste, siendo que argumenta que en todo momento sabía que se le harían desgastes en las piezas naturales colindantes a donde se pondría la prótesis. Continúa indicando que la señora L.V. J. J consiente y dice saber con toda seguridad las condiciones del tratamiento, ya que había sido tratada con restauraciones similares anteriormente.

Señala el Tribunal, sin embargo, que contrario a ese argumento, no existen pruebas en autos que evidencien la prueba de un consentimiento informado a la actora sobre los alcances, riesgos y dolores que podrían generar al procedimiento.

Menciona que de acuerdo con la prueba testimonial que se realizó al Dr. A. C, éste indicó que los riesgos del tratamiento le son explicados al paciente al inicio y que esta información se suele hacer de manera verbal, dejando constancia a veces en el expediente, pero sin la aplicación de fórmulas liberatorias de responsabilidad.

Asimismo, se establece que a pesar de los requerimientos formulados por el despacho de instancia, la demandada no acreditó haber realizado una radiografía panorámica en la que constara la condición de las piezas dentales al inicio del procedimiento, siendo que por el tipo de tratamiento se requería de radiografías antes,

durante y después de efectuado. Esto para tener un criterio con base en el estado tanto del hueso como del nervio.

Respecto a lo anterior, indica el Tribunal:

La pericia recibida es clara al señalar que los procedimientos efectuados en la Universidad de Costa Rica, según consta en el expediente clínico de la actora y según el testimonio de la accionante fueron en su mayoría procedimientos de los cuales deberían existir más pruebas de respaldo en los procedimientos efectuados como radiografías iniciales, los que hubieran ayudado al profesional y al estudiante a realizar un mejor diagnóstico y plan de tratamiento, procedimiento que en el caso de la actora no fue observado. En criterio de ésta Cámara, la parte demandada no acreditó por prueba idónea que de previo a iniciar el tratamiento se le advirtiera a la paciente los riesgos, dolores y molestias que le podría generar el procedimiento, y que dada la condición de las piezas 4.5 y 4.6, existía posibilidad de realizar el procedimiento de tratamiento de nervio o de extracción. Lo anterior con el propósito de obtener su consentimiento, todo lo cual debió ser advertido con claridad, con el fin de eximirse de cualquier tipo de responsabilidad generada con ocasión del tratamiento al que sería sometida la paciente, lo cual no consta en autos que hiciera la demandada.³³⁶

³³⁶Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Séptima, Resolución 00138-2012 de las catorce horas del veinticuatro de octubre del dos mil doce.

Ahora bien, en lo que refiere a la existencia de responsabilidad objetiva de parte de la demandada, el Tribunal inicia evocando el voto 875-F-2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, donde se analiza el acto médico y lo que comprende, siendo la obligación del profesional en medicina de poner todos los conocimientos a efectos de mejorar la salud del paciente, constituyendo una obligación de medios, bajo el principio que el paciente ingresa a recibir el servicio buscando curarse y no enfermarse más.

Desde este criterio, entiende el Tribunal que al analizar la prueba bajo la sana crítica racional, resulta clara la existencia de responsabilidad objetiva de parte de la demandada por funcionamiento anormal, siendo que existe una relación de causalidad entre el servicio médico que se presentó y el daño que sufrió la paciente. En razón de ello y a la luz del artículo 190 de la Ley General de Administración Pública, al haber un daño derivado del funcionamiento público, se debe indemnizar los daños y perjuicios.

Continúa refiriéndose el Tribunal respecto del daño moral, evocando el voto 112-1992 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, estableciendo que el daño moral se verifica cuando se lesione la esfera de interés extra patrimonial de un individuo. Se entiende que el daño moral subjetivo vulnera o perturba las condiciones anímicas del individuo, mientras que el objetivo repercute en el patrimonio.

En razón de lo anterior, siendo que el daño moral consiste en dolor o sufrimiento físico o psíquico y que en el caso en concreto el tratamiento odontológico causó dolores y molestias a la paciente, que le generaron angustia y preocupación, se reconoce que el daño subjetivo ha sido infringido y se reconoce por éste la suma de un millón de colones.

En lo que refiere al daño material, el Tribunal reconoce la suma de ciento ochenta y cinco mil seiscientos colones, correspondiente a lo que la actora canceló para el tratamiento odontológico. Asimismo, en lo que refiere a perjuicios, se reconoce intereses legales sobre el daño material y moral subjetivo reconocido en sentencia, contados desde la firmeza de

esta sentencia y hasta su efectivo pago. Asimismo, se revocó la condena en costas de la actora y en su lugar se condenó a la parte demandada a ese extremo.

Comentarios al caso

Se encuentra la figura de la iatrogenia, en este caso, en un servicio odontológico, donde la accionante buscó reemplazar una pieza dental que había perdido y en la técnica aplicada primeramente debía realizarse trabajo sobre las piezas colindantes a la zona. En este caso, el tratamiento aun cuando fue realizado de forma debida (como fue posteriormente determinado mediante prueba pericial), fue rechazado físicamente por la señora L.V. J. J, siendo que no se ajustó bien y se le produjo dolor crónico e irritación.

Difiere este caso de los estudiados previamente, en el tanto no hubo condenatoria favorable para la actora en primera instancia, sino que se le declaró sin lugar la demanda a partir de la aceptación de una excepción de falta de derecho.

En lo que refiere a las consideraciones legales realizadas por el Tribunal, se evidencia el uso de las mismas fuentes jurisprudenciales que en la resolución analizada anteriormente, en lo que refiere a las reflexiones en torno al recurso de apelación, el Régimen de Responsabilidad Objetiva de la Administración Pública, el acto administrativo (en lo que refiere a su legitimidad, ilegitimidad, normalidad o anormalidad) y elementos esenciales del consentimiento informado.

Esta utilización de los mismos criterios y referencias jurisprudenciales en torno al análisis general de estos temas evidencia el deseo de las autoridades judiciales de mantener una misma línea de pensamiento, estableciendo como dogmas criterios anteriores a efectos de brindar un trato equitativo a la hora de analizar los casos particulares. Sin embargo, trae como desventaja que, en ocasiones, puede resultar muy genérico o no brindar una aproximación precisa al caso, siendo que evoca criterios en torno a la figura de estudio,

pero no en su relación respecto de las partes involucradas, cosa que se analiza sin profundizar ampliamente en ello propiamente en los criterios del Tribunal.

En lo que respecta del análisis del caso concreto, al referirse al consentimiento informado, el Tribunal argumenta que no se evidencia en autos que se le hubiera informado a la actora sobre los riesgos del procedimiento al que se iba a someter, siendo que lo más cercano a ello es la prueba testimonial donde se indica que a los pacientes se les indica de manera verbal los pormenores de la intervención y que de ello a veces se deja constancia en el expediente.

De igual forma se determina que no se aportaron radiografías donde constara el estado de las piezas dentales de la actora a lo largo del tratamiento, lo que era necesario para tener un criterio en torno al estado del hueso.

Estas consideraciones resultan importantes en tanto son los elementos que fundamentan la consideración de existencia de Responsabilidad Objetiva de parte de la demandada, en el tanto, son los criterios que determinan la presencia de un funcionamiento anormal en la prestación del servicio.

En razón de lo anterior, es que desde los criterios de la Sana Crítica Racional se puede determinar la existencia de una relación de causalidad entre el accionar de la demandada y los daños producidos, siendo, entonces, que no cabía la excepción de falta de derecho que fue acogida en primera instancia. Asimismo, es fundamento para determinar el reconocimiento de daño moral subjetivo y de la indemnización de daños y perjuicios.

Se evidencia, entonces, que en este caso, al igual que en los anteriores, aun cuando se está ante un acto médico practicado de conformidad a la Lex Artis ad hoc que devino en resultados iatrogénicos, es por el carácter de falta de consentimiento informado que se genera la Responsabilidad Administrativa Objetiva y a partir de ello la indemnización de

daño moral, daños y perjuicios, en el tanto, es ese último factor el que ha sido considerado de fundamental tutela e indispensable en la práctica médica, siendo su omisión (en un ambiente ajeno a la mala praxis) constitutivo de un acto administrativo de prestación de servicios médicos anormal.

Sección Segunda: Análisis de casos en la jurisprudencia Española.

A nivel de los Tribunales Judiciales Españoles, existe una gran gama de resoluciones judiciales, relacionadas a la responsabilidad médica por ausencia del consentimiento informado en casos en los cuales del procedimiento médico se ha desencadenado un resultado iatrogénico. Para poder establecer la argumentación y posición que han tomado dichos tribunales en relación con esta materia, se estudiará un caso civil en relación con medicina curativa y un caso de medicina voluntaria, dos casos analizados bajo la jurisdicción contencioso administrativo y por último el análisis del Tribunal Constitucional, del consentimiento informado.

Caso Civil: Resolución No. 9 del dieciséis de enero del 2012 del Juzgado de Primera Instancia Número 50 de Madrid.

Trasfondo del Caso

Proceso ordinario, presentado ante el Juzgado Primera Instancia de Madrid, por la actora Doña A contra D. J y Centro Médico Menorca, S.L; la cual solicita el pago de la parte demandada de treinta y ocho mil quinientos noventa y cinco euros con ochenta y un céntimos (38.595,81), por concepto de indemnización por perjuicios derivados de la realización de una intervención de mastopexia con prótesis, practicada por el demandado.

Los hechos que sustentan el proceso se producen en fecha del 20 de abril del 2001, la actora se realizó un mastopexia bilateral con prótesis, efectuada por el Dr. J en el centro Médico Menorca, S.L y una posterior intervención el 16 de Octubre de 2001 con el objeto de practicar una corrección de la cicatriz, un retoque y un aumento de la prótesis inicialmente implantada.

Durante el 18 de marzo del 2008, la señora A en una mamografía practicada, se le informa que posee una rotura de la prótesis derecha y una rotación del implante izquierdo, extremos que fueron confirmados con la resonancia magnética practicada el 28 de Abril de 2008. Por lo tanto, la parte actora el 23 de mayo del 2008, se tuvo que someter a una intervención quirúrgica para proceder al cambio de implantes.

Por lo tanto, la parte actora basa su acción en la negligencia del demandado en la realización del procedimiento médico y en la inexistencia de un adecuado y suficiente consentimiento informado al paciente.

La parte demandada solicita la desestimación de la demanda al considerar, que la intervención quirúrgica se realizó mediante las normas de la Lex Artis médica y que la ruptura de los implantes constituyen una falla en la producción de estos.

Consideraciones legales realizadas por el Juzgado

En referencia al primer motivo de la acción referente a la producción de una mala praxis médica como originadora del daño, el Juzgado determina que, efectivamente, se tiene por acreditada la rotura de la prótesis mamaria derecha y la rotación completa del implante izquierdo; menciona que aunque anteriormente la jurisprudencia establecía que en aquellos casos de intervenciones quirúrgicas reparadoras o perfectivas (medicina voluntaria), la obligación del médico consistía en conseguir el resultado querido por su

cliente, en un acto médico en una categoría de *locatio operis*"; actualmente, dicha tesis fue superada, por lo tanto, dicho Juzgado señaló al respecto:

(...)la distinción entre obligación de medios y de resultados ("discutida obligación de medios y resultados", dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Junio de 2007), no es posible en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuya diferencia tampoco aparece muy clara en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquicos y social, y no sólo físico. La responsabilidad del profesional médico es de medios, y como tal no puede garantizar un resultado concreto, obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no sólo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención.³³⁷

³³⁷Juzgado de Primera Instancia Número 50 de Madrid, Resolución número 9, del dieciséis de enero del 2012, obtenida el doce de abril del 2015 de <http://www.legaltoday.com/informacion-juridica/jurisprudencia/civil/sentencia-juzgado-de-primera-instancia-provincia-de-madrid-num-13262009-16-01-2012>

En razón de lo anterior, el Juzgado determinó que, en casos de medicina voluntaria, la obligación del médico será de medios, en el cual éste deberá aplicar todas las normas y prácticas de la Lex Artis Médica, sin que exista una obligación de resultados. Lo anterior, dado que ésta dependerá del organismo de cada paciente. Por ende señala que en estos casos corresponde a la parte actora acreditar que el demandado realizó una mala praxis médica, lo cual no fue establecido en juicio, por ende se desestima el primer motivo de la demanda al considerarse la actuación médica conforme con la Lex Artis Ad Hoc.

En segundo término, se analizó la responsabilidad médica basada en la ausencia del consentimiento informado brindado a la paciente. Señaló en un primer plano que si bien el procedimiento del consentimiento informado es obligatorio en todo acto médico, el deber de informar se acrecienta más y adquiere mayor rigurosidad en los casos de intervenciones estéticas como es el caso en estudio, ya que el paciente debe conocer los riesgos y consecuencias de la intervención, los cuales, en muchas ocasiones, van a determinar si el paciente accede o no a la realización de intervención estética. Considera que el profesional debe informar sobre las probabilidades del resultado, advertir de cualesquier secuelas, riesgo, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica; por ende, debe advertir de aquellos riesgos considerado como remotos o poco probables.

Establece que, según lo estipulado en la Ley General de Sanidad de 15 de Abril de 1986, la información proporcionada al paciente debe ser probada por la parte demandada que ha de acreditar el efectivo conocimiento del paciente del pronóstico, riesgos, alternativas de tratamiento, posibilidades de éxito y precauciones necesarias, al encontrarse en mejor situación para acreditar dicho extremo, conforme con el artículo 217 de la L.E.C. Considera que se configura el daño como la traducción de un riesgo típico asociado a la intervención médica del que el paciente, el cual tuvo que ser informado previamente al procedimiento médico que le dio origen.

El caso en estudio, estimó, que si bien, consta en el adverso del historial clínico de la actora una serie de dibujos que manifiestan que la parte demandada efectuó, a fin de explicar a la actora la intervención que se iba a realizar, la parte demandada no pudo acreditar que se le informó a la paciente la posibilidad de rotura de los implantes, siendo un riesgo inherente a la operación aunque fuese considerado como mínimo, señalando al respecto:

*Por lo que, con independencia de si dicha rotura se ha producido por un defecto en la prótesis, lo cierto es que la actora debió conocer que el riesgo existía, aunque fuera inferior en otro tipo de prótesis, a fin de que atendiendo a dicho riesgo, materializado, pudiera optar libremente por realizarse o no dicha intervención. Sin que pueda estimaren salvada dicha falta de información por el hecho de que la actora suscribiera en las mismas fechas de sus intervenciones los consentimientos informados que se adjuntan al escrito de contestación a la demanda como documentos números 14 y 20, de carácter totalmente genérico y de los que no puede deducirse que la actora hubiera sido informada con rigor, detalle y exactitud, de los riesgos de intervención.*³³⁸

Por lo que concluyó, que se trasgredió el deber de información, condenándose a la parte demandada a indemnizar el daño causado a la parte actora, la cual deberá abonar el importe de la mastopexia con prótesis que se vio obligada a realizar como consecuencia de la rotura del implante mamario derecho y por concepto de daño moral el pago 500 euros,

³³⁸Juzgado de Primera Instancia Número 50 de Madrid, Resolución número 9, del dieciséis de enero del 2012, obtenida del doce de abril del 2015 de <http://www.legaltoday.com/informacion-juridica/jurisprudencia/civil/sentencia-juzgado-de-primera-instancia-provincia-de-madrid-num-13262009-16-01-2012>

atendiendo a qué la actora se vio obligada a realizarse una nueva intervención quirúrgica con sus riesgos inherentes de mastopexia con implantes, que podría pensarse que de haber conocido el riesgo de rotura, se hubiera podido no practicar inicialmente.

Comentarios del Caso

La sentencia en estudio es de gran relevancia, ya que realiza, primeramente, la afirmación que en caso de medicina voluntaria (tratamientos estéticos), al igual que en la medicina curativa, la obligación del profesional médico es de utilizar todos los medios a su alcance para obtener el efecto deseado por el paciente, por lo tanto, no lo es de obtener un resultado determinado, ya que cada organismo puede reaccionar de formas distintas de un tratamiento médico, lo cual no puede ser controlado por el médico. Su relevancia radica en que a nivel doctrinal, como se estudió en el primer capítulo, se ha considerado que en casos de medicina voluntaria la obligación debería ser de resultados, ya que el paciente espera una modificación determinada en su cuerpo y por la cual se somete a una intervención.

En este trabajo de investigación, se considera, efectivamente, que debe ser una obligación de medios, ya que, si bien, es cierto que el médico debe cumplir con las estipulaciones de la Lex Artis Médica en relación con un procedimiento médico establecido, esto no determina un resultado positivo, ya que existen, tanto riesgos típicos como atípicos que se podrían presentar dependiendo de cada organismo; sin distinción alguna en que fuese un tratamiento curativo o voluntario.

Asimismo, es interesante la afirmación del Juzgado de señalar que en los casos de medicina voluntaria la obligación del cumplimiento informado debe ser mucho mayor y más detallada en comparación a los de medicina curativa, ya que es el medio por el cual el paciente decide finalmente hacerse un procedimiento médico determinado o no. Se considera en este caso, que el cumplimiento de dicho deber no debe existir más estricto en

la medicina voluntario o curativa, ya que como garantía de un derecho fundamental su rigurosidad debe ser por igual en todos los casos de atención médica.

En relación con los presupuestos de la forma y contenido del consentimiento informado; es de gran relevancia mencionar que la resolución señala la obligación de médico de informar al paciente sobre los posibles resultados adversos, secuelas, probabilidad de riesgos y complicaciones de una intervención médica; y principalmente, de los riesgos poco probables, los cuales, en muchas ocasiones, son omitidos por los médicos por considerar que no ocurrirán. Sin embargo, en aquellos casos en los cuales se realice una información parcializada el consentimiento es inválido.

En la misma línea, en relación con la carga de la prueba, en casos de ausencia del consentimiento informado, el médico debe acreditar que proporcione la información completa e idónea y obtuvo la autorización del paciente para realización de un acto médico, ya que de otra manera se pondría al paciente a acreditar una situación negativa dejándolo en indefensión, lo cual se encuentra en congruencia con la tesis sostenida en este trabajo de investigación.

Por último, no se puede dejar de lado la consideración del Juzgado que se produce el daño en casos de ausencia del consentimiento informado, ya que el paciente debe soportar un riesgo típico asociado a una intervención médica, el cual no conocía o no consintió. Se sigue dicho presupuesto, ya que al paciente se le causa un daño y una lesión producto del riesgo de la intervención, vetándosele su derecho a no tener que sufrirlo, el cual pudo ser evitado si hubiera conocido anteriormente que se podía producir.

Caso Civil: Resolución No. STS 8738-2012, del veinte de noviembre del 2012, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Cuarta de Madrid.

Trasfondo del Caso.

La resolución número STS 8738-2012, es dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por el recurso casación interpuesto por D. León contra la resolución de número 171/2010 del día cinco de mayo de dos mil once dictada por la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa de la Audiencia Nacional, desestima el recurso interpuesto por D. León, contra la desestimación por silencio de la reclamación de responsabilidad patrimonial por deficiente prestación sanitaria presentada ante el Servicio Provincial de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE) de Valencia; posteriormente, ampliado a la resolución expresa dictada por la Ministra de la Presidencia de 12 de junio de 2009, por la que se desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial solicitada. El recurrente considera que existió una deficiente prestación sanitaria y reclama 170.000 euros en concepto de secuelas y minusvalía, por las complicaciones que tuvo que padecer el mismo, a raíz de la intervención de 12 de noviembre de 2005 y por falta del consentimiento informado; el daño moral inherente y el tiempo que estuvo de baja laboral.

La administración contesta el recurso señalando, la inexistencia de responsabilidad patrimonial imputable a la Administración del Estado al no ser achacable el daño que se reclama al funcionamiento del servicio público. Consideran, que para la declaración de responsabilidad patrimonial es preciso que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sin que la Administración del Estado deba responder cuando la prestación sanitaria se realiza por una entidad concertada.

Los hechos que sustentan el proceso se presentan el 28 de abril del 2011, cuando el señor León fue intervenido por vía laparoscópica realizándosele una Funduplicatura Tipo Nissen, por Reflujo Gastroesofágico; intervención para la cual existe documento del consentimiento informado firmado por éste.

Durante el 2004, posteriormente a varias exploraciones, se le diagnostica hernia paraesofágica y hernia del hiato con reflujo gastroesofágico y, por lo tanto, se le informa la necesidad de una nueva intervención, la cual fue realizada el 12 de noviembre del 2005, en ésta se aprecia migración de Nissen, Disección de Nissen y esófago. Descenso de Nissen a cavidad abdominal y obtención de 2 a 3 cm de esófago abdominal. Cierre de pilares en la confluencia de esta con 2 puntos y en la porción superior con 2 puntos. Fijación de Nissen a pilar izquierdo y ligamento triangular hepático. Para esta intervención, no se presenta documento del consentimiento informado y el paciente señala desconocer del procedimiento y riesgos de la intervención.

Posteriormente, después de varios estudios médicos ecografía, videoendoscopia, manometría esofágica, gastroscopia y TAC es intervenido una tercera vez el 30 de marzo de 2006. En la hoja de protocolo quirúrgico consta: adherencias de curvatura menor a hígado; liberación de curvatura menor; disección muy dificultosa del hiato disecado fundus se quitan unas 7-8 grapas e hilo de sutura; liberación de pilares dificultosa. Así mismo, el paciente no cuenta con una recuperación total al presentar una atonía esofágica irreversible, existiendo la posibilidad de empeoramiento y necesidad de sucesivos tratamientos quirúrgicos en función de la evolución.

Mediante informes se establece que en relación con la primera intervención se realizó correctamente conforme con la Lex Artis Ad Hoc, así mismo, se manifestó que la no realización de una pexia no es una práctica inadecuada y que si no se hizo es porque técnicamente en aquel momento no se podía hacer. Y técnicamente se resalta el dato de que el Nissen duró varios años.

En referencia a la segunda intervención, se determinó igualmente que fue precisa y practicada dentro de los márgenes adecuados a la buena praxis médica y, por ende, las complicaciones del paciente son un riesgo de la intervención.

Por lo tanto, la parte actora realiza el recurso de casación, principalmente, en referencia a dos aspectos: configuración de la responsabilidad administrativa y responsabilidad por falta del consentimiento informado brindado al paciente.

Consideraciones legales realizadas por la Sala

La Sala en el momento de analizar el recurso de casación primeramente se refiere a la responsabilidad administrativa, que puede acarrear el Estado por la actuación realizada por ADELAS, en razón del convenio suscrito en dicha institución de sanidad y la administración; señalando al respecto que la administración no es la titular del servicio sanitario en esta ocasión, por lo tanto, el daño no proviene de ésta. Siendo así se declara sin lugar la responsabilidad administrativa.

Por lo tanto, el órgano jurisdiccional entra a analizar el tema de fondo, que en este caso consiste en la falta del consentimiento informado del paciente de la segunda intervención. En la sentencia se estableció que no existe documento que plasme, que se proporcionó la suficiente y completa información del procedimiento quirúrgico al que fue sometido, así mismo, se tomó en consideración dos circunstancias relevantes: por un lado, que la segunda intervención tiene un porcentaje de éxito inferior a la primera, es decir, tiene mayores riesgos porcentuales que la anterior; por otro lado, que cabe la posibilidad de sustituir la intervención quirúrgica por tratamiento médico, sin perjuicio de que no fuera la opción más recomendable por las circunstancias que ya se han señalado.

Así mismo, menciona que la regulación Española estipula la exigencia del consentimiento escrito de usuario para la realización de intervenciones quirúrgicas,

procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente; con excepción de los casos de urgencias.

En razón de lo anterior, señalan, que la información brindada al paciente condiciona la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos, sin embargo, señala que el consentimiento informado no excluye la posibilidad de brindarlo oralmente, pero la nueva Ley de Sanidad al establecer la obligación de documentar dicho consentimiento invierte la carga de la prueba estableciendo que el personal médico debe comprobar que se realizó dicho procedimiento al paciente.

Señala que la constante jurisprudencia, ha determinado que la ausencia del consentimiento informado, constituye una infracción de la "lex artis" y revela, por ende, una manifestación anormal del servicio sanitario; también, menciona que no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento, sino que debe presentarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad.

La resolución, en referencia a la omisión del consentimiento, sostiene que se puede constituir su infracción por la omisión completa o por descuidos parciales, los cuales incluyen la obligación de informar al paciente de todos los riesgos que posee una intervención quirúrgica y las consecuencias que se pueden derivar de ésta. La incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, no exime de la comunicación al paciente del mismo ni su baja o reducida tasa de probabilidad acerca de su producción.

En conclusión, la Sala da parcialmente con lugar el recurso, determinando:

La parte solicita los intereses de la citada cantidad desde la reclamación administrativa.

Teniendo en cuenta que no se ha acreditado mala praxis alguna en la actuación médica que nos ocupa, salvo lo referido al consentimiento informado, y las cifras que habitualmente se conceden por esta Sala en supuestos similares, fijamos la cantidad a percibir en concepto de indemnización y cuantía a fecha de esta sentencia la cifra de 60.000 euros, a cuyo efecto tenemos en cuenta lo que hemos expuesto anteriormente, edad del recurrente y necesidad de la intervención practicada.³³⁹

Comentarios del Caso.

En relación con la resolución en estudio es fundamental el relieve que realiza ésta de acuerdo con que el consentimiento informado constituye una garantía para el paciente que le permite escoger cuál procedimiento médico menos riesgoso y cuál se encuentra más acorde con su concepción de vida. Por lo tanto, se enfatiza la importancia del derecho a la información, ya que ésta condiciona si el mismo acepta o rechaza un acto médico determinado.

También, menciona, que si el consentimiento informado ha sido omitido completamente o por descuidos parciales, como fue señalado en la sentencia civil del caso de medicina voluntaria, en casos en los cuales no se proporciona al paciente todos los riesgos típicos de la operación o las consecuencias de baja o reducida probabilidad, se presentaría una violación a la Lex Artis médica y una prestación anormal del servicio sanitario.

³³⁹Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Cuarta de Madrid, resolución número STS 8738-2012, del veinte de noviembre del 2012, Poder Judicial de España. Obtenido el 12 de abril del 2015 de <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=TS&reference=6608110&links=%226157/2011%22&optimize=20130122&publicinterface=true>

En la misma línea, a lo señalado en la resolución, se es del criterio que el paciente debe conocer todos los riesgos típicos del procedimiento médico a autorizar, en caso en que se presentara una autorización del paciente para la realización del procedimiento y éste haya recibido la información en forma parcial, este sería inválido y, por ende, acarrearía responsabilidad por parte del médico tratante.

Es importante mencionar, que la legislación Española establece que aquellos casos de intervenciones quirúrgicas o tratamientos riesgosos, se debe establecer el consentimiento informado por medio de un formulario debidamente firmado por el paciente, que contenga los riesgos o secuelas que se pueden producir de la intervención; estableciendo la obligación de probar que se realizó el proceso del consentimiento al médico.

Se ha considerado dentro de este trabajo de investigación, que si bien es cierto la utilización de formularios de consentimiento informado son muy relevantes para el personal médico en el momento de probar a nivel judicial la existencia del consentimiento del paciente, para la realización del procedimiento médico determinado; estos no deben sustituir que el medico verbalmente brinde la información necesaria al paciente, para que este brinde su autorización, el proceso debe ser interactivo donde el médico y el paciente, intercambien opiniones y en el cual este último consulte todas aquellas dudas que posea al respecto; se considera que los formularios deben presentarse posteriormente a la conclusión de dicha fase.

Caso Contencioso Administrativo: Resolución No.EDJ-2010/140122, del veintinueve de junio del 2010, de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Madrid.

Trasfondo del Caso

Recurso de casación interpuesto por la procuraduría contra la sentencia desestimatoria de fecha 1 de julio de 2008, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, deducido por aquella contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento de los Servicios Sanitarios, ampliado a la resolución expresa desestimatoria de 30 de marzo de 2007.

La resolución impugnada determinó, que la obligación médica es de medios y no de resultados, así mismo, señaló que el médico tratante debe realizar todas las diligencias a su alcance teniendo en cuenta las normas de la Lex Artis en su actuación, cuyos efectos se pueden ver condicionados por la propia naturaleza humana del paciente. Consideró, por ende, que en el supuesto de autos, se admite la relación causal entre la intervención de extirpación del quiste vaginal y la complicación surgida de apertura vesical; pero si cierto es lo anterior, también lo es que concurren los consentimientos exigidos, y que el actuar médico fue conforme con la Lex Artis, de forma que a falta de antijuridicidad, pues la lesión en vejiga es un riesgo inherente a toda intervención que se haya en el tabique vesicovaginal, fue correcto, por ende, el abordaje de la lesión que evolucionó favorablemente, por lo tanto, determinó desestimar la causa.

Los hechos que sustentan el recurso, versan sobre la atención de la parte actora por Servicio de Ginecología del Hospital Clínico de San Carlos, a partir del 30 de septiembre de 1998.

En fecha del 18 de junio de 1999 fue diagnosticada con un quiste vaginal, por el Servicio de Cirugía General, los cuales señalaron como hallazgos: lesión quística en pelvis, detrás de la vejiga y anterior a útero y vagina. Por lo tanto, el 02 de junio del 2004, posteriormente, a un estudio ecográfico, la paciente manifestó su deseo de operarse por razones deportivas, programándose la intervención para el 09 de agosto del 2004, y firmando el correspondiente documento del consentimiento. Durante la intervención ginecológica vía vaginal se produjo una apertura vesical amplia, lo cual produjo que el urólogo de guardia procediera al cierre de la vejiga en lo posible.

El 10 de agosto del 2007, tuvo que ser re-intervenida por el Servicio de Urología procediéndose a la reconstrucción cervico-vesical y cistorrafia posterior longitudinal con reimplantación ureterovesical bilateral, dándola de alta el 13 de setiembre del 2004.

La parte actora presenta el recurso de casación, al considerar una inadecuada valoración de la prueba en relación con el consentimiento informado al paciente, señala que de la lectura del documento del consentimiento informado de la operación de la extirpación del quiste vaginal que provocó la lesión objeto del procedimiento; se desprende que se trata de un documento genérico, en el cual no se exponen los riesgos del procedimiento ni la lesión causada a la paciente. (Apertura vesical).

El segundo motivo del recurso versa sobre la vulneración de la tutela judicial efectiva, al haberse infringido el principio de igualdad de armas al colocar a la parte actora en un estado de indefensión, al tener que probar un hecho negativo como lo es la falta de información recibida. Finalmente, considera que no se ha valorado correctamente la responsabilidad objetiva de la administración; la relación causal entre su actuación y el resultado dañoso y la existencia de un daño antijurídico.

La defensa solicita la desestimación del recurso, al señalar que dentro del expediente médico consta el consentimiento informado del paciente debidamente firmado

por éste, así mismo, menciona que la parte actora no señala la normativa procesal infringida ni causante de indefensión en relación con la carga de la prueba.

Consideraciones legales realizadas por la Sala

La Sala en referencia al motivo de proporcionar al paciente la información necesaria sobre el procedimiento, diagnóstico y alternativas, así como la libre elección entre las opciones que presente el médico de un procedimiento a realizar al paciente y su debido consentimiento informado; considera que a partir del Convenio de Oviedo para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto de la aplicación de la medicina y la biología, se estableció el derecho del paciente a conocer los riesgos y consecuencias de una intervención quirúrgica, sin instaurar diferencias entre los riesgos raros o frecuentes, ni tampoco si sus consecuencias son leves o graves.

Por ende, determina, que el consentimiento informado supone la libre, voluntaria y consiente manifestación del paciente en el pleno uso de sus facultades, después de recibir la información idónea del procedimiento, para autorizar una actuación médica que afecte su salud. El cual a partir de la vigencia de la Ley General de Sanidad se establece la obligación médica de realizarlo en forma escrita en aquellos casos de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente; con excepción de casos de urgencia.

Señala, que reiterada jurisprudencia de dicha Sala ha mencionado que el contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos; sin proporcionar información excesiva que convierta la atención sanitaria en desmesurada.

Estipula que un precepto legal, rígido en dicha materia dificultaría la actuación médica, así mismo, como la utilización de protocolos o documentos del consentimiento informado excesivamente largos o inadecuados; sin excluir que estos deben comprender los beneficios que obtiene el paciente del procedimiento y los riesgos que cabe esperar en caso contrario. Señala que al exigir que el consentimiento informado se ajuste a la forma documental posee capacidad para invertir la regla general de la carga de la prueba, teniendo la obligación el personal médico de probar que se proporcionó la información idónea al paciente. Sin embargo, menciona que el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye un deber de la Lex Artis médica y su no presentación en los servicios públicos sanitarios constituye una manifestación anormal del servicio sanitario.

Menciona que dicha prestación anormal de los servicios puede realizarse, tanto por la omisión completa del consentimiento informado, así como por descuidos parciales como los aquí presentados en la primera intervención de la parte actora; determina que la ausencia del consentimiento incluye todos los riesgos que entraña una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de ésta podían derivar. Insiste en que una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su reducida tasa de probabilidad de producción, siendo la segunda un deber de informar al paciente. Lleva a dicha conclusión al establecer que el documento del consentimiento informado para la extirpación de quiste vaginal, no hace alusión acerca de los riesgos específicos, consecuencias y posibles secuelas de la operación por realizar, el cual no se presenta el riesgo de la apertura vesical del paciente y su subsiguiente secuela; mientras el del 10 de agosto del 2004 (segunda intervención) se consignan los riesgos específicos del procedimiento.

No informar al paciente del riesgo de la apertura vesical, produce una violación al derecho de la autonomía del paciente, para tomar las decisiones sobre su salud, en la cual hubiera decidido aceptar o no la intervención a la vista de una posible consecuencia lesiva

grave aunque fuere de acaecimiento infrecuente, pero no improbable. Por lo tanto, la sala concluyó al respecto:

Partimos de ha habido quebranto de la "lex artis" en la prestación del consentimiento informado al no haber sido informada la paciente adecuadamente de los posibles riesgos derivados de la intervención quirúrgica.

Y esta Sala viene admitiendo (por todas Sentencia 22 de octubre de 2009, recurso de casación 710/2008 EDJ 2009/265772, con cita de otras anteriores, reiterada en la de 25 de marzo de 2010, recurso de casación 3944/2008) EDJ 2010/45296 que en determinadas circunstancias la antedicha infracción produce a quien lo padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir.

También reitera esta Sala que esa reparación dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral es de difícil valoración por el Tribunal, que debe ponderar la cuantía a fijar de un modo estimativo, y atendiendo a las circunstancias concurrentes, entre otras, los días de hospitalización (40 días), tras la segunda intervención para cervicovesical y la cistorrafía (sutura) longitudinal con reimplantación de ambos uréteres en la vejiga.

En este supuesto, establecemos en la suma de 50.000 euros actualizada a la fecha de esta Sentencia, sin perjuicio

*de los intereses que puedan resultar procedentes por demora en el pago de esta indemnización.*³⁴⁰

Comentarios del Caso.

Dicha sentencia, desarrolla prácticamente los mismos fundamentos, en referencia a la figura del consentimiento informado y su aplicación idónea en la práctica médica, se establece:

- El consentimiento informado, constituye una práctica de la Lex Artis médica, su no realización provoca una prestación anormal de los servicios de salud.
- El incumplimiento de la figura se produce, tanto por su omisión completa o parcial, se podrá determinar su violación cuando no se le expongan al paciente los riesgos de baja probabilidad de producción.
- El derecho a la información, abarca el derecho del paciente de conocer los riesgos raros y frecuentes, así como las consecuencias leves o graves, del procedimiento, lo cual le permitirá autorizar o rechazar éste.
- La carga de la prueba, en aquellos procesos por incumplimiento por parte del personal médico de dotar de información al paciente del procedimiento médico a realizar, será obligación del médico tratante.

Sin embargo, también desarrolla los requisitos para la validez del proceso del consentimiento informado, señalando que éste se debe realizar de forma libre, consciente y autónoma por parte del paciente; lo cual es fundamental para poder determinar en qué

³⁴⁰Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Madrid, Resolución número.EDJ-2010/140122, del 29 de junio del 2010. Obtenido el 11 de abril del 2015 de www.elderecho.com/actualidad/EDJ_EDEFIL20121227_0024.pdf

momento y a cuáles pacientes se les puede solicitar el consentimiento para la realización de un procedimiento determinado, introduce la figura del derecho de la autonomía del paciente, como derecho fundamental que es garantizado mediante dicho consentimiento.

También, el desarrollo que realiza en relación con los formularios del consentimiento informado, determina estos deben presentarse en casos de intervenciones quirúrgicas o en procedimientos que posean un alto riesgo; sin embargo, estos no deben ser genéricos, pero tampoco demasiado largos de forma que convierta la prestación de servicios como una actividad desmesurada. Lo cual pone en tela de duda, como debe ser el contenido del formulario, con que elementos debe contar. Igualmente, se vuelve a la discusión de la efectividad de la utilización de dichos formularios, si estos proporcionan la información que necesita el paciente o si en la práctica solamente se utilizan como un método de exoneración de responsabilidad.

Finalmente, se debe señalar que establece la responsabilidad administrativa por funcionamiento anormal de los servicios, en casos de no prestarse el consentimiento informado o cuando éste fuere inválido; teoría que es seguida en este trabajo de investigación, que fue desarrollado en el capítulo de responsabilidad médica.

Caso Contencioso Administrativo: Resolución No. EDJ-2009/240017 del dieciséis de setiembre del 2009, de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Madrid.

Trasfondo del Caso.

El recurso de casación fue presentado D^a Nicolasa contra la sentencia de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de diez de octubre de dos mil siete, la cual estimó en parte el mismo y condenó a la Mutua FREMAP al pago de la cantidad de 9.000 euros que debería satisfacer a la recurrente. El acto impugnado fue,

según la Sentencia recurrida la resolución desestimatoria por silencio del INSALUD de la petición formulada por la actora, por responsabilidad patrimonial.

Los hechos que dieron origen al proceso, se produjeron cuando la actora tenía 49 años, la cual el 6 de abril del año 2000, acude al servicio de emergencias por dolor en hombro izquierdo, que aumenta con la movilización de éste y presenta entumecimiento; posteriormente, a diversas pruebas realizadas se le diagnostica tendinitis en el hombro izquierdo, por lo tanto, se le prescribe brazo en cabestrillo, con antiinflamatorios e infiltraciones y un tratamiento de rehabilitación en Servicios Médicos del FREMAP de Ávila.

Consecutivamente, se le realiza una resonancia magnética, en la cual se le diagnostica tendinitis del supraespinoso, con disminución del espacio subacromial, sin rotura de los tendones del manguito, siendo intervenida quirúrgicamente por dicho mal el 16 de noviembre del 2000 en la clínica FREMAP, previa autorización de INSALUD, realizándosele una descompresión del espacio con extirpación de ligamento C-A, bursectomía y acromioplastia; es importante mencionar que en dicha intervención no consta documento del consentimiento informado, solamente se encuentra la autorización para la utilización de anestesia.

Después de la intervención se le practica una nueva infiltración el 31 de enero del 2000, presentando disminución de la movilidad de hombro en rotación interna y pérdida de fuerza; realizándose un estudio de ecografía, en el cual se aprecia la existencia de un derrame, sin embargo, se le da de alta el 17 de mayo del 2001.

Tras un período, se instaura el tratamiento rehabilitación, apreciándose en una ecografía mejora, pero con signos degenerativos con rotura en el tendón supra espinoso, tratamiento realizado hasta el 27 de noviembre del 2001. En fecha del 11 de diciembre del 2001, según la exploración realizada a la paciente ésta presenta hombro doloroso, sensación

de entumecimiento, limitación de movimiento de hombro izquierdo y pérdida de fuerza. Por lo que el 18 de febrero del 2002 se le practica una resonancia magnética que refleja compromiso de espacio subacromial, incapacitándose por depresión y dolor en el hombro durante el año 2003 y 2004.

Finalmente el 16 de febrero del 2004, se realiza artroscopia con limpieza en el Hospital de La Paz, observándose la existencia de adherencias, realizándose rehabilitación durante año y medio posterior a la última intervención, sin embargo, en el 2005 se diagnostica tendinitis del manguito con acromion de morfología ganchosa y nuevo osteofito inferior; quedando como secuelas en la paciente dolor en el hombro, atrofia muscular y pérdida de fuerza, con limitación de movimiento de hombro izquierdo.

La sentencia impugnada considera que la falta del consentimiento informado por sí sola y sin daño en alguno en el paciente, no origina obligación alguna de indemnizar, sin embargo menciona que en el caso en estudio aunque no existió mala praxis en las intervenciones médicas de la paciente; conllevó a que la parte actora perdiera la oportunidad de elegir un tratamiento diverso al realizado. Esto por cuanto no conocía de las secuelas de las intervenciones realizadas.

Por lo tanto, se obliga a indemnizar a la parte actora derivada de la pérdida de oportunidad, con el siguiente fundamento:

En consecuencia, ha de surgir un deber de indemnizar, por imperativo del art. 139 de la ley jurisdiccional, si bien esa responsabilidad ha de venir derivada de la pérdida de oportunidad a la que anteriormente hemos hecho referencia derivada de la falta de advertencia de los riesgos derivados de la operación realizada, en la medida en que el recurrente pudo haber

optado por otras alternativas a la cirugía abierta practicada. Por consiguiente, el deber de indemnizar ha de alcanzar a ese concepto, y no a los daños producidos, incluidos los días de hospitalización, por lo que a la vista de edad del paciente, 49 años, praxis judicial habitual, entidad del daño y situación de padecimiento anterior de la víctima y demás circunstancias concurrentes, se estima en la cifra de 9.000 euros. Dicha indemnización deberá ser satisfecha por la Mutua FREMAP, prestadora de la intervención quirúrgica, y a quien ha de atribuirse el daño causado en los términos expuestos en el anterior fundamento jurídico, sin que se aprecie responsabilidad del Ministerio de Trabajo, cuya función de tutela sobre las Mutuas alcanza a las materias reguladas en la ley de Seguridad Social, conforme a lo dispuesto en el art. 5.2.c 71.1 y 68 del Real Decreto legislativo 1/1994 de 20 de junio EDL 1994/16443 , que contiene el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, por lo que no se extiende dicho deber de tutela respecto de la asistencia prestada por enfermedad común, como es el supuesto de autos, lo cual no es discutido por las partes. Procede en consecuencia, la estimación del presente recurso contencioso-administrativo, anulándose la resolución impugnada, y en consecuencia, proceder al abono por parte de la MUTUA FREMAP de la cantidad de 9.000 euros a favor de Nicolasa, y ello sin incluir los intereses legales, al entenderse que se trata de una cifra

*actualizada al presente momento procesal de dictarse sentencia.*³⁴¹

En razón de lo anterior, la parte actora argumenta el recurso de casación en los siguientes motivos:

✓ Señala que el Tribunal no consideró ni valoró adecuadamente las secuelas del paciente producto de las diversas intervenciones sufridas, siendo que solamente se acogió a valorar los daños morales, dejando de lado las lesiones producidas al paciente; incurriendo en grandes omisiones al determinar la indemnización.

✓ Considera que sí existió una mala praxis médica, en las intervenciones, las cuales le provocaron secuelas en la salud del paciente. Asimismo, que el Tribunal realizó una inadecuada valoración de la prueba en dicho tema.

✓ La no aplicación de los criterios jurisprudenciales y normativos en cuanto a los requisitos necesarios para la configuración de la responsabilidad Administrativa y en cuanto a la valoración y cuantificación de los daños producto de la ausencia del consentimiento informado del paciente. Considera que nunca se le informó de los riesgos que acarreaban los diversos procedimientos que se le realizaron.

Mientras tanto, la defensa solicita la inadmisibilidad del recurso, primeramente porque considera que la cuantía no permite su interposición y también, el Instituto Nacional de Seguridad Social considera que no existe ningún tipo de responsabilidad de la administración.

³⁴¹Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Madrid, Resolución número EDJ-2009/240017 del dieciséis de setiembre del 2009. Obtenida el 11 de abril del 2015 de www.elderecho.com/actualidad/EDJ_EDEFIL20121227_0046.pdf

Consideraciones legales realizadas por la Sala.

El recurso versa sobre la posible responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, en la atención médica de la actora. La Sala parte de la conclusión del Tribunal, de que no existió responsabilidad administrativa porque no se vulneró la Lex Artis médica, con excepción de la infracción por la pérdida de oportunidad al no cumplirse la obligación de informar al paciente de los riesgos de la intervención médica.

Señala, que en relación con el caso en estudio es imprescindible para que prospere la acción de responsabilidad patrimonial, que exista un daño antijurídico que no deba ser soportado por quien lo padece y en los casos de la prestación sanitaria es necesario determinar si la actuación médica se realiza conforme con la Lex Artis independientemente del resultado producido en el paciente. Ya dicha Sala lo ha señalado en reiteradas ocasiones, como expresamente lo manifestó el catorce de octubre de dos mil dos EDJ 2002/58669:

(...) el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de

*éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre EDL 1992/17271 , redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero EDL 1999/59899 , que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto.*³⁴²

De los hechos del caso, la Sala concluyó que las adherencias y los dolores que sufre la paciente no son consecuencia de una incorrecta práctica de la lex Artis médica de los procedimientos que en su momento se le realizaron, sino un fruto del proceso de cicatrización de los tejidos intervenidos y de los riesgos previsibles del tratamiento. Por lo tanto, se centra en el análisis de la falta de información suministrada a la paciente para autorizar las intervenciones médicas que se le realizaron, privándosele su derecho a la autonomía de la voluntad.

La Sala establece que no existió consentimiento informado del paciente, por lo que menciona que es importante recordar que dicho órgano jurisdiccional ha señalado en reiteradas ocasiones que dicho incumplimiento constituye una mala praxis ad hoc, pero que no da lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no devine un daño en el paciente. Así mismo, dicha inobservancia es considerada como una manifestación del funcionamiento anormal del servicio sanitario y, por ende, de la falta de consentimiento informado no puede deducirse una pérdida de oportunidad. A lo cual la Sala señala:

En la jurisprudencia de esta Sala la pérdida de oportunidad Sentencia de 7 de julio de 2.008, recurso de casación núm. 4.476/2.004 EDJ 2008/124121. se define como "la privación de expectativas, (...) y constituye, como

³⁴²Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Madrid, Resolución número EDJ-2009/240017 del dieciséis de setiembre del 2009, obtenida el 11 de abril del 2015 de www.elderecho.com/actualidad/EDJ_EDEFIL20121227_0046.pdf

decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una "falta de servicio"". Así se aplica en el supuesto contemplado en la Sentencia que hemos citado en relación con la no recompra de una persona "en una cámara hiperbárica (que si bien) no garantiza al 100 por 100 el restablecimiento de los accidentados disbáricos, de modo que un 28,5 por 100 de los tratados en la seis primeras horas presentan lesiones permanentes, en cualquier caso, (en el supuesto de la Sentencia) se le hurtó al paciente la eventualidad de pertenecer al 71,5 por 100 de lesionados que, tratados en el plazo idóneo, se recuperan globalmente.³⁴³

En razón de lo anterior, considera que no se encuentra bajo el supuesto de una pérdida de oportunidad, ya que la administración utilizó todos los medios para la atención de la enferma, sin embargo, es claro que la falta de consentimiento informado sí le produjo el daño sin duda susceptible de indemnización, ya que se le privó de tomar la decisión que en uso de su autonomía y dignidad personal considerase más oportuna.

³⁴³Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Madrid, Resolución número EDJ-2009/240017 del dieciséis de setiembre del 2009, obtenida el 11 de abril del 2015 de www.elderecho.com/actualidad/EDJ_EDEFIL20121227_0046.pdf

Por lo tanto, se desestima el recurso.

Comentarios del Caso

La resolución en estudio, desarrolla prácticamente toda la fundamentación, en referencia al tema de la responsabilidad administrativa del funcionario, señala que la falta u omisión del consentimiento informado constituye una mala praxis hoc (una falta a la Lex Artis médica), pero que no existe responsabilidad si no se produjo un daño antijurídico que no deba ser soportado por el paciente. Así mismo, abandona la tesis del Tribunal de la existencia de una pérdida de oportunidad del paciente de poder elegir un tratamiento distinto, por la falta del consentimiento informado; señala al respecto que el paciente no posee ninguna pérdida, ya que los médicos utilizaron todos los medios a su alcance para su curación empleando la técnica correcta por lo que no existe ninguna pérdida por parte del paciente.

En este sentido, es fundamental desarrollar dicha teoría, ya que el tribunal considera que no existirá daño en el paciente si se produce un resultado positivo, pero en casos de iatrogenia las circunstancias varían, ya que se produce un daño en el paciente, considerado como un riesgo típico, que éste es obligado a soportar sin quererlo; por lo que da con lugar la Responsabilidad Administrativa por funcionamiento anormal de los servicios públicos e incumplimiento de Lex Artis Hoc.

Al abandonar la teoría de la pérdida de oportunidad o chance, se consolida que el consentimiento informado por sí solo puede generar responsabilidad mientras genere un daño antijurídico, como ocurre en los casos de iatrogenia.

Caso Constitucional: Resolución No. 37/2011 del veintiocho de marzo del 2011, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional.

Trasfondo del Caso.

Recurso de amparo promovido por don José María García-Bayonas Garaizabal, contra sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Bilbao, de 23 de abril de 2007, que desestimó la demanda de juicio ordinario formulada en reclamación de responsabilidad civil derivada de asistencia sanitaria, así como contra la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 10 de abril de 2008, desestimatoria del recurso de apelación promovido frente a la anterior.

Los hechos que fundamentan el recurso se producen a partir del 4 de setiembre del 2005, cuando el actor ingresó por sus propios medios al servicio de urgencias de la Clínica Vicente San Sebastián, por presentar dolor precordial. Al día siguiente de su ingreso es sometido a un cateterismo cardiaco, siendo la vía de abordaje el brazo derecho, y encontrándose una lesión severa en una coronaria, que se dilata, colocándose un stent recubierto con resultado óptimo. Posterior a la intervención el actor presentó inflamación y hematoma y seguidamente carencia de sensibilidad y movilidad quedando aquejado, finalmente, de incapacidad funcional total.

En razón de lo anterior, la parte actora presentó el 8 de setiembre del 2006, demanda de juicio ordinario en reclamación de los daños y perjuicios causados frente a Agrupación Mutual Aseguradora, empresa aseguradora de los médicos que realizaron la intervención, en la que solicitaba ser indemnizado en la cantidad de 121.392 euros más los intereses legales, por la pérdida de funcionalidad en su mano derecha, los gastos de rehabilitación y la necesidad de ayuda de tercera persona para su vida cotidiana; por mala praxis en la intervención y falta absoluta de información previa sobre los riesgos del procedimiento.

En relación con dichos hechos, el Juzgado de Primera Instancia Número 7 de Bilbao, en la sentencia de fecha 23 de abril del 2007 desestimó la demanda, por considerar que de la prueba presentada no se determinó que el cateterismo realizado se produjera bajo una mala praxis médica y en relación con el consentimiento informado señala que, efectivamente, no se informó al paciente de los riesgos de la intervención, sin embargo, desestima también la demanda en este motivo, señalando que el demandante al haber tenido años antes una intervención del mismo tipo y la urgencia relativa de la intervención, sin dejar de lado su edad, llevan a considerar que realmente éste ya debía conocer los riesgos de intervención y, por ende, no da lugar a una indemnización.

A partir de dicha resolución, se presentó recurso de apelación, a lo cual la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bizkaia desestimó el recurso en Sentencia de 10 de abril de 2008, con argumentos coincidentes con los empleados en la Sentencia de instancia.

En razón de lo anterior, se presenta el recurso de amparo por la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los derechos a la integridad física y a la libertad (arts. 15 y 17.1 CE), por habersele denegado el derecho a ser indemnizado por la pérdida funcional total de la mano derecha como consecuencia de la realización de un cateterismo cardiaco, sin que se le hubiese informado de los riesgos de la intervención ni se hubiese recabado su consentimiento para la práctica de ésta. Estableció que no fue informado sobre las consecuencias del acto médico practicado y que existió un lapso suficiente entre el ingreso de paciente en urgencias y la realización del cateterismo para realizar dicho procedimiento.

Por su parte, la Agrupación Mutual Aseguradora solicita la denegación del amparo, defendiendo que no se ha producido la vulneración de los derechos fundamentales alegados, toda vez que la actuación médica fue acorde con las circunstancias del caso, así mismo, establece que durante el año 1994 el paciente fue objeto de un cateterismo arterial y que, por ende, conocía la naturaleza y riesgos de la intervención, también mencionan que

existe una causa de excepción en los casos de urgencias como el caso en estudio, ya que la noche anterior el paciente sufrió importantes complicaciones cardíacas que llevan a la urgencia de la realización del cateterismo.

Por último, la representación del Ministerio Público solicita el otorgamiento del recurso de amparo, al considerar la violación al derecho del paciente a no ser intervenido sin previo consentimiento, siendo previsto para la obtención de éste ser informado previamente e idóneamente sobre el procedimiento médico a realizarse y sus posibles consecuencias, según lo establecido en el artículo 15 CE. En la misma línea considera, que ninguna urgencia, ni el riesgo vital de la intervención constituyen descargo del deber de proporcionar información y obtener el consentimiento del paciente, tampoco la alusión a la edad del paciente ni a que haya sido intervenido anteriormente. También, señala que tampoco es suficiente la entrega de una hoja formulario para obtener el consentimiento informado, si no se ha dotado de la información idónea al paciente.

Comentarios legales realizados por la Sala.

Antes del análisis de fondo, la Sala realiza la salvedad que el ámbito de estudio en esta vía queda circunscrito al examen de si la actuación que se encuentra en la base de la reclamación del actor, si la actuación médica produjo o no la vulneración de los derechos fundamentales invocados por éste, más no sobre si procedía o no reconocerle la indemnización reclamada, pues ésta es una cuestión de legalidad ordinaria.

En referencia al análisis respecto de la intervención llevada a cabo sobre el demandante sin informarle previamente los riesgos y posible consecuencias ésta, es un derecho amparado de forma autónoma en el artículo 15 CE, el cual regula el derecho a la integridad física y moral, el cual contempla la inviolabilidad de la persona contra ataque dirigidos a lesionar el cuerpo o espíritu y contra toda intervención de bienes, que no posean consentimiento. El consentimiento, también, ha sido considerado como un derecho al libre

desarrollo de la personalidad, siendo protegido, también, frente a riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada.

La Sala señala que para poder apreciar la vulneración de dicho artículo:

(...) no es preciso que la lesión de Este derecho fundamental conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9). Por esa razón, hemos afirmado que el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física, a no ser que, como hemos señalado, tenga una justificación constitucional.³⁴⁴

Considera que en caso el estudio al no encontrarse en la situación antes descrita, si no la omisión de información y consentimiento del paciente de un procedimiento médico, se debe establecer si se produjo o no una lesión a la integridad física y moral del paciente. Determina que del análisis del artículo 15CE, se establece que la garantía de dicho derecho

³⁴⁴Sala Segunda del Tribunal Constitucional, Resolución número. 37/2011 del veintiocho de marzo del 2011, obtenido el 13 de abril de http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-7626

en el ámbito médico, implica que toda actuación que afecte la integridad personal del paciente debe ser consentida por éste o debe encontrarse constitucionalmente justificada; a partir de dicho mandato constitucional el legislador debe regular los mecanismos adecuados para su prestación y sus supuestos.

Señala que dicha regulación obligatoria, se puede encontrar en primer lugar en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, y reconocida –tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, en su artículo 3 en el cual se reconoce el derecho a la integridad física y psíquica, en la misma línea, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (en adelante, Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 y ratificado por España por Instrumento de 23 de julio de 1999, regulado en el artículo 5 la obligación médica de obtener el consentimiento informado antes de cualquier intervención médica, con excepción de los casos de urgencia (artículo 8).

Así mismo, menciona que, el Tribunal de Estrasburgo ha destacado la importancia del consentimiento de los pacientes, señalando que supone un ataque a la integridad física del paciente la imposición de un tratamiento médico sin la autorización de éste, imponiendo a los Estados la obligación de crear normas precisas en esta materia, principalmente, sobre el deber de informar las consecuencias previsibles de la intervención médica, de modo que la persona pueda consentir el acto con conocimiento de causa.

En razón de lo anterior, la Sala llega a la conclusión que el consentimiento es algo inherente al derecho fundamental de la integridad física y moral, entre otros, el cual consiste en la facultad de impedir toda intervención médica no consentida en su propio cuerpo, es una derecho por su potestad de autodeterminación y autonomía de la voluntad, para elegir libremente sobre los procedimientos médicos que desea que se le realicen, pudiendo elegir entre distintas posibilidades. Para que el paciente pueda elegir libremente

es imprescindible que éste cuente con la información médica adecuada sobre el tratamiento por recibir, por lo tanto, conlleva una relación directa con el consentimiento informado, donde la privación al derecho a la información repercute en el derecho a consentir.

El derecho a la información previa, que ha dado lugar al consentimiento informado, es un mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de voluntad del paciente, el cual se encuentra regulado en diversos preceptos de la Constitución Política Española; por lo tanto, una omisión o su defectuosa realización acarrearán una lesión del propio derecho fundamental.

En el caso concreto de estudio, se parte del hecho establecido por las resoluciones impugnadas, de la inexistencia de la información previa a la intervención médica del cateterismo, omitiéndose completamente su consentimiento. Se pone de relieve que el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Bilbao desestimó la queja del actor relativa a la falta de consentimiento informado teniendo en cuenta el padecimiento que le llevó a urgencias, el hecho de haber tenido años antes una intervención del mismo tipo y la urgencia relativa de ésta, junto con su edad; llegando a la conclusión que no se había privado al paciente de información previa. En la misma línea fue rechazado el recurso por la Audiencia Provincial de Bizkaia, considerando que la prueba se realizó en un momento en que existía riesgo vital para el paciente.

En relación con dichas resoluciones, considera la Sala que se realizó una interpretación restrictiva del derecho y consiguientemente de su efectividad; con considerar causas exclusión del consentimiento informado completamente amplias en la prestación de servicios de salud. Considerando:

En definitiva, la regulación legal –que obedece a las exigencias constitucionales– implica, de acuerdo con el contenido propio del derecho fundamental, que, en

principio, cada intervención médica debe estar autorizada por el previo consentimiento del paciente que, a su vez, se ha de encontrar precedido de la correspondiente información sobre el procedimiento a aplicar. Como regla general, dicha información se ha de proporcionar verbalmente, dejando constancia en la historia clínica, y comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de la intervención, sus riesgos y sus consecuencias (art. 4.1), contenido que se amplía al previsto en el art. 10 de la ley para todos los supuestos en los que resulte necesario el consentimiento escrito del paciente, esto es, los establecidos en el art. 8.2 (entre otros, las intervenciones quirúrgicas y los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores).³⁴⁵

Así mismo, determina que el consentimiento informado refleja una doble garantía para el médico y el paciente; ya que por un lado permite hacer efectivo el derecho fundamental de la integridad física del paciente frente a los actos médicos que se le efectúen y la otra arista permite a los facultativos la garantía de que sus actuaciones se desarrollarán dentro de los límites que impone la protección de aquel derecho.

En razón de dicha argumentación, se establece que el caso en estudio no es viable los argumentos de los tribunales de señalar que el paciente al haber sido anteriormente intervenido de un cateterismo debía conocer sobre el procedimiento, ya que no se encontraría acorde con el derecho fundamental afectado, al ser completamente irracional. Tampoco en referencia al argumento de urgencia o riesgo vital del procedimiento, se considera que no se apreció la existencia de la imposibilidad de obtener el consentimiento

³⁴⁵Sala Segunda del Tribunal Constitucional, Resolución número. 37/2011 del veintiocho de marzo del 2011, obtenida el 13 de abril de http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-7626

informado o de consultar a sus familiares sobre el procedimiento médico, también menciona que existió el tiempo suficiente para obtener dicho consentimiento, porque hasta el día siguiente a su ingreso se realizó el cateterismo.

En definitiva, establece que la asistencia recibida por el demandante de amparo no satisfizo su derecho a prestar un consentimiento debidamente informado, y, por tanto, vulneró su derecho fundamental a la integridad física. Las resoluciones impugnadas no tutelaron el derecho al rechazar una intervención médico por sus riesgos previsibles. Concluye que se violó el derecho del actor a la integridad física y moral, por lo tanto, se declara con lugar el amparo, con anulación de las resoluciones judiciales.

Comentarios del Caso

Dicha sentencia del Tribunal constitucional, es de gran relevancia al considerar el consentimiento informado en la práctica médica como una garantía de los derechos fundamentales del paciente. Se considera amparado en el derecho a la integridad física y moral (protección de la persona contra ataques dirigidos a lesionar el cuerpo o espíritu, sin consentimiento), derecho a la libre personalidad, derecho a la autodeterminación y derecho a la autonomía de la voluntad.

Así mismo, es fundamental que considere la regulación de los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos y derechos del paciente en relación con el consentimiento informado, como de carácter constitucional; al determinar que los mecanismos de excepción para su no presentación deben estar establecidos a nivel constitucional, por ser una garantía de varios derechos fundamentales del paciente.

Dicha categorización permite una mayor protección del consentimiento informado y una mayor responsabilidad del personal médico, ya que si éste se omite se produce una violación a los derechos fundamentales.

También, es importante el énfasis en el desarrollo del derecho a la información y la relación con el consentimiento informado al determinar que van siempre de la mano; estableciendo que si no se proporciona la información idónea y completa al paciente se produce una violación al derecho a la autonomía de la voluntad; ya que el paciente no puede dar una autorización válida ya que no conoce realmente los riesgos, secuelas, entre otras del procedimiento médico.

Además en comparación, con las resoluciones Españolas estudiadas anteriormente, es destacable la importancia de realizar el consentimiento informado verbalmente en forma más interactiva con el paciente, pasando posteriormente a dejar la constancia en la historia Clínica o en caso de intervención quirúrgica o de grandes riesgos por medio de un formulario; lo cual ha sido recalado en este trabajo de investigación.

Sección Tercera: Estudio de Derecho comparado: jurisprudencia de España y Costa Rica frente al Consentimiento Informado.

Es importante, a este punto, detenerse para realizar una serie de comparaciones de la jurisprudencia costarricense respecto de la española en lo relativo a la falta del consentimiento informado en casos donde un acto médico devengara en resultados iatrogénicos, a fin de contrastar el desarrollo en cuanto al tema que se ha dado en ambos países.

Una primera característica, que se encuentra a simple vista, es el hecho de evidenciarse un mayor desarrollo de análisis de casos en el país europeo, siendo que es algo que ya ha sido tratado en diversas ocasiones, a diferencia de nuestro país donde su tratamiento ha sido más bien lacónico y han sido estudiados pocos casos.

En ambos países se entiende la figura del consentimiento informado como un elemento relevante en materia de derechos humanos, siendo que se le ha dado tutela de

carácter constitucional y su omisión se supone como una afectación a la libre autonomía de la persona. Asimismo, su vinculación a la práctica médica es entendida dentro de la *Lex Artis ad hoc*”, siendo que su aplicación se considera, entonces, como un principio general a la hora de realizar la prestación de servicios médicos.

Es importante mencionar cómo en ambos países se ha considerado que la carga probatoria corresponde a la parte demandada. Esto por cuanto se entiende que el profesional en medicina se encuentra, tanto en mayor facilidad de demostrarlo, así como en la obligación de dejar registro efectivo del conocimiento del paciente sobre la intervención a realizar. Esto reafirma nuevamente el interés por la tutela de los derechos del paciente, siendo que resulta un mecanismo que busca garantizar la exigencia del consentimiento informado de previo a una intervención.

Asimismo, ambos países exigen la presencia de un documento por escrito donde conste el consentimiento del paciente. Esto siendo que aun cuando haya pruebas testimoniales donde se indique que se le explicó al sujeto los pormenores de la intervención, en el análisis práctico de los casos no se considera elemento probatorio suficiente para determinar la existencia de la manifestación de voluntad en concreto.

También, ambos países consideran que la actividad médica deviene en una obligación de medios, no de resultados, siendo entonces necesario que quien preste el acto médico lo realice utilizando todos los conocimientos que tenga y las facilidades de su entorno a fin de brindar el tratamiento más adecuado al paciente. Esto sin poder determinar un resultado positivo, en el tanto se entiende que existen riesgos, tanto típicos como atípicos que pueden variar acorde con el sujeto de intervención y a las circunstancias.

Un aspecto de interés es como dentro de la jurisprudencia española se analiza el supuesto en concreto desde la perspectiva de la medicina voluntaria, situación que no ha sido abordada en Costa Rica. Se destaca en este aspecto, como en esos casos se acrecienta

aún más el deber de informar, siendo que al ser una intervención no necesaria se le debe explicar bien al paciente los resultados adversos que puedan devenir, a fin de brindar una verdadera manifestación de voluntad de su parte.

Se encuentra entonces, en el criterio Español un énfasis en la determinación de los posibles riesgos que se generen de la intervención (ya sean, tanto los típicos como los atípicos), especialmente, en casos donde haya un sometimiento a la medicina voluntaria, siendo que en el criterio de la jurisprudencia costarricense más bien esto se ha analizado de forma genérica y se ha establecido que quedan fuera de la obligación de informar los riesgos atípicos que no puedan ser previstos.

Otro criterio compartido gira en torno a la necesidad de establecer el consentimiento informado del paciente sobre los actos en concreto de los que vaya a ser sujeto y no de forma genérica. Esto implica que de previo a la realización de cualquier intervención se debe informar debidamente y dejar registro de ello, siendo que la aplicación de una fórmula al inicio de la relación médico-paciente no es suficiente para afirmar que haya consentimiento respecto de los procesos por realizar.

Una necesidad que se evidencia en el análisis de casos de ambas jurisdicciones, gira en torno a la necesidad de afirmar un nexo de causalidad entre la prestación del servicio y el daño producido. En estos casos donde se analizan supuestos de iatrogenia, es el elemento del nexo de causalidad entre la omisión del consentimiento informado y la producción del daño, lo que fundamenta la posterior obligación de resarcir los detrimentos generados.

Ambos países coinciden en que en la prestación de un servicio de salud público, si el consentimiento informado es omitido completamente o de forma parcial, se constituye una prestación anormal del servicio sanitario, lo que conllevaría responsabilidad administrativa por funcionamiento anormal. Lo anterior, hace que se genere el derecho a indemnización no solo de los daños, sino también, de los perjuicios y las costas procesales.

En los dos países la justificación del daño a resarcir en casos de resultados iatrogénicos donde hubiera ausencia consentimiento informado reside en que se hace al paciente soportar un riesgo que no consintió (ya fuera este típico o atípico), siendo que se le restringe su derecho a decidir sobre su propia corporalidad. Se transgrede el derecho del sujeto a no tener que sufrir este daño, pudiendo esto haber sido evitado de haber conocido con anterioridad que podría ocurrir. El reconocimiento de los daños se da entonces no por la iatrogenia en sí, sino por la falta de consentimiento informado.

Es, también, destacable cómo en ambos países la falta del consentimiento informado puede acarrear el reconocimiento de daño moral subjetivo. Esto en el tanto la vulneración de la autonomía de la persona respecto de su capacidad para decidir acarrea un sufrimiento psicológico que es sumado a los padecimientos físicos que puedan devenir de la intervención (en especial si ésta conlleva resultados iatrogénicos), ambos pudiendo haber sido evitables de haberse tomado en consideración la voluntad del paciente.

Se evidencia, entonces, que el acercamiento jurisprudencial que se ha hecho al supuesto en concreto, los casos de resultados iatrogénicos con ausencia de consentimiento informado, ha sido parecido en el criterio de España como en el de nuestro país. Se puede afirmar que prima la tutela constitucional a la voluntad del paciente, que se refleja en su derecho a decidir de previo a ser sujeto a una intervención y que se sustenta como derecho fundamental de tutela.

Conclusiones y Recomendaciones.

De seguido se establecerán las conclusiones y recomendaciones a las que se llegó en el presente trabajo de investigación, respecto de la hipótesis planteada, los objetivos generales trazados y los específicos. Primeramente, se expondrán las conclusiones y posteriormente las recomendaciones.

Conclusiones.

Mediante este trabajo de investigación se llegó a las siguientes conclusiones:

1. El acto médico, son todas aquellas acciones realizadas por el galeno, tanto preventivas (exámenes médicos, vacunación, exploración, diagnóstico, investigación, entre otras) como de tratamiento; encaminadas al bienestar integral del paciente, es decir, tanto en el aspecto corporal como psíquico y realizadas en su buena práctica bajo las normas de la Lex Artis Ad Hoc. Deviene en una obligación de medios y no de resultados, siendo, entonces, necesario que quien preste el acto médico lo realice utilizando todos los conocimientos que tenga y las facilidades de su entorno a fin de brindar el tratamiento más adecuado al paciente, pero sin poder determinar un resultado positivo, en el tanto se entiende que existen riesgos, tanto típicos como atípicos que pueden variar acorde con el sujeto de intervención y a las circunstancias.

2. Al ser la actividad médica una obligación de medios y no de resultados, existen casos en los cuales aunque la actuación del profesional de la salud se realice conforme con las normas de la Lex Artis Hoc, se genera un perjuicio al paciente, que no pudo ser evitado mediante otro medio (riesgo típico o permitido), resultado conocido como iatrogenia.

3. Un acto médico indispensable, que actúa como una garantía de los derechos fundamentales del paciente en la prestación de la atención sanitaria, es el consentimiento informado. Este consiste en el proceso mediante el cual se le informa al paciente sobre los problemas de salud que posee, sus posibles tratamientos, riesgos y consecuencias; para que el paciente autorice o no la realización de un tratamiento o intervención determinada. Para ello, el usuario del servicio de salud debe poseer capacidad y competencia para brindarlo. Debe ser proporcionado de previo a la realización de cualquier intervención sobre su corporalidad, siendo necesaria una adecuada explicación de parte del galeno tratante, así como un registro de su realización. De este requerimiento deben exceptuarse los casos de urgencia, donde el galeno debe actuar con celeridad en pro de la tutela de la vida.

4. El Consentimiento Informado surge como una manifestación de la información en la relación médico asistencial, siendo un Derecho del Paciente y un Deber del Galeno. Al instituir un elemento fundamental de la Lex Artis Ad Hoc, su ausencia constituye una falta a ésta.

5. A nivel de Costa Rica, la regulación del consentimiento informado se encuentra muy dispersa en diversas normas entre las que se pueden mencionar: Ley General de Salud, Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos, Código Civil, Código de Familia, Reglamento General de Hospitales Nacionales, Ley de derechos y deberes de las personas usuarias de los servicios de salud públicos y privados. Esto genera una carencia de nortes claramente delimitados que brinden a los profesionales sanitarios un panorama jurídico pristino mediante el cual saber a qué atenerse.

6. Si bien es cierto, que la Caja Costarricense de Seguro Social, promulgó el “*Reglamento del consentimiento informado en la práctica asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social*”, según los datos obtenidos en diversas entrevistas realizadas a pacientes en los hospitales públicos en muy pocas ocasiones el personal

médico realiza de forma idónea el procedimiento del consentimiento informado al paciente, omitiéndolo total o parcialmente. (Anexo 4). Asimismo, en cuanto a los Hospitales o Centros de atención médica privada se deja a la deriva el consentimiento informado, existiendo una regulación general y genérica que solamente establece que deberán realizarlo antes de realización de un procedimiento médico en el paciente.

7. No es válido un consentimiento dado por un paciente que no haya sido informado adecuadamente sobre su padecimiento y los riesgos de la intervención por realizar, en tanto esa falta de información constituye un vicio en el consentimiento. Lo anterior, en razón de la aceptación de un riesgo desconocido sobre su corporalidad, por lo que de generarse un daño, eventualmente, se podría generar responsabilidad médica.

8. La utilización de formularios de consentimiento, no deben sustituir el proceso oral ni utilizarse como un mero instrumento de eximente de responsabilidad. Aquellos casos en los cuales se encuentren formularios del consentimiento informado firmados por los pacientes, pero que no se les haya proporcionado la información idónea para brindar su autorización o que no conozcan los riesgos típicos del procedimiento, en nuestro criterio deberían de considerarse ineficaces. Actualmente los formularios utilizados por los centros de salud y hospitales públicos y privados, resultan escuetos en el aporte informativo y deberían ser reforzados.

9. En el caso de un adulto mayor que no se encuentre en una manifiesta discapacidad mental o haya sido declarado judicialmente con una incapacidad volitiva o cognoscitiva, debe ser tomada en cuenta su voluntad de previo a un procedimiento médico sobre su corporalidad, siendo que no corresponde a sus parientes la autorización o denegación de éste, en el tanto no ostentan la titularidad del consentimiento.

10. En procesos judiciales relacionados a la ausencia del consentimiento informado en la prestación de servicios de salud, la carga de la prueba la posee el médico tratante. Se entiende que éste posee a su disposición los medios en los que se haya podido hacer constar el consentimiento, como por ejemplo, historia clínica del paciente y formularios o protocolos; además que no se podría poner al paciente a probar un hecho negativo lo cual lo dejaría en un claro estado de indefensión.

11. Si el proceso del consentimiento informado se omite, se realiza de forma inválida o parcialmente; acarrea responsabilidad para el médico tratante, la cual puede ser de índole civil, ética, o administrativa. La responsabilidad se configura al existir un nexo de causalidad entre la actuación del médico, al realizar un incumplimiento a Lex Artis Hoc por no obtener el consentimiento del paciente para la realización del procedimiento informado, y el resultado negativo producido en el paciente de índole iatrogénico (previsible), el cual el paciente no está obligado a soportar sin haberlo consentido.

12. El médico que incumpla con su deber de realizar el consentimiento informado puede acarrear una responsabilidad gremial, por el incumplimiento al Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, pudiendo tener una sanción disciplinaria de suspensión del ejercicio profesional.

13. El médico, también, podrá acarrear una responsabilidad civil en aquellos casos en los cuales incumpla con el proceso del consentimiento informado y se produzca un resultado iatrogénico en el paciente; teniendo que pagar daños y perjuicios al mismo. En casos en los cuales labore para la administración, incurrirá en responsabilidad por la prestación anormal de los servicios de salud.

14. De igual forma, si estos casos se producen dentro de una institución pública se genera, entonces, responsabilidad objetiva de parte del Estado, siendo que

la no aplicación del consentimiento informado se califica como Funcionamiento Anormal en la prestación del servicio, deviniendo en la obligación de pago de daños y perjuicios de parte de la Administración.

15. En casos de iatrogenia donde se presente una ausencia del consentimiento informado, el médico no se acarrea una responsabilidad penal, en el tanto se está ante un actuar atípico, en el cual no hay una norma concreta que le sancione. Su omisión y posterior daño corresponden ser indemnizados en vía civil.

Recomendaciones.

Tomando en consideración los aspectos profundizados a lo largo de la investigación, se acotan las siguientes recomendaciones:

1- Es necesario realizar una modificación a la legislación vigente en lo que refiere al tema del Consentimiento Informado en la prestación de servicios médicos. Debe ampliarse, entrando a considerar, también, supuestos específicos respecto de poblaciones que puedan presentar alguna condición especial, como lo son los privados de libertad, los menores, pacientes geriátricos y los incapaces. Esto en el tanto, actualmente, es necesario acudir a normativa complementaria a fin de hallar respuesta a estos casos.

2- Se requiere, asimismo, delimitar lo regulado en torno al formulario que se debe aplicar para hacer constar el Consentimiento Informado del paciente y la forma como lo brinde. Es necesario normativizar sus extremos y definir qué es lo que debe incluir en el registro documental, a fin de que éste no sea aplicado como una fórmula de mero relleno, sino más bien, acorde con las necesidades específicas del caso y de la intervención. Se debe tomar en consideración, también, las capacidades

cognoscitivas del paciente, por lo que es necesario incluir dentro de la normativa, el desarrollo de los requerimientos de validez respecto de la forma como se brinde este.

3- Es importante que se dé mayor énfasis, tanto en la formación profesional de nuevos galenos brindada por las universidades, como a nivel hospitalario y de parte del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica para los profesionales en medicina ya formados, en lo que respecta de la necesidad y obligatoriedad del Consentimiento Informado. Lo anterior, con la finalidad que los médicos entiendan la relevancia de éste tanto, desde su perspectiva de derecho del paciente, como obligación del tratante. El adecuado entendimiento de la necesidad de la figura conllevaría su mejor aplicación en la prestación del servicio y beneficiaría a ambas partes, al tiempo que reduciría su cuestionamiento judicial respecto de los supuestos en los que éste no está presente.

4- Es necesario, asimismo, implementar nuevas políticas a nivel administrativo dentro de las instituciones sanitarias a efectos de alejarse del funcionamiento anormal en la prestación del servicio que se da mediante la omisión o la aplicación incompleta del consentimiento informado. Una normativa interna más estricta donde haya mayor énfasis respecto de la necesidad de la adecuada manifestación de voluntad de parte del paciente de previo a una intervención, devendría en una mayor tutela de este derecho fundamental y, consecuentemente, una mejora en la prestación del servicio.

5- A nivel judicial, en lo que refiere al análisis de los casos, se requiere un mayor acercamiento a estos, siendo que la evocación de jurisprudencia en torno al tema es recurrente, pero no referente en su totalidad a los supuestos que se vayan a analizar. Es necesario, en este sentido, a la hora de realizar la valoración incluir mayor normativa en torno a las instituciones que sean parte, así como un mayor análisis de los derechos que deben ser tutelados, evitando realizar esta interpretación jurídica únicamente a partir de referencias genéricas.

6- Es necesario, también, brindar una mayor concientización a la población respecto de sus derechos como usuarios de una institución sanitaria. En este sentido, el Ministerio de Salud debería plantear campañas mediáticas para que los pacientes conozcan de estos derechos y puedan exigir su aplicación. Esto reafirmaría el interés en tutelar el Derecho al Consentimiento Informado como una extensión del Derecho Fundamental de Autonomía de la Voluntad, de máxima importancia en la preservación de un Estado de Derecho.

7- La legislación costarricense debe realizar una reforma en relación con los derechos de las personas con discapacidad mental, ya que, actualmente, se presenta una clara violación al derecho de información en los procedimientos médicos, siendo que, en la actualidad solo se le proporciona información a los representantes legales del paciente como medio de obtención del consentimiento informado.

Referencias.

-Dictámenes.

- Procuraduría General de la República. Dictamen C-213-99 del 27 de octubre de 1999.
- Defensoría de los Habitantes. Oficio número 03511 del 2 de mayo del 2001.

-Libros

- Aguilar Guevara, R. (1996). *—Derecho Médico en Venezuela.*” (1ªed). Caracas, Venezuela. Editorial Liurosca.
- Alessandri Rodríguez, A. (2009) *—De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*”. (1ªed) Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Citado por Astorga Tobar, J. *Ibidem*.
- Alterini, A. (1997).”*La Limitación cuantitativa de la responsabilidad civil. 1a ed. Buenos Aires, Argentina*”. Editorial Abeledo Perrot.
- Arnáiz Serrano, A (2006). *—Las partes civiles en el proceso penal*”, Valencia, España, Editorial Tirand lo Blanch. Citado en: Sanabria Rojas R, (2013) *—Reparación Civil en el Proceso Penal*” (2ªed), San José, Costa Rica, Editorial Editorama S.A.
- Barros Bourie, E. (2007) *—Tratado de Responsabilidad extracontractual*”. (1ªed). Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

- Beauchamp, T.L.; Childress, J. F. (1999) “*Principios de ética biomédica. Madrid. Editorial Masson*”. Citado por Busquets, E. (2010) “*La dignidad humana en la práctica clínica*”. En Boladeras Cucurella, M. (Ed) “*¿Qué es dignidad? Filosofía, Derecho y Práctica*” Sanitaria. Barcelona, España. Editorial Proteus.
- Blas Orbán, C. (2006). *—El equilibrio en la relación médico- paciente*” (1ªed). Barcelona, España. Editorial Bosch, S.L.
- Boladeras Cucurella, M. (2010) *—¿Qué es dignidad? Filosofía, Derecho y Práctica Sanitaria*”. (1ªed). Barcelona, España. Editorial Proteus.
- Cabanellas de Torres, G. (2008). *Diccionario jurídico elemental*. (19ªed) Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- Cama Jimena M, Gómez Rivero M.C, Sillero Crovetto B, Such Martínez J. (2013). *—Responsabilidad Médica*”, Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanch.
- Camps, V. (2010) *—Dignidad y autonomía*”. En Boladeras Cucurella, M. (Ed) *—¿Qué es dignidad? Filosofía, Derecho y Práctica Sanitaria.*” Barcelona, España. Editorial Proteus.
- Cano Soler, M. (2011) *—Principios bioéticos, tecnociencia y procesos de decisión social*”. En Boladeras Cucurella, M. *—Bioética: La Toma de decisiones.*” (1ªed) España. Editorial Proteus.
- Cassagne, J.C. (2008) *—Responsabilidad del Estado.*” (1ªed) Buenos Aires, Argentina. Editorial Rubinzal-Culzoni Editoriales.

- Castillo González, F. (1998) *El consentimiento del derecho-habiente en materia penal*. (1ªed), San José, Costa Rica. Juritexto.
- Castillo González, F. (2009) *—Derecho Penal, Parte General.*” Tomo II. (3ªed) San José, Costa Rica. Jurídica Continental.
- Dalq Roger, O. (1999) *—Rapport Général*”. En: TRAVAUX DE L’ASSOCIATION HENRI CAPITANT. *—La Responsabilité. Aspects Nouveaux*”. Journées Panaméennes. Tomo L. París, Francia.
- De la Torre Díaz, F. J. (2000) *—Ética y Deontología Jurídica*”. Madrid, España. Editorial DYKINSON.
- Galán Cortés, J. (1997) *“El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*”. (2ªed) Madrid, España. Editorial Colex.
- Galán Cortés, J. (2001) *—Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*”. (1ªed). Madrid, España , Civitas Ediciones S.L I.S.B.N.
- Galán Cortés, J. (2005). *—Responsabilidad Civil Médica*”. (1ªed), Navarra, España, Editorial Aranzadi.
- García Garnica, M.C. (2010). *—Aspectos Básicos de la Responsabilidad Civil Médica*” (1ªed). Universidad de Granada, España. Editorial Aranzadi, S.A.
- García Hernández, T. (1999) *—Manual del médico clínico para evitar demandas judiciales.*” (1ªed) Madrid, España: Editorial La Ley Actualidad.

- Giménez Candela, T. (2006) “*Lex Artis y responsabilidad médico-sanitaria: una perspectiva actualizada.*” (1ªed) México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gisbert Calabuig, J. A. & Villanueva Cañas, E. (2004) —*Medicina legal y toxicología.*” (6ªed) Barcelona, España: Editorial Masson.
- Goldschmidt, citado por Walter Antillón en “*Teoría del Proceso Judicial*” Editorial IJSA, 2001.
- González Menéndez R. (2004) —*La Psicología en el campo de la salud y la enfermedad.*” La Habana, Cuba. Editorial Científico Técnico.
- Gracia, D. (1989) —*Fundamentos de Bioética*”. (3ªed) Madrid, España. Editorial Triascatela.
- Gutiérrez Sáenz R. (2005) —*Introducción a la Ética, en Curso de Ética Profesional Jurídica*”, San José, Costa Rica.
- Gutiérrez Sáenz, “*Introducción a la Ética*”. (2006) En Salas Monnet, A. & Matarrita Baccá, R. Antología sobre temas Éticos, Morales y Deberes Jurídicos para Abogados (as). (1ªed) San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica.
- Haba P. (2010) —*Axiología Jurídica Fundamental*”. Bases de valoración en el discurso jurídico. (2ªed).San José, Costa Rica. Editorial Universidad de Costa Rica.
- Hooft, P. F. (2004) —*Bioética y Derechos Humanos.*” (2ªed) Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma.

- Hottois, G. —¿Qué papel tiene el principio de dignidad en la toma de decisiones? — Trad de Llorens, V. (2011) En Boladeras Cucurella, M. —*Bioética: La Toma de decisiones.*” (1ªed) España. Editorial Proteus.

- Jakobs, G. (1998) —*La imputación objetiva en derecho penal.*” Trad. Cancio Meliá, M. (1ªed) Lima, Perú: Editorial Grijley.

- Jinema Lobo, E. (2005) —*Tratado de Derecho Administrativo*” (1ªed) Tomo II. San José, Costa Rica. Biblioteca Jurídica Dike.

- Jinema Lobo E (2014) —*Derecho Procesal Constitucional*”, (1ªed). San José Costa Rica, Ediciones Guayacan.

- Kant, I. —*Metafísica de las Costumbres.*” Trad de Cortina, A. & Conill J. (1989) Madrid. Editorial Tecnos. Citado por Boladeras Cucurella, M. (2010) —*La dignidad humana y los primeros estadios de la vida.*” En Boladeras Cucurella, M. —¿Qué es dignidad? *Filosofía, Derecho y Práctica Sanitaria.*” Barcelona, España. Editorial Proteus.

- Kuthy Porter, J. (1997) —*Introducción a la bioética*”. (1ªed) México. Méndez Editores.

- Laín Entralgo (1978:93) citado en Simón, P (2000). “*El Consentimiento Informado, Historia, Teoría y Práctica*”. (1ªed), Madrid, España. Editorial Triacastela.

- Lega Carlo, —*Deontología de la profesión de abogado.*” (2006) En Salas Monnet, A. & Matarrita Baccá, R. (Ed) Antología sobre temas Éticos, Morales y Deberes Jurídicos para Abogados (as). (1ªed) San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica.

- Llambías, J.; Raffo, P. & Sassot, R. (1991) *—Manual de Derecho Civil—*. (10ªed) Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo Perrot.
- Llobet Rodríguez J. (2012) *—Proceso Penal Comentado: Código Procesal Penal Comentado—*, (5ªed). San José Costa Rica, Editorial Jurídica Continental.
- Lombana Villalba, J. (2007). *—Derecho Penal y Responsabilidad Médica—*. (1ªed). Medellín, Colombia. Editorial Diké.
- Martínez Calcerrada, L. (1986) *—Estudio especial de la denominada Lex Artis ad hoc en la función médica. Actualidad Civil—*, no 24 (1).
- Maier Julio B.J. (2004) *—Derecho Procesal Penal Fundamentos—*, Tomo 1, (2ªed), 3 reimpresión, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto s.r.l.
- Messineo, F. (1947) *—Manuale di Diritto Civile e Commerciale—*. Milán, Italia.
- Molina Arrubla, C. (1998) *—Responsabilidad Penal en el Ejercicio de la Actividad Médica: Parte General—*. (1ªed) Medellín, Colombia: Editorial Diké.
- Monsalve Caballero, V & Navarro Reyes, D. (2014). *—El consentimiento informado en la praxis médica—*. (1ªed). Bogotá, Colombia. Pontificia Universidad Javeriana.
- Montero Piña, F. (1999). *—Obligaciones—*. (6ªed) San José Costa Rica: Premiá Editores,
- Montero Piña, F. (2002) *—El daño moral—*. (1ªed). San José, Costa Rica. Impresión Gráfica del Este.

- Pérez Vargas, V. (1994) “*Derecho Privado.*” (3ªed) San José, Costa Rica. Editorial Litografía.
- Ramos Pozón, S. (2010) “*El consentimiento informado en la esquizofrenia: revisión del concepto –dignidad–*”. En Boladeras Cucurella, M. “*¿Qué es dignidad? Filosofía, Derecho y Práctica Sanitaria*”. Barcelona, España. Editorial Proteus.
- Reich, W. T. (1978) “*Enciclopedia of Bioethics. Free Press. New York.*” Citado por Hooft, P. F. (2004) “*Bioética y Derechos Humanos.*” (2ªed.) Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma.
- Rivero Sánchez, J.M. (1999) “*Responsabilidad Civil.*” (1ªed). San José, Costa Rica. Ediciones Jurídicas Areté.
- Sáenz Carbonell, J (2009). “*Elementos de Historia del Derecho.*” (1ªed). San José, Costa Rica .Editorial ISOLMA.
- Salazar Murillo, R. (2000) “*Intervenciones Corporales y Tutela de los Derechos Fundamentales.*” (1ªed) San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Salvat, R. (1958) “*Tratado de Derecho Civil Argentino.*” (5ªed). Buenos Aires, Argentina. Tipográfica Editora Argentina.
- Serpa Flores. R (1995) “*Ética Médica y Responsabilidad Legal del Médico*”. Monografía Jurídica 88, Bogotá Colombia, Editorial Temis S.A.
- Simón, P (2000). “*El Consentimiento Informado, Historia, Teoría y Práctica*”. (1ªed.), Madrid, España. Editorial Triacastela.

• Tiffer Sotomayor, C. (2008) “*Responsabilidad Penal por Mala Praxis: Estudio Sistemático de Casos.*” (1ªed.) San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental.

Yepes Restrepo, S. (1996) –*Responsabilidad Civil Médica*”. (4ªed), Medellín, Colombia, Biblioteca Jurídica Diké.

-Manuales.

- Declaración de AMM sobre los derechos del paciente.
- Guía Internacional de la Bioética.
- Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos.
- Manual de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial.

-Material o documentos electrónicos.

• Área de Gestión de la Recerca. Universidad Autónoma de Barcelona. Obtenida el 15 de febrero del 2015 de <http://www.recerca.uab.es/ceeah/docs/CIOMS.pdf>.

• Arrieta Quesada, L. (1999) –*Mal praxis médica*”. Medicina Legal de Costa Rica, vol. 16 (1-2). Obtenido el día 20 de agosto del 2014 de http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00151999000200007.

• Asociación Internacional de Traductores y Redactores de Medicina y Ciencias Afines. Obtenida el 15 de febrero del 2015 de http://www.medtrad.org/panacea/IndiceGeneral/n36-revistilo_LCRamos.pdf.

• Asociación Médica Mundial, Declaración de Helsinki. Obtenida el 17 de febrero del 2015 de <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/b3/>.

• Asociación Médica Mundial, Archivo de Políticas Carcelaria. Obtenida el 17 de febrero del 2015 de <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/20archives/index.html>

• Asociación Médica Mundial, Lanzamiento del Nuevo Manual de Ética Médica. Obtenido el 2 de abril de 2015 de http://www.wma.net/es/40news/20archives/2005/2005_02/index.html.

• Asociación Médica Mundial, Manual de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial. Obtenida el 15 de febrero del 2015 de http://www.wma.net/es/30publications/30ethicsmanual/pdf/ethics_manual_es.pdf.

• Barrantes, M; Rodríguez, E & Lama, A. (2009) *—Relación médico –paciente: derechos del adulto mayor—*. Acta Bioethica. Vol. 15(2). Obtenido el día 03 de enero del 2015 de <http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v15n2/art13.pdf>.

• Biblioteca virtual Miguel de Cervantes. Obtenido el 16 de febrero del 2015 de http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/la-medicina-hipocratica/html/eb4cdfa6-c5c0-11e1-b1fb-00163ebf5e63_2.html.

• Bioéticas. Guía Internacional de la Bioética. Obtenido el 16 de febrero del 2015 de <http://www.bioeticas.org/bio.php?articulo373>

• Castro Vindas, S. & Escalante Quirós, W. *—La responsabilidad del médico derivada del fenómeno de la mala praxis.*” Cuadernos de estudio del Ministerio Público de CR.

Obtenido el día 07 de julio del 2014 de http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/biblioteca/cuaderno_estudio/Cuader-6/Cuader-6.html

• Chepe Ramos, E. (2010) *—Acto Médico y el Consentimiento Informado.*” Obtenido el día 25 de junio de 2014 de http://www.virtual.unal.edu.co/cursos/economicas/91337/ayudas/manuales/acto_medico.pf

• Código de Núremberg. Obtenido el 15 de febrero del 2015 de <http://www.bioeticanet.info/documentos/Nuremberg.pdf>

• Colegio de Médicos Distrito II de la Provincia de Buenos Aires. Obtenido el 14 de febrero del 2015. <http://www.colmed2.org.ar/images/code04.pdf>

• Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *—Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*”. Obtenido el día 23 de febrero del 2015 de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

• Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *—Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*”. Principio X. Obtenido el día 23 de febrero del 2015 de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

• Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México. Obtenido el día 09 de febrero del 2015 de http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos

• Convención Americana de Derechos Humanos. Obtenido el día 19 de marzo del 2015 de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. Obtenido el día 13 de marzo del 2015 de <http://www.bioeticanet.info/documentos/Oviedo1997.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obtenida el 15 de febrero del 2015 de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28145.pdf>
- Cortés Cortés, M. & Monroy Alvarado, G. (2004) *–Iatrogenia, Ética y Administración.*” Publicado en Dimensión Social y Humana del Crecimiento Económico, México: Departamento de Producción Económica. Obtenido el día 05 de septiembre del 2014 de <http://www.centrogeo.org.mx/curriculum/germanmonroy/pdf/iatrogenia.pdf>
- Court of Appeals of New York. (1914) *–Schloendorff v. Society of New York*” Obtenido el día 27 de octubre de 2014 de <http://wings.buffalo.edu/bioethics/schloen1.html>
- Declaración de Ginebra. Asociación Médica Mundial. Obtenida el 2 de abril del 2015 de http://www.wma.net/es/30publications/30ethicsmanual/pdf/ethics_manual_es.pdf
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Obtenido el día 20 de marzo del 2015 de <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreTreatiessp.pdf>
- Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. Obtenido el día 23 de marzo del 2015 de http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- Delgado Calderón, I. & Araya Vega, A. (2012) “La Responsabilidad Médica”. Revista de Pensamiento Penal. vol. 137. Obtenido el día 19 de diciembre del 2014 de <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/01/doctrina06.pdf>

• Enciclopedia del Holocausto, Obtenido el 16 de febrero del 2015 de <http://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10007227>

• Fernández Delgado, X. (2006) “*Iatrogenia y Mal Praxis.*” Obtenido el día 07 de julio del 2014 de http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica4/Art_6.htm

• Galán Cortés, J. C. (2001) –*Responsabilidad médica y consentimiento informado. Civitas,*” Madrid. Citado por López Carmona, V. (2013) –*Responsabilidad Civil por falta de consentimiento informado en la medicina satisfactiva*”. Revista Derecho y Salud. (Vol. 23) España. Obtenido el día 24 de febrero del 2015 de <http://www.ajs.es/descarga/attach/554>

• Garita Navarro, J. R. –*Comentarios Sobre Responsabilidad Objetiva de la Administración Pública. Análisis jurisprudencial*”. Obtenido el día 10 de noviembre de 2014 de <http://sitios.poder-judicial.go.cr/sala1/Temas%20jurisprudenciales/Responsabilidad%20objetiva%20Administraci%C3%B3n.pdf>

• Gerstner, J. (2009) “*Significado de iatrogenia o yatrogenia.*” Asociación Civil Argentina en Defensa del Paciente. Obtenido el día el 24 de junio de 2014 de [www.http://drgoliamiguel.blogspot.com/2009/07/significado-de-iatrogenia-o-yatrogenia.html](http://drgoliamiguel.blogspot.com/2009/07/significado-de-iatrogenia-o-yatrogenia.html)

• Hipócrates. (n.d.) Juramento Hipocrático. Versión del griego traducida por Briceño Jáuregui, M. Obtenido el día 10 de septiembre de 2014 de http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/bmn/hipoc_jur.pdf

• Oficina de la Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y Observatorio Latinoamericano y del Caribe contra VIH, Cárceles, Drogas y Trata de Personas. Obtenido

el 15 de octubre del 2014 de http://observatoriovihycarceles.org/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=127&lang=es

- *–Legislación sobre salud mental y derechos humanos*”. Obtenido el día 03 de enero del 2015 de http://www.who.int/mental_health/policy/legislation_module_spanish.pdf

- León Barua, R. & Berendson Seminario, R. (1996) *–Medicina Teórica. Definición de la medicina y su relación con la biología.*” Revista Médica Herediana, 7:(1-3) Obtenido el día el 24 de junio de 2014 de <http://www.scielo.org.pe/pdf/rmh/v7n1/v7n1e1.pdf>

- Ley 1/2003 De la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana, obtenido el 12 de enero del 2015 de http://www.docv.gva.es/portal/ficha_disposicion_pc.jsp?sig=0421/2003&L=1

- National Institutes of Health. Obtenida el 17 de febrero del 2015 de <http://search.nih.gov/search?utf8=%E2%9C%93&affiliate=nih&query=guidelines+for+the+conductor+of+research+involving+human+subjects&commit.x=0&commit.y=0&commit=Search>

- Nogueira Alcalá, H. (2011) *–Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad.*” Obtenido el día 23 de marzo del 2015 de <http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Dignidad.pdf>

- Noticias Jurídicas. Obtenida el 23 de febrero del 2015 de http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l41-2002.html

• Organización de las Naciones Unidas. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Obtenido el día 23 de febrero del 2015 de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2021.pdf>

• Organización Mundial de la Salud, “*Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de salud mental*”. Obtenido el día 03 de enero del 2015 de http://observatoriovihcarceles.org/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=127&lang=es

• Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Obtenido el día 20 de marzo del 2015 de <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreTreatiessp.pdf>

• Pelé, A. (2003) –*Una aproximación al concepto de dignidad humana*”. Obtenido el día 11 de marzo del 2015 de http://universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf

• Real Academia Española. (2001). Diccionario de la Lengua Española (22.aed.). Obtenido el 10 de julio del 2015 de <http://www.rae.es/rae.html>

• Sala Segunda del Tribunal Constitucional, Resolución número. 37/2011 del veintiocho de marzo del 2011. Obtenido el 13 de abril de http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-7626

• Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Cuarta de Madrid, resolución número STS 8738-2012, del veinte de noviembre del 2012. Obtenido el 12 de abril del 2015 de <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6608110&links=%226157/2011%22&optimize=20130122&publicinterface=true>

• Sánchez González, M. (1996) “*El consentimiento informado: Un derecho del enfermo y una forma distinta de tomar las decisiones.*” Obtenido el día 18 de julio de 2014 de <http://www.colmed2.org.ar/images/code02.pdf>

• Sancho Gargallo, I. (2004) “*Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado,*” Revista InDret. Barcelona, España. Obtenido el día 24 de febrero del 2015 de http://www.indret.com/pdf/209_es.pdf

• —*Schloendorff v. Society of New York*” (105 N.E. 92). Obtenido el 27 de octubre del 2014 de <http://wings.buffalo.edu/bioethics/schloen1.html>

• Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Madrid, Resolución número.EDJ-2010/140122, del 29 de junio del 2010. Obtenido el 11 de abril del 2015 de www.elderecho.com/actualidad/EDJ_EDEFIL20121227_0024.pdf

• Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Madrid, Resolución número EDJ-2009/240017 del dieciséis de setiembre del 2009. Obtenida el 11 de abril del 2015 de www.elderecho.com/actualidad/EDJ_EDEFIL20121227_0046.pdf

• Supreme Court of Minnesota. (1905) —*Mohr v. Williams.*” Obtenido el día 27 de octubre de 2014 de <http://www.lawandbioethics.com/demo/Main/LegalResources/C5/Mohr.htm>

• Supreme Court of Oklahoma. (1913) —*Rolater v. Strain.*” Obtenido el día 27 de octubre de 2014 de <http://law.justia.com/cases/oklahoma/supreme-court/1913/14030.html>

• Tribunal Supremo de España. Sala primera, Resolución RJ 2002/5514 del 2 de julio del 2002. Obtenido el día 06 de enero de http://www.nidoapp.com/files/ci_aspectolegal.pdf

• United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. Obtenida el 15 de febrero del 2015 de <http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf>

• Vega Zúñiga, F. (2009) –*Consideraciones Jurídicas y Médico Legales en torno a la definición de Acto Médico*” emitida por el Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, en Sesión Ordinaria 2008.07.23, mediante Acuerdo Sjg.7783.08.08. Medicina Legal de Costa Rica, 26 (1). Obtenido el día 22 de septiembre de 2014 de: http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152009000100006

• Vélez Fernández, G. (2008) –*La Imputación Objetiva: Fundamento y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de Roxin y Jakobs*”. Obtenido el 12 de septiembre de 2014 de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_35

-Normativa Internacional.

- Código de Núremberg.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convención de los Derechos del Niño.
- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.
- Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial.
- Declaración de Hong Kong de la Asociación Médica Mundial sobre el maltrato de los ancianos.

- Declaración de Manila en 1981 –*Proposed Internacional Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subject.*”

- Declaración Helsinki.

- Declaración Universal de los Derechos Humanos.

- Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

- El Código Internacional de Ética Médica.

- Informe Belmont.

- Legislación sobre salud mental y derechos humanos.

- Ley 1/2003 De la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental.

- Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

-Normativa Nacional.

- Acuerdo de Política Institucional de Calidad y Seguridad del Paciente.
- Código Civil de Costa Rica.
- Código de Ética Médica.
- Código de Familia de Costa Rica.
- Código de la Niñez y la Adolescencia.
- Código Penal de Costa Rica.
- Constitución Política de Costa Rica.
- Decreto 35332-S del 15 de mayo de 2009, Código de Ética Médica.
- Hipócrates. (n.d.) Juramento Hipocrático.
- Ley de Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados.
- Ley General de la Administración Pública.
- Ley General de Salud.
- Ley Integral de la Persona Adulta Mayor.
- Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos.

- Reglamento a la Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos.
- Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social.
- Reglamento del Expediente de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social.
- Reglamento General de Hospitales.
- Reglamento Nacional de Hospitales Nacionales.
- Reglamento sobre Derechos y Deberes de los Privados y Privadas de Libertad.

-Revistas.

- Barba Orozco, S. (2000), “*Responsabilidad Profesional Médica*”, Revista Jurídica Ratio Juris, Volumen 4.
- Fernández Segado, F. (1996), “*La dignidad de la persona humana como valor supremo del ordenamiento jurídico.*” En revista El Derecho. Buenos aires, Argentina. Citado por Hooft, P. F. (2004).
- Ortiz P., A. & Burdiles P., P. (2010), “*Consentimiento informado*”. Revista Médica Clínica Las Condes, Vol 21(4).
- Rozo Sordini, P. (1998), “*Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el Derecho Italiano.*” Revista de Derecho Privado, No 4 (1).

- Sancho Gargallo, I. (2004), “*Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado,*” Revista InDret, Barcelona.

- Vargas C., J.; Hering A., E.; Demetrio R.; A. & Ulloa A., E. (2010) –*Consentimiento Informado: Importancia de información al paciente,*” Revista Obstetra Ginecóloga, Hospital Santiago Oriente, Dr. Luis Tisné Brousse, Vol 5 (1).

- Velasco Suárez, M. (1997), Gaceta Médica Mexicana, Vol. 133(3).

-Resoluciones judiciales consultas.

- Court of Appeals of New York. (1914), –*Schloendorff v. Society of New York*”.

- Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Resolución 513-07 de las nueve horas del once de abril del dos mil siete.

- Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Sentencia 3162-2010 de las catorce horas del treinta de noviembre del dos mil diez.

- Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Sentencia 0239-2012 de las catorce horas cuarenta y nueve minutos del treinta y uno de enero del dos mil doce.

- Resolución No. 37/2011 del veintiocho de marzo del 2011, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional.

- Resolución No. 9 del dieciséis de enero del 2012 del Juzgado de Primera Instancia Número 50 de Madrid.

- Resolución No. EDJ-2009/240017 del dieciséis de setiembre del 2009, de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Madrid.

- Resolución No. STS 8738-2012, del veinte de noviembre del 2012, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Cuarta de Madrid.

- Resolución No.EDJ-2010/140122, del veintinueve de junio del 2010, de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Madrid.

- Sala Constitucional de Costa Rica. Resolución número 1319-1997 de las catorce horas cincuenta y un minutos del cuatro de marzo de mil novecientos noventa y siete.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Resolución 2232-1991 de las dieciocho horas con treinta minutos del cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Resolución 3446-1996.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 5237-2000 de las nueve horas con cuarenta y ocho minutos del treinta de junio del dos mil.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 0005-2012 de las catorce horas treinta y un minutos de cinco de enero de dos mil doce.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 11901-2007 de las catorce horas y cincuenta y siete minutos del veintiuno de agosto del dos mil siete.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1428-1996 de las quince horas y treinta y seis minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y siete.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 11302-2004 de las dieciséis horas y diecinueve minutos del doce de octubre del dos mil cuatro.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 8742-12 de las catorce horas con treinta minutos del veintisiete de junio de dos mil doce.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sesión extraordinaria de Corte Plena de 11 de octubre de 1982.

- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 067-F-2007 de las nueve horas con cuarenta minutos del dos de febrero del dos mil siete.

- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 074-F-2007 de las diez horas con quince minutos del dos de febrero del dos mil siete.

- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1049-F-2009 de las trece horas con treinta y cinco minutos del ocho de octubre del dos mil nueve.

- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1102-F-S1-2010 de las catorce horas y cincuenta minutos del catorce de septiembre del dos mil diez.

- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1431-2011 de las nueve horas y diez minutos del veintiuno de noviembre del dos mil once.

- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 23-1993 de las catorce horas con cuarenta minutos del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y tres.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 300-F-2009 de las ocho horas con veinticinco minutos del veintiséis de marzo del dos mil nueve.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 320-90 de las catorce horas y veinte minutos del nueve de noviembre de mil novecientos noventa.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 584-F-2005 de las diez horas con cuarenta minutos del once de agosto del dos mil cinco.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 635-06 de las diez horas y cincuenta y cinco minutos del seis de setiembre de dos mil seis.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 875-2007 de las ocho horas del catorce de diciembre del dos mil siete.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 134-2001 de las once horas con veintidós minutos del dos de febrero del dos mil uno.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 127-2000 de las nueve horas con cuarenta minutos del cuatro de febrero del dos mil.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1353-2007 de las ocho horas con cincuenta minutos del dieciséis de noviembre del dos mil siete.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 225-1989 de las diez horas con veinticinco minutos del trece de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

- Supreme Court of Minnesota. (1905) –*Mohr v. Williams*”
- Supreme Court of Oklahoma. (1913) “*Rolater v. Strain*”
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II. Sentencia 0016-2012 de las once horas y quince minutos del veintiuno de febrero del dos mil doce.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Resolución 0016-2012.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII. Sentencia 0138-2012 de las catorce horas del veinticuatro de octubre del dos mil doce.
- Tribunal Supremo de España. Sala primera. Resolución RJ 2002/5514 del 2 de julio del 2002.
- Tribunal Supremo Español en resolución del 23 de marzo del 2011. Citado en Cama Jimena M, Gómez Rivero M.C, Sillero Crovetto B, Such Martínez J, ibídem p286.

-Trabajos Finales de Graduación.

- Astorga Tobar, J. (2011) –*El consentimiento informado en el acto médica,*” (1ªed) Santiago, Chile, Universidad de Chile.
- Benneth Mora, M, –*La Regulación Internacional del Consentimiento Informado como protección de la Dignidad Humana*”, Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica.
- García Urbón, M. (1994) Citado por Matarrita Alvarado S. (2005), –*El consentimiento informado como instrumento de tutela de la vida y la salud en la*

legislación costarricense,” Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica.

- Matarrita Alvarado S. (2005), *–El consentimiento informado como instrumento de tutela de la vida y la salud en la legislación costarricense,*” Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica.

- Sánchez Rubio, M. A. (2007), *“Marco Jurídico del derecho a la información en las relaciones sanitarias: Especial consideración al consentimiento informado”*, Tesis Doctoral. Cáceres, España. Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura.

Quintana Marcó, I. (2010), *–El consentimiento informado en la relación médico – paciente: aspectos jurídicos”*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Derecho. Santiago, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Anexos.

Los anexos están compuestos por los siguientes documentos:

- *Anexo I:* Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social.
- *Anexo II:* Formulario del Consentimiento informado de la Caja Costarricense de Seguro Social.
- *Anexo III:* Formulario del Consentimiento Informado de Hospital Privado de Costa Rica.
- *Anexo IV:* Encuesta realizadas, a pacientes en referencia al Consentimiento informado.

***Anexo I: Reglamento del Consentimiento Informado en la
Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social.***

**REGLAMENTO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO
EN LA PRÁCTICA ASISTENCIAL EN LA
CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL**
(Aprobado por la Junta Directiva, en artículo 25□ de la Sesión N□ 8601, del 20 de
septiembre de 2012)

CAPÍTULO I

**SECCIÓN I
Definiciones**

Artículo 1: Definiciones. Para los efectos del presente Reglamento, regirán las siguientes definiciones:

Asentimiento informado. Aceptación, por parte de la persona menor de edad, del procedimiento clínico recomendado por el profesional de la salud.

Atención de emergencia clínica. Es toda atención en salud inmediata, no programada, brindada a una persona, en cualquier instante, por justificarlo así su estado de salud, ya que de acuerdo con el profesional de salud responsable de la atención, está en peligro inminente su vida o integridad física.

Capacidad jurídica. Es la aptitud de las personas como sujetos de derechos y obligaciones, la cual es inherente a la persona física durante su existencia, de un modo absoluto y general. Se modifica o se limita, de conformidad con la ley y la capacidad volitiva, cognoscitiva y de juicio.

Centro asistencial. Unidad administrada por la Caja o contratada bajo cualquier modalidad por esta Institución, donde las personas usuarias reciben atención en salud.

Consentimiento informado. Es un proceso de comunicación continua, predominantemente oral, entre los funcionarios de salud y la persona usuaria, que reconoce el derecho de ésta a participar activamente en la toma de decisiones, respecto a los procedimientos preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de investigación biomédica, todos los anteriores relacionados con su salud, según sea así requerido por criterio profesional calificado. Se entiende, en primer lugar, como el derecho de la persona usuaria a obtener información y explicaciones adecuadas de la naturaleza de su condición o enfermedad, y del balance entre los beneficios y los riesgos de los procedimientos clínicos recomendados; y, en segundo lugar, como el derecho de la misma persona usuaria a consentir o no el procedimiento clínico recomendado. Debe obtenerse con obligatoriedad de manera previa a la realización de un procedimiento clínico específico.

Consentimiento informado por sustitución. Es el proceso mediante el cual el profesional responsable de la atención de la persona usuaria, obtiene el consentimiento de las personas a ella vinculadas, sea por razones de consanguinidad o afinidad, por encontrarse ésta incapacitada para tomar decisiones, esto por criterio razonado del profesional en salud responsable de la atención clínica. En caso de que la persona usuaria sea incapacitada legal o menor de edad, se reconoce el consentimiento por sustitución para el representante legal, con la previsión de que, en algunos casos, pueda tenerse en cuenta la opinión de la persona usuaria.

Consentimiento por delegación. Proceso por el cual una persona usuaria capaz y en ejercicio de su propia y libre voluntad, delega el derecho a consentir el procedimiento clínico recomendado, en otra persona a ella vinculada, sea por razones de consanguinidad o afinidad. El consentimiento por delegación puede o no acompañarse de una dimisión parcial o total del derecho a la información. Esta manifestación puede realizarse de manera oral, ante testigos, o por escrito.

Persona usuaria. Es toda persona, que utiliza los servicios brindados en los centros asistenciales, ya que requiere asistencia en su condición de salud o enfermedad y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud o asimismo la persona que utiliza los servicios de salud de educación y promoción de la salud, de prevención de enfermedades y de información en salud de la Institución.

Privilegio terapéutico. Es la potestad del profesional de salud de graduar aquella parte de la información clínica relacionada con el procedimiento clínico recomendado que de acuerdo a su criterio técnico, y de forma justificada, pueda alterar la capacidad volitiva y de juicio de la persona usuaria de modo tal que la convierta en incompetente para decidir. No obstante, el ejercicio del privilegio terapéutico no justifica la ausencia total de información.

Procedimiento clínico. Es un acto efectuado por el profesional de salud calificado, que por su naturaleza implica riesgo para la salud o la vida de la persona usuaria; abarca los ámbitos de la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y cuidados en la enfermedad hasta la muerte. Incluye también toda acción o disposición que realice el profesional en salud en los campos de la enseñanza y la investigación biomédica que implique participación de la persona usuaria.

Profesional de salud: Toda persona funcionaria que por su área de estudio y perfil de puesto tiene competencias y está autorizada para realizar un procedimiento clínico.

Profesional idóneo. Es un profesional, con grado mínimo de licenciatura, en un área de las ciencias de la salud, afín a la del profesional que realizaría el procedimiento.

Valoración calificada. Es una valoración integral, efectuada por un profesional en medicina especialista en psiquiatría del centro asistencial, o de la respectiva red de servicios, a solicitud de una jefatura de unidad o servicio, cuyo objetivo es la valoración de la capacidad volitiva, cognoscitiva y de juicio de la persona usuaria, para el libre ejercicio de su voluntad, así como también, podrá valorar el grado de madurez de la persona usuaria menor de edad.

SECCIÓN II

Disposiciones generales

Artículo 2: Objeto. El presente Reglamento tiene por objeto regular el proceso de consentimiento informado en la Caja.

Artículo 3: Ámbito de aplicación. El presente Reglamento será de aplicación obligatoria en todo centro asistencial que preste servicios de salud por cuenta de la Caja.

CAPÍTULO II

SECCIÓN I

Del Consentimiento Informado

Artículo 4: Proceso de consentimiento informado. El consentimiento informado es un proceso de comunicación que permite a la persona usuaria tomar decisiones libres y voluntarias con respecto a la realización de un procedimiento clínico recomendado por el profesional de salud; por obligatoriedad se debe aplicar en forma oral o por medios alternativos de comunicación cuando corresponda, de manera adecuada a la capacidad de comprensión de la persona usuaria, su representante legal o persona autorizada por esta, en todo procedimiento clínico.

El profesional de salud debe dejar constancia escrita, en el expediente de salud o registro respectivo, de que se cumplió con este proceso, de manera previa a la realización de un procedimiento clínico específico que supone riesgos o inconvenientes de evidente repercusión negativa para la salud.

Artículo 5: Condiciones necesarias. Para la aplicación del proceso de consentimiento informado por parte del profesional de salud responsable, debe contarse con las siguientes condiciones:

- a. Presencia física de la persona usuaria con capacidad jurídica, o de ésta y su representante legal, en caso de incapacidad legal.
- b. Identificación y credenciales del profesional en salud responsable del proceso.
- c. Respeto absoluto a la privacidad de la persona usuaria durante la atención de su salud.
- d. Manejo confidencial de la información de la condición de salud de la persona usuaria, con las excepciones que este mismo Reglamento establece.
- e. Comunicación respetuosa y clara durante todo el proceso de atención de su salud.
- f. Valoración por parte del profesional de salud, de la capacidad volitiva, cognoscitiva y de juicio de la persona usuaria para el libre ejercicio de su voluntad, con apoyo interdisciplinario o valoración calificada en caso necesario.
- g. Acceso de la persona usuaria a información veraz, completa y concisa sobre su condición de salud, con excepción de los casos de privilegio terapéutico.
- h. Entrega oportuna de la información relacionada con el procedimiento preventivo, diagnóstico o terapéutico recomendado a la persona usuaria.
- i. Verificación por parte del profesional de salud de la comprensión de la información recibida por parte de la persona usuaria.
- j. Espacio y tiempo, estimados por el profesional de la salud, en razón del tipo y la oportunidad del procedimiento, para reflexionar y tomar la decisión.

k. Disponibilidad del expediente de salud o documento de atención en casos de emergencias, para el registro de la voluntad de la persona usuaria.

Artículo 6: Responsabilidad por la aplicación. Corresponde al profesional de salud a cargo del procedimiento, la aplicación del consentimiento informado, lo cual incluye:

- a. Brindar información adecuada a la capacidad de comprensión de la persona usuaria.
- b. Utilizar un lenguaje claro, asequible y adaptado a las condiciones de la persona usuaria.
- c. Dar oportunidad a la persona usuaria o a su representante legal, de plantear preguntas y responder en forma clara a estas preguntas.
- d. Evitar cualquier tipo de coacción que afecte la libre manifestación de la voluntad.
- e. Gestionar el apoyo interdisciplinario que considere necesario.
- f. Otorgar a la persona usuaria el tiempo, estimado por el profesional de la salud, en razón del tipo y la oportunidad del procedimiento, para reflexionar y tomar la decisión.

Artículo 7: Derecho a consentir. El titular del derecho a consentir el procedimiento clínico recomendado, es la persona usuaria o su representante legal.

El consentimiento tendrá validez cuando a la persona usuaria o a su representante legal, se le haya brindado la información clínica suficiente, la haya comprendido y con base en esto, tome una decisión libre y voluntaria.

En caso de emergencia clínica derivada del procedimiento consentido, que requiera de una actuación necesariamente inaplazable, el profesional en salud, podrá extender la actividad a otras actuaciones a la inicialmente autorizada.

De las anteriores circunstancias deberá quedar constancia en el expediente de salud o registro respectivo por parte del profesional responsable del procedimiento clínico.

Artículo 8: Derecho a revocar el consentimiento. El consentimiento para realizar el procedimiento recomendado puede ser revocado por el otorgante, parcial o totalmente, en cualquier momento. De la anterior situación el profesional responsable del procedimiento clínico deberá dejar constancia en el expediente de salud o registro respectivo.

La revocatoria de un procedimiento por parte de la persona usuaria o su representante legal, no supone ninguna sanción o pérdida de derechos.

Artículo 9: Excepciones. No será necesario el consentimiento de la persona usuaria, en los siguientes casos:

- a. Cuando la omisión del procedimiento clínico suponga un riesgo para la salud pública, como en los casos de prevención, control y tratamiento de enfermedades transmisibles, contaminación radioactiva u otros, según lo disponga el Ministerio de Salud o la Ley General de Salud; o en situaciones excepcionales o de emergencia previstas en el ordenamiento jurídico costarricense, en que prevalezcan la salud pública, el bien común y el derecho de terceros.
- b. En la atención de emergencia clínica, que implique la aplicación del procedimiento clínico, de forma inmediata, con la imposibilidad real de informar a la persona usuaria, o a otra persona a ella vinculada.

c. En el internamiento involuntario por valoración calificada de un profesional en medicina especialista en psiquiatría o cuando medie una decisión judicial.

De dichas condiciones se dejará constancia en el expediente de salud o registro respectivo por parte del profesional responsable del procedimiento clínico. Los anteriores casos no excluyen el derecho de la persona usuaria de recibir la información clínica sobre el procedimiento realizado, cuando procediere.

SECCIÓN II

De la información

Artículo 10: Derecho a la información. El titular del derecho a la información clínica, para efectos del consentimiento informado, es la persona usuaria o su representante legal.

Artículo 11: Características y contenido. La información que se transmita a la persona usuaria, para efectos del consentimiento informado, deberá tener las siguientes características y contenido mínimo:

- I. Ser comprensible, continua, razonable y suficiente.
- II. Ser objetiva, específica, pertinente y adecuada al procedimiento clínico.
- III. Debe incluir los siguientes elementos:
 - a. Identificación, objetivo y descripción del procedimiento clínico a consentir.
 - b. Beneficios esperados para la persona usuaria.
 - c. Alternativas disponibles para el procedimiento clínico recomendado.

d. Consecuencias previsibles de la realización o de la no realización del procedimiento clínico recomendado.

e. Descripción de los riesgos frecuentes y de los riesgos poco frecuentes cuando sean de especial gravedad, del procedimiento clínico.

f. Descripción de los riesgos personalizados.

g. Otros, a consideración del profesional de la salud.

Artículo 12: Formulario “*Consentimiento Informado*”. El formulario “*Consentimiento Informado*” se utilizará en los siguientes procedimientos clínicos:

I. Intervenciones quirúrgicas.

II. Procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud de la persona usuaria.

III. Procedimientos que la ley establezca.

Deberá ser llenado, por el profesional de salud a cargo del procedimiento, o por aquel profesional idóneo, a quien la jefatura de la unidad o servicio delegue, de manera escrita.

La aplicación del formulario “*Consentimiento Informado*”, se hará obligatoriamente, antes de la realización de los procedimientos clínicos citados.

El formulario “*Consentimiento Informado*” contendrá al menos la siguiente información del procedimiento clínico que se recomienda:

a. Nombre del centro asistencial y del servicio que realiza el procedimiento.

- b. Datos de identificación de la persona usuaria.
- c. Nombre completo y profesión del profesional de la salud que informa.
- d. Nombre del procedimiento recomendado.
- e. Los elementos relacionados con el procedimiento recomendado, citados en el punto tercero del artículo 11.
- f. Manifestación de la persona usuaria, o de su representante legal, de los siguientes aspectos: de estar satisfecha con la información recibida; de haber obtenido información sobre las dudas planteadas; de que conoce la posibilidad de revocar en cualquier momento el consentimiento, sin expresión de causa; y finalmente, de que consiente someterse al procedimiento clínico recomendado.
- g. Fecha, hora y firma (o en su defecto huella digital) y número de identificación de la persona con legitimidad para consentir.
- h. Fecha, hora, firma y número de identificación de los testigos, en casos de consentimiento por delegación y voluntad anticipada, así como otros, a consideración del profesional responsable de la aplicación del consentimiento informado.
- i. Firma y código de identificación del profesional de la salud que brinda la información, así como la fecha y hora.
- j. Firma y código de identificación del profesional de la salud que realiza el procedimiento, así como fecha y hora de la realización de este.

Los formularios de consentimiento informado oficializados formarán parte integral del expediente de salud de la persona usuaria.

El profesional de salud a cargo del procedimiento clínico, debe verificar que el proceso se ejecutó correctamente, por parte del profesional idóneo al cual se le delegó la aplicación del consentimiento informado, asimismo debe dejar constancia escrita, en el expediente de salud o registro respectivo, de que se cumplió con este proceso.

La suscripción de este formulario no sustituye la realización del proceso de consentimiento informado.

Artículo 13: Derecho a no ser informado. Cuando la persona usuaria manifieste expresamente su deseo de no recibir información clínica, para efectos del consentimiento informado, se dejará constancia en el expediente de salud o registro respectivo. El caso anterior no excluye el derecho de la persona usuaria de brindar el consentimiento previo para el procedimiento clínico recomendado.

En todo caso, deberá respetarse la facultad de la persona usuaria a delegar el consentimiento informado con base en el artículo 17 del presente Reglamento.

SECCIÓN III

Del Asentimiento Informado

Artículo 14: El Asentimiento Informado. Será obligatoria la aplicación del asentimiento informado a la persona usuaria mayor de 12 años. Cuando tenga menos de 12 años, debe tomarse en cuenta su opinión, conforme su edad y grado de madurez.

El profesional de salud debe dejar constancia escrita, en el expediente de salud o registro respectivo, de que se cumplió con el proceso de asentimiento informado, de manera previa a la realización de un procedimiento clínico específico que supone riesgos o inconvenientes de evidente repercusión negativa para la salud.

Cuando el procedimiento clínico recomendado resulte decisivo e indispensable para el resguardo de la salud o la vida del menor de edad, primará la decisión facultativa del profesional de salud, aún contra el criterio del representante legal o de la persona usuaria menor de edad; de ello se dejará constancia en el expediente de salud o registro respectivo.

CAPÍTULO III

SECCIÓN I De la confidencialidad

Artículo 15: La confidencialidad. Toda persona usuaria tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos contenidos en el Expediente de Salud, y a que nadie, excepto el personal de salud autorizado, pueda acceder a ellos sin su previa autorización.

Los centros asistenciales sujetos a este Reglamento adoptarán las medidas pertinentes para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior.

CAPÍTULO IV

SECCIÓN I Casos especiales del Consentimiento Informado

Artículo 16: El consentimiento por sustitución. El consentimiento informado por sustitución se aplicará cuando exista incapacidad manifiesta y evidente para tomar decisiones válidas o esta haya sido declarada judicialmente, o bien cuando la persona usuaria sea menor de edad. En los supuestos anteriores, corresponderá otorgar el consentimiento a:

- a. El cónyuge o la pareja de hecho. En su ausencia, el familiar de grado más próximo, y en igualdad de grado, al de mayor edad de los presentes, con capacidad jurídica.

b. El representante legal, debidamente acreditado.

Cuando el responsable del procedimiento considere que la persona usuaria incapaz reúne suficientes condiciones, le facilitará la información adecuada a su capacidad de comprensión.

En caso de que la decisión del cónyuge, la pareja de hecho o el representante legal sea contraria a los intereses de la persona usuaria incapaz, deberá solicitarse la medida cautelar pertinente a la autoridad judicial correspondiente, en virtud de lo dispuesto en la legislación costarricense. El consentimiento por sustitución no se aplicará en los casos establecidos en el artículo.- 9 de este Reglamento.

Artículo 17: El consentimiento por delegación. El consentimiento informado por delegación se aplicará cuando exista voluntad libre y manifiesta de la persona usuaria capaz para que, en su lugar, otra persona a ella vinculada, por razones de consanguinidad o afinidad, otorgue el consentimiento informado. De ello se dejará constancia en el expediente de salud o registro respectivo, mediante la firma de dos testigos mayores de edad y con plena capacidad.

En caso de que la decisión de la persona delegada sea contraria a los intereses de la persona usuaria, se deberá solicitar la medida cautelar pertinente, a la autoridad judicial correspondiente.

El consentimiento por delegación puede ser revocado por el otorgante en cualquier momento. De la anterior situación el profesional responsable del procedimiento clínico deberá dejar constancia en el expediente de salud o registro respectivo.

Artículo 18: Privilegio terapéutico. De manera excepcional y de forma justificada, el profesional de salud podrá graduar el contenido de la información clínica relacionada con el

procedimiento clínico recomendado, cuando según su criterio técnico esta pudiera alterar la capacidad volitiva y de juicio de la persona usuaria, de tal modo que la convierta en incompetente para decidir.

No obstante, el ejercicio del privilegio terapéutico no excluye el derecho de la persona usuaria a que, una vez solventada la situación que justificó dicho privilegio, se le brinde la información correspondiente sobre el procedimiento clínico realizado.

CAPÍTULO V

SECCIÓN I Del Área de Bioética

Artículo 19: Funciones. Para los efectos previstos en el presente Reglamento, le corresponderá al Área de Bioética y a la Subárea de Bioética Clínica y en Gestión del CENDEISSS las siguientes funciones:

- a. Definir y estandarizar las características, estructura y contenido de los formularios y documentos de información para procedimientos clínicos, para procesos de consentimiento informado.
- b. Coordinar las comisiones para realizar el análisis técnico y la elaboración de los formularios de “Consentimiento Informado” para los distintos procedimientos clínicos que así lo ameriten.
- c. Convocar las comisiones técnicas para la revisión y actualización de los formularios oficiales de consentimiento informado para procedimientos clínicos.
- d. Publicar el catálogo de formularios de consentimiento informado a nivel institucional.

- e. Realizar supervisiones a efecto de comprobar que los centros asistenciales y el personal a su servicio cumplan las obligaciones establecidas en el presente Reglamento.
- f. Implementar las estrategias necesarias para la aplicación del presente Reglamento.
- g. Analizar la implementación de los procesos de consentimiento informado a nivel institucional.
- h. Brindar asesoría en lo relacionado con procesos de consentimiento informado a nivel institucional.
- i. Dar capacitación a los funcionarios de la Institución, así como a los miembros de los comités locales de bioética, en materia concerniente a procesos de consentimiento informado.
- j. Divulgar en la población usuaria de los servicios asistenciales, los aspectos fundamentales del proceso del consentimiento informado.
- k. Remitir a la Dirección Ejecutiva del CENDEISSS y esta a la Gerencia Médica, informes anuales, sobre la aplicación del presente Reglamento en los centros asistenciales.
- l. Las demás funciones relacionadas con la materia que le atribuyan otras normas de carácter legal o reglamentario.

SECCIÓN II

De los Comités Locales de Bioética

Artículo 20: Funciones. Les corresponderá a los Comités Locales de Bioética las siguientes funciones:

- a. Formular y elevar a la Dirección Médica del centro asistencial correspondiente, así como al Área de Bioética del CENDEISSS, medidas y actuaciones que estime convenientes para promover el cumplimiento del presente Reglamento en su centro asistencial.
- b. Evaluar periódicamente la implementación de los procesos de consentimiento informado en su centro asistencial, en coordinación con el profesional responsable designado por la dirección médica para este efecto, de acuerdo con el presente Reglamento.
- c. Brindar asesoría a los funcionarios y usuarios del centro asistencial en aspectos relacionados con procesos de consentimiento informado.
- d. Remitir a la Dirección Médica y al Área de Bioética del CENDEISSS los formularios de consentimiento informado no oficiales que se utilicen en los centros asistenciales respectivos. Para cumplir esta función coordinará lo necesario con la Comisión Local de Expediente de Salud.
- e. Promover la cultura del consentimiento informado en el centro asistencial.
- f. Brindar capacitación y divulgación, a los funcionarios de sus centros asistenciales, en materia concerniente a procesos de consentimiento informado.

- g. Divulgar en la población usuaria de los centros asistenciales respectivos, los aspectos fundamentales del proceso de consentimiento informado.
- h. Remitir al Área de Bioética, informes trimestrales sobre la aplicación del presente Reglamento en el centro asistencial respectivo.
- i. Las demás funciones relacionadas con la materia que le atribuyan otras normas de carácter legal o reglamentario.

SECCIÓN III

Del Comité Institucional de Expediente de Salud.

Artículo 21: Función. Le corresponderá al Comité Institucional de Expediente de Salud recomendar a la Gerencia Médica los formularios para el registro escrito del consentimiento informado, en los casos en que se requiera, según la disciplina dentro de las ciencias de la salud y todos aquellos documentos legales referentes al consentimiento informado. Esta acción será a solicitud del Área de Bioética del CENDEISSS.

SECCIÓN IV

Del Director Médico del Centro Asistencial de la CCSS

Artículo 22: Funciones. Les corresponderá a las personas que se desempeñen como Directores Médicos las siguientes funciones:

- a. Implementar medidas y actuaciones que estime convenientes para el cumplimiento del presente Reglamento en su centro asistencial.
- b. Designar, en el centro asistencial, un profesional responsable del seguimiento de la aplicación del presente Reglamento así como de su evaluación periódica, esto último en conjunto con el Comité Local de Bioética.

- c. Evaluar la implementación de los procesos de consentimiento informado en su centro asistencial conjuntamente con el profesional responsable del seguimiento y evaluación, en aquellos centros asistenciales donde no existe un Comité Local de Bioética.
- d. Desaplicar y remitir al Área de Bioética del CENDEISS, los formularios no oficiales de consentimiento informado y de información sobre procedimientos clínicos para procesos de consentimiento informado, que se utilicen en su centro asistencial, cuando en este no exista un Comité Local de Bioética.
- e. Remitir al Área de Bioética informes trimestrales sobre la aplicación del presente Reglamento, cuando no exista un comité local de bioética en su centro asistencial.
- f. Las demás funciones relacionadas con la materia que le atribuyan otras normas de carácter legal o reglamentario.

SECCIÓN V

De la Gerencia Médica.

Artículo 23: Conformación de comisiones técnicas. La Gerencia Médica conformará las comisiones que realizarán el análisis técnico para definir la necesidad de un determinado formulario de consentimiento informado, y que se encargarán de la elaboración y la actualización de estos, bajo la coordinación del Área de Bioética.

Artículo 24: Oficialización. La Gerencia Médica oficializará los formularios de consentimiento informado, a solicitud del Comité Institucional del Expediente de Salud.

Artículo 25: Ejecución y cumplimiento. La Gerencia Médica dictará las disposiciones necesarias para la correcta ejecución y cumplimiento del presente Reglamento.

DISPOSICIÓN FINAL

Artículo 26: Vigencia. El presente Reglamento entrará en vigencia noventa días después de su publicación en el Diario Oficial La Gaceta y deroga cualquier otra norma institucional de igual o menor rango que lo contradiga.

***Anexo II: Formulario del Consentimiento informado de la Caja
Costarricense de Seguro Social.***



CONSENTIMIENTO INFORMADO

Este formulario debe ser completado por todo funcionario de la CCSS antes de desarrollar cualquiera de las actividades sujetas de consentimiento informado por parte de los usuarios de los servicios de salud que brinda la Institución, de conformidad con Artículo 75, inciso b) del Reglamento del Seguro de Salud, el Artículo 40 del Reglamento del Expediente de Salud y las demás normas atinentes a la materia.

El suscrito (a) _____, en mi condición de usuario, padre o madre, tutor, apoderado legal de _____, doy mi consentimiento informado para que:

I. AUTORIZACION PARA PROCEDIMIENTOS O PROGRAMAS

1. Se practique por parte del personal autorizado del centro de salud, los procedimientos o programas que a continuación se detallan:

- | | |
|-----------|------------|
| 1.1 _____ | 1.2 _____ |
| 1.3 _____ | 1.4 _____ |
| 1.5 _____ | 1.6 _____ |
| 1.7 _____ | 1.8 _____ |
| 1.9 _____ | 1.10 _____ |

II. AUTORIZACION PARA PARTICIPACION DE ESTUDIANTES

2. Los estudiantes cubiertos por el Reglamento para la Actividad Clínica Docente de la CCSS, claramente identificados y en compañía del tutor, puedan participar en los exámenes y procedimientos que le sean realizados al usuario de los servicios de salud institucionales, con excepción de _____; todo bajo la supervisión del docente encargado.

Por tanto, hago constar que de previo a la firma de este consentimiento informado, se han cumplido las siguientes condiciones:

III. CONDICIONES DEL CONSENTIMIENTO

1. Recibí información sencilla y completa por parte de _____, quien manifiesta ser funcionario calificado del centro de salud. En ésta, se me proporcionó información suficiente y comprensible sobre los beneficios y riesgos relacionados con las actividades consentidas.
2. Se me ha leído y explicado en forma completa el contenido de este documento, aclarando a la vez, todas mis dudas a satisfacción.

Aclaro, eso sí, que durante mi atención podré cambiar de opinión y cancelar la presente autorización, de lo cual se dejará constancia escrita en el expediente, sin que ello signifique que se me negará los restantes servicios de salud.

IV. FIRMAS DEL FUNCIONARIO Y DEL USUARIO

Nombre y cargo del funcionario que solicita Consentimiento Informado	Cédula o identificación	Firma
Nombre del usuario o responsable	Cédula o identificación	Firma o huella digital

Si quien otorga el consentimiento informado no pudiese firmar, deberá imprimir su huella digital y aportar dos testigos (as) que no trabajen para la CCSS y hablen su mismo idioma, quienes deben firmar la siguiente declaración:

V. FIRMA DE LOS TESTIGOS

Nosotros (as) los (as) abajo firmantes, damos fe de que quien otorga este Consentimiento Informado ha impreso su huella digital en señal de aceptación de lo anteriormente indicado, en nuestra presencia.

Nombre completo del testigo 1	Cédula o identificación	Firma	Fecha
Nombre completo del testigo 2	Cédula o identificación	Firma	Fecha

Si se requiriese practicar otros procedimientos no contemplados en este Consentimiento Informado, se deberán de utilizar formularios adicionales e incorporarlos al Expediente de Salud.

***Anexo III: Formulario del Consentimiento Informado de
Hospital Privado de Costa Rica.***

**ANESTESIA U OTRO PROCEDIMIENTO
Y COMPROMISO DE ACATAMIENTO A
LAS DISPOSICIONES DEL HOSPITAL
CLINICA BIBLICA**



Hospital Clínica Bíblica
Su salud... nuestra principal preocupación

Orden de Servicio: [Redacted]
Paciente: [Redacted]
Médico: [Redacted]

Expediente No: [Redacted]
Fecha: [Redacted]
Hora: [Redacted]

1. Por medio, yo, [Redacted], en ejercicio pleno de mis facultades y completamente de acuerdo, doy consentimiento y autorización al Dr(a), [Redacted] quien es mi médico tratante, para que me practique el siguiente procedimiento: CESAREA.

2. El procedimiento nombrado me ha sido explicado por el Dr(a), [Redacted] y entiendo el riesgo ordinario que involucra eventual posibilidad de una complicación.

3. Me comprometo a no abandonar el Hospital bajo ninguna circunstancia, si no existe previamente consentimiento escrito del médico dando la autorización respectiva. Respetaré y acataré todas las Instrucciones y disposiciones Internas del Hospital para con pacientes, sean médicas, de enfermería, técnicas u otras que se me indiquen, en aras de obtener mi propia recuperación. Esto incluye que las personas que me acompañen durante mi internamiento, de ninguna manera podrán interferir con las medidas que se adopten en procura de mi bienestar. En caso de que incumpliere cualquiera de estas obligaciones a mi cargo, asumo desde ahora la responsabilidad que esa acción me pueda acarrear.

4. Reconozco que durante el curso de mi tratamiento, podrán surgir condiciones inesperadas, que requieran procedimientos diferentes adicionales al de arriba mencionado, por lo que autorizo al doctor previamente citado y a sus asistentes, para que realicen los procedimientos, cuando a su juicio sea necesario y a fin de procurar el mayor provecho para mi salud. En caso de que el procedimiento que me someto tenga como propósito la extirpación de algún órgano de mi cuerpo, autorizo a las autoridades del Hospital para dispongan de éste como tejido no utilizable del modo que crean conveniente y preciso. Asimismo doy mi consentimiento expreso para que se me administre anestesia, y para el uso de anestésicos que se estimen propicios.

5. Consiento para que, de ser absolutamente necesario, se me suministre sangre donada o cualquiera de sus derivados, a menos yo haya hecho arreglos con un banco de sangre. En caso de que mi fe religiosa o motivos de conciencia me hagan abstenerme aceptar, como parte del tratamiento, transfusiones sanguíneas o cualquiera de sus elementos, acepto que se me apliquen procedimientos alternos sustituibles tales como expansores o soluciones intravenosas, que tengan como objetivos mejorar condición física.

Acepto:
Transfusión de Sangre: _____ Procedimientos Alternos: _____ Ambos (a aplicar según criterio de mi médico): _____
Ninguno: (esta negativa se aplica únicamente al punto 5 del presente documento, no así al resto del consentimiento).

6. Frente al presente documento, con pleno conocimiento de su contenido, el cual no es revocable, salvo mediante notificación previa por escrito, entregada al Director General o al Director Médico.

7. Observaciones:

Firma del paciente: _____ Cédula o pasaporte No. _____

Firma del médico: _____ Código: _____

Por estar el paciente en alguno de los casos siguientes:

~~Incapaz Mental:~~ ~~Menor de edad:~~ Imposibilitado para firmar por su estado de salud:

El suscrito, [Redacted], cédula de identidad o pasaporte número: [Redacted], en mi condición de [Redacted] paciente, doy autorización y el consentimiento respectivo.

[Redacted]
Firma del representante legal o familiar

Firma del Médico



COMPROMISO DE CONSUMO

Expediente: [redacted]
Orden Servicio: [redacted]
No. Cuarto:

Estimado paciente:

Entre nosotros, Asociación de Servicios Médicos Costarricense (HOSPITAL CLÍNICA BÍBLICA), en adelante denominado ASEMECO y [redacted], en adelante denominado, EL PACIENTE hemos convenido en el presente acuerdo de consumo de servicios médicos, el cual se registrá por las siguientes cláusulas:

PRIMERA: El presente compromiso se suscribe en atención al plan de maternidad que el PACIENTE ha optado por separar con la suma de [redacted]

SEGUNDA: Los planes de parto que ASEMECO ofrece a disposición del PACIENTE se dividen en las siguientes categorías:

Planes

Parto normal [redacted]

Cesárea [redacted]



TERCERA: En caso de partos múltiples se adecuará el costo únicamente en lo que respecta a la atención de los menores sumando \$100.00 (cien dólares, moneda de curso legal en los Estados Unidos de América) por cada recién nacido.

CUARTA: Bajo este esquema de atención médica, la atención a la madre gestante incluye:

- > Una noche en habitación privada, con sofá cama para un acompañante, TV con cable, teléfono, sillón, caja de seguridad y baño privado.
- > Cuidados por enfermeras especializadas en obstetricia las 24 horas del día.
- > Servicio de alimentación para la señora, según indicación médica y una cena para el acompañante.
- > Uso de sala de parto con equipo de tecnología avanzada (el tiempo que lo requiera).
- > Insumos y medicamentos para la madre dentro del proceso normal del parto o cesárea.
- > Uso de Monitor Fetal para controlar el corazón del niño (a)
- > Toallas sanitarias para la madre

QUINTA: El bebé gozará de los siguientes servicios

- > Cuidados del recién nacido las 24 horas del día por personal especializado.
- > Insumos y medicamentos para el bebé dentro del proceso normal.
- > Primeras Vacunas del bebé (BCG y Hepatitis B, primeras dosis)
- > Uso de la incubadora para dar calor al bebé en caso necesario.

Prueba del lacto o tamizaje neonatal.



COMPROMISO DE CONSUMO

Expediente: [REDACTED]

Orden Servicio: [REDACTED]

No. Cuarto:

- > Grupo y RH sanguíneo para el bebé.
- > Toallas húmedas y un paquete pañales descartables para el bebé.

SEXTA: Como beneficios adicionales por adquirir el plan de maternidad se brindará a la familia gestante:

- > Orientación sobre cuidados del recién nacido:
- > Primer baño del bebé
- > Cuidados del ombligo
- > Como vestir al recién nacido
- > Técnicas de lactancia materna y
- > Recomendaciones pediátricas.
- > Estímulo para el alojamiento conjunto, lactancia materna y apego materno- paterno.
- > Afiliación gratuita de los padres al "Club Huellitas". Esta agrupación es exclusiva para nuestros usuarios, se tratan temas de interés en el crecimiento y desarrollo del bebé y es además un espacio para compartir experiencias y resolver dudas. Los afiliados recibirán obsequios de los patrocinadores y las actividades se realizarán en el transcurso del año.

SÉTIMA: Los planes de maternidad no incluyen

- > Los Honorarios Médicos no están contemplados en el costo total del paquete. Al igual, los medicamentos, exámenes de Laboratorio, RX, Biopsias, u otros estudios o servicios extra, deben de cancelarse al realizar el egreso del paciente.

OCTAVA: Independientemente de la afiliación al Plan de Parto, la paciente deberá cumplir con los siguientes requisitos para su admisión:

- > Orden de Internamiento de su médico
- > Cédulas o Identificación de los padres del bebé
- > Pago del plan de su escogencia a través de los medios aceptados por ASEMECO (Tarjeta de Crédito, seguro internacional aceptado, efectivo, cheque)

NOVENA: Dado el caso que la paciente adquiera el plan de parto natural en un periodo de oferta y que se haga válido cuando dicha promoción haya cesado, si el parto resultara por cesárea el precio se readecuará a la oferta correspondiente para este tipo de intervención que estaba vigente al momento de la adquisición.



COMPROMISO DE CONSUMO

Expediente: [REDACTED]

Orden Servicio: [REDACTED]

No. Cuarto:

circunstancia salvo que medie razón médica que desnaturalice el sentido del presente compromiso de consumo (pérdidas, accidentes, etc.) a juicio de la Dirección Médica del Hospital Clínica Bíblica.

DÉCIMA PRIMERA: No obstante lo anterior, si la PACIENTE decide por cualquier razón no usar el plan de maternidad de ASEMECO, tendrá derecho a utilizar la totalidad del monto dejado como reserva del mismo en cualquiera de los servicios médicos del Hospital Clínica Bíblica por el plazo de tres meses después de la fecha prevista para el parto, o bien ceder este derecho a favor de un tercero. Una vez transcurrido ese tiempo no se realizará devolución alguna del dinero.

DÉCIMA SEGUNDA: No aplican para los planes de maternidad descuentos correspondientes a otras promociones ni descuentos acumulativos.

DÉCIMA TERCERA: Los pagos deben realizarse en dólares, moneda del curso legal en los Estados Unidos de América. Si se realizan en colones, se tomará como Tipo de Cambio para su conversión, el promedio establecido por el Banco de Central de Costa Rica, o en su defecto, por el Banco de Costa Rica para dicha moneda, del día efectivo del pago respectivo.

De conformidad con lo anterior, firmamos en la ciudad de San José, a las [REDACTED] horas, del día [REDACTED] del año 20

Firma del Paciente: _____

Nombre: [REDACTED]

Identificación: [REDACTED]



SOLICITUD DE CONSENTIMIENTO PARA LA ANTICONCEPCION QUIRURGICA TERAPEUTICA

Yo, [REDACTED], Identificación [REDACTED], autorizo al Doctor [REDACTED]
LIN, para que se me practique la cirugía de Anticoncepción Quirúrgica, en forma voluntaria.

Acogiéndome al derecho que me otorga el Decreto Ejecutivo No. 27913-S del 14 de Mayo de 1999.

El procedimiento al cual me someto, me ha sido ampliamente explicado por el Dr. [REDACTED]
LIN, y entiendo perfectamente las consecuencias y complicaciones que pudieran derivarse de dicha
intervención.

Fecha : [REDACTED]

Firma de la interesada

***Anexo IV: Encuesta realizadas, a pacientes en referencia al
Consentimiento Informado.***

Investigación de campo (entrevista)

Metodología: Método inductivo, mediante el cual se obtiene criterio de diversos usuarios del servicio de salud, en relación a la investigación a realizarse; para una posterior sistematización y análisis de los mismos.

Tipo de método: Cuestionario- Formal- Abierta- Anónima.

¿Ha recibido algún tipo de intervención médica (quirúrgico, terapéutico, tratamiento médico invasivo)?

¿Antes del procedimiento efectuado, se le solicito el consentimiento para la intervención, si se le solicito señale porque medio (escrito o verbal)?

¿Antes de la intervención, se le informo cuales opciones de tratamiento podía escoger?

¿Anteriormente al procedimiento, se le expuso cuales eran los riesgos típicos, las posibles secuelas o resultados negativos, que podía desencadenar la ejecución del mismo?

¿Usted tuvo algún resultado negativo o un riesgo típico posteriormente a la intervención o procedimiento médico realizado?
