

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIANTE:

MARIANA MONTERO ACUÑA

CARNÉ: B54572

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO

LA IATROGENIA EN LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. UNA
APROXIMACIÓN A LOS VERDADEROS CRITERIOS DE APLICACIÓN EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE.

Mayo, 2022

4 de abril de 2022

Dr. Ricardo Salas Porras
Director, Área de Investigación
Facultad de derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado profesor:

En mi condición de Director del Trabajo Final de Graduación (modalidad tesis) titulado "La iatrogenia en la responsabilidad administrativa. Una aproximación a los verdaderos criterios de aplicación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense" que sustenta la estudiante Mariana Montero Acuña, carnet B54572, manifiesto:

Que he realizado una lectura integral al documento final aportado por la postulante y según mi criterio, la tesis cumple a cabalidad con los requisitos de forma y fondo exigidos por la normativa universitaria, por lo que otorgo mi aprobación y solicito su admisión para la defensa oral y pública.

Muy atentamente,

OSCAR EDUARDO
GONZALEZ
CAMACHO
(FIRMA)

Firmado digitalmente por
OSCAR EDUARDO
GONZALEZ CAMACHO
(FIRMA)
Fecha: 2022.04.05 10:23:13
-06'00'

Dr. Óscar Eduardo González Camacho

Profesor de la línea curricular de Derecho Administrativo y Constitucional
Facultad de Derecho

C/ Archivo

San Pedro de Montes de Oca, 11 de mayo de 2022

Señor
Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho, UCR

Estimado señor director,

He leído el trabajo final de graduación de la egresada Mariana Montero Acuña, carné B54572, titulado "*La iatogenia en la responsabilidad administrativa. Una aproximación a los verdaderos criterios de aplicación en el ordenamiento jurídico costarricense*" y le he dado **mi aprobación**.

El referido trabajo cumple ampliamente con los requisitos sustantivos y de forma que exige la normativa universitaria. Se trata de una investigación compleja, desarrollada en forma rigurosa por la postulante, acerca de un tema de absoluta actualidad y utilidad práctica.

Solicito se consigne mi aprobación a los efectos correspondientes.

Con muestras de estima y consideración,

Marvin
Carvajal Pérez

Firmado digitalmente
por Marvin Carvajal
Pérez
Fecha: 2022.05.11
23:54:08 -06'00'

Marvin Carvajal Pérez
Lector

4 de mayo de 2022

Dr. Ricardo Salas Porras
Director, Área de Investigación
Facultad de derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor director:

En mi condición de lector del Trabajo Final de Graduación titulado “La iatrogenia en la responsabilidad administrativa. Una aproximación a los verdaderos criterios de aplicación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense” que sustenta la estudiante Mariana Montero Acuña, carnet B54572, manifiesto: Que he realizado una lectura integral al documento final y según mi criterio, la tesis cumple con los requisitos de forma y fondo, por lo que otorgo mi aprobación.

Atentamente,

JOSE ROBERTO
GARITA NAVARRO
(FIRMA)

Firmado digitalmente por
JOSE ROBERTO GARITA
NAVARRO (FIRMA)
Fecha: 2022.05.06 07:12:00
-06'00'

José Roberto Garita Navarro

Lector

San José, 13 de mayo del 2022.

Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Escuela de Derecho

Estimado Dr. Ricardo Salas Porras,
Director del Área de Investigación de la Facultad de Derecho:

La estudiante Mariana Montero Acuña, cédula 116600842, me ha presentado, en mi calidad de profesional graduada en Filología, el proyecto de graduación denominado "La iatrogenia en la responsabilidad administrativa. Una aproximación a los verdaderos criterios de aplicación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense.", el cual ha elaborado para optar por el grado de Licenciatura en Derecho.

He revisado el documento, de acuerdo con los lineamientos de corrección de estilo, los aspectos de estructura gramatical, acentuación, ortografía, puntuación y vicios de dicción que se trasladan al escrito, y he verificado que se han realizado todas las correcciones necesarias en él.

Por consiguiente, se encuentra listo para ser presentado oficialmente a la Universidad.



M. C. Carmen Pinto Murillo
Camé Colopro: 3939

Dedicatoria

A mi padre, Mario Luis Montero Arias, quien nunca dudó, ni por un segundo, que iba a tener una hija abogada.

Agradecimiento

En primer término, a la Universidad de Costa Rica, mi alma mater, que sembró en mí la semilla del cuestionamiento y el debate, el pensamiento crítico y la consciencia social.

A mis profesores, quienes durante la carrera me inculcaron la importancia del aprendizaje más allá de los libros, en especial al profesor Óscar Eduardo González Camacho, quien no solo me ha compartido desinteresadamente sus conocimientos a lo largo de toda mi carrera profesional, sino que me transmitió el infinito amor que tengo por el Derecho Administrativo.

Finalmente, quiero agradecer a mi familia; en especial a mi madre, Laura Acuña Roa, quien siempre tuvo una palabra de aliento y nunca permitió que me rindiera; a mi abuela, Gilda Arias Mora, quien de la manera más cariñosa y paciente me dio ánimos en los momentos de abatimiento; y, sin duda, a Lilliam Bermúdez Jiménez, quien con amor y sabiduría me explicó cada uno de los conceptos médicos, necesarios para la realización de este trabajo, y quien me apoyó incondicionalmente de todas las maneras posibles para terminar con éxito mi período universitario.

Índice General

Resumen	V
Ficha bibliográfica.....	VIII
Introducción.....	1
Justificación	1
Objetivos.....	2
Objetivo general	2
Objetivos específicos.....	2
Hipótesis	2
Metodología	3
Estructura	3
Capítulo 1: Régimen de responsabilidad de la Administración Pública	4
i. Régimen general de responsabilidad patrimonial.....	4
ii. Responsabilidad administrativa.....	6
a. Contexto histórico introductorio.....	6
b. Responsabilidad de la Administración Pública en general	14
c. Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública.....	26
iii. Régimen de responsabilidad de la Administración Pública en Costa Rica	29
a. La responsabilidad preeminentemente objetiva de la Administración Pública en Costa Rica	32
b. Criterios de imputación.....	35
c. La acción generadora, el daño y el nexo de causalidad	42
d. Eximentes de responsabilidad.....	52
e. Supuestos varios de responsabilidad para la Administración Pública.....	60
iv. Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por conducta médica	67
a. Mala praxis médica.....	71
b. Una obligación de medios, no de resultados.....	76
Capítulo 2: Iatrogenia	77
i. Concepciones básicas	77
a. Origen etimológico de la iatrogenia.....	77
b. Consideraciones conceptuales sobre la iatrogenia.....	79
ii. Análisis cualitativo de la iatrogenia negativa desde la ética médica	84

a.	Causas	84
b.	Sujetos intervinientes.....	88
c.	Iatrogenias.....	95
iii.	Incorporación de la iatrogenia al ámbito jurídico.....	98
	Análisis jurisprudencial.....	104
	Capítulo 3: Criterios de aplicación de la iatrogenia negativa en la responsabilidad administrativa costarricense.....	127
i.	Alcances y limitaciones conceptuales de la noción actual de iatrogenia	127
a.	Iatrogenia negativa innecesaria.....	129
b.	Iatrogenia negativa necesaria.....	130
ii.	Propuesta de una nueva clasificación y conceptualización de la iatrogenia negativa	131
a.	¿Iatrogenia negativa innecesaria?	132
b.	¿Iatrogenia negativa necesaria?	133
iii.	Iatrogenia negativa como eximente de responsabilidad administrativa	135
a.	Iatrogenia negativa como eximente de responsabilidad para la Administración Pública.....	136
b.	¿Y qué sucede con el caso fortuito?.....	153
c.	Iatrogenia negativa como eximente de responsabilidad para el funcionario	156
iv.	Iatrogenia negativa como conducta generadora de responsabilidad para la Administración Pública.....	160
a.	Iatrogenia negativa como conducta lícita o ilícita de la Administración Pública	161
b.	Iatrogenia negativa como funcionamiento normal o anormal de la Administración Pública.....	163
c.	Responsabilidad de la Administración en casos de iatrogenia negativa.....	165
v.	Iatrogenia negativa impuesta: hacia un nuevo enfoque de la iatrogenia negativa..	171
a.	¿Es compatible con algún eximente de responsabilidad?	173
b.	¿Podría constituirse como eximente de responsabilidad para el funcionario?	176
c.	¿Y el caso fortuito?	177
d.	¿Un simple caso de anormalidad en el funcionamiento?.....	178
vi.	Resumen general.....	179
	Conclusiones.....	182
	Bibliografía.....	188
	Anexos.....	199

Resumen

La iatrogenia como concepto jurídico y técnico de origen bioético y ético médico, se ha presentado como una noción ambigua y enigmática, cuyas características, causas, sujetos intervinientes y criterios de aplicación no han sido delimitados ni concretados por el derecho nacional. Lo anterior ha acarreado que la jurisprudencia desarrolle tesis variopintas y, en ocasiones, diametralmente opuestas, respecto a la posibilidad de responsabilizar a la Administración Pública y a sus funcionarios en casos de iatrogenia negativa, por lo que al día de hoy hay quienes consideran que se trata de un eximente de responsabilidad para la Administración y una causa de exculpación para el funcionario, y quienes, por el contrario, consideran que se alinea con los criterios de imputación necesarios para imputar responsabilidad patrimonial a la Administración Pública y a los funcionarios de salud involucrados.

En consecuencia, esta investigación se planteó como objetivo general determinar si la figura de la iatrogenia se podía categorizar como una conducta normal y lícita con resultado anormal, de forma tal que se descartara como eximente de responsabilidad para la Administración Pública, lo anterior, a través del cumplimiento de tres objetivos específicos: examinar la incorporación de la figura de la iatrogenia en la jurisprudencia costarricense; evaluar la posibilidad de considerar la iatrogenia como eximente de responsabilidad para la Administración Pública; y analizar los posibles criterios de imputación atribuibles a iatrogenia.

Por ello, la hipótesis se enfocó en la compatibilidad entre la iatrogenia negativa y el criterio de imputación de responsabilidad para la Administración Pública, que la reviste de responsabilidad patrimonial cuando se presente un funcionamiento anormal, únicamente en el resultado; lo cual, en principio, podría descartar que la iatrogenia se considere como eximente de responsabilidad administrativa.

La metodología de la investigación se realizó desde un enfoque cualitativo, utilizando tanto el método deductivo (con miras a garantizar un estudio global de la iatrogenia

incorporada al marco jurídico nacional, así como de sus verdaderos criterios prácticos de aplicación) como el método dialéctico (con el objetivo de confrontar las tesis jurisprudenciales existentes sobre el tema y adquirir una posible síntesis sobre los criterios de aplicación más adecuados y compatibles con la iatrogenia).

Finalmente, se logró concluir que la ambigüedad de la figura ha generado que los conceptos jurisprudencialmente planteados en nuestro país sean inconsecuentes con las nociones básicas de iatrogenia, pues se pasaron por alto los presupuestos jurídicos necesarios para una clasificación adecuada. Por lo anterior, esta investigación propuso una nueva clasificación de iatrogenia que no atiende a los criterios de necesidad (necesaria e innecesaria), y que, por el contrario, es consecuente con su definición. De igual manera, se concluyó que en cualquier tipo de iatrogenia el resultado dañoso será inevitable, y que no siempre encuentra su causa en la conducta médica apegada a la *lex artis*, sino que, en ocasiones, también responde a su interacción con las condiciones biológicas propias del paciente.

Asimismo, se concluyó que la iatrogenia negativa no se alinea con ninguno de los eximentes de responsabilidad contemplados en el artículo 190, inciso 1, de la Ley General de la Administración Pública, ni tampoco con la figura del caso fortuito, pero que, por el contrario, sí se identifica como causa de exculpación capaz de desplazar los criterios de dolo y culpa grave, necesarios para atribuir responsabilidad personal al funcionario de salud involucrado.

Así las cosas, también se logró concluir que la iatrogenia negativa es una conducta lícita y normal de la Administración Pública con funcionamiento anormal en el resultado, lo cual limita la atribución de responsabilidad patrimonial para la Administración Pública a los requisitos establecidos en el artículo 194 de la Ley General de la Administración Pública, lo que no descarta del todo la posibilidad de que se exima de responsabilidad a la Administración en los casos en los que no se cumplan dichos requerimientos.

Igualmente, se estableció la posibilidad de incorporar al estudio jurídico la novedosa noción de iatrogenia negativa, impuesta al galeno o personal de salud, la cual es capaz de exculpar al funcionario involucrado y, a su vez, atribuir responsabilidad a la Administración Pública por funcionamiento anormal del servicio hospitalario.

Finalmente, se concluyó que nuestro país no requiere una regulación específica de la iatrogenia, pues sus manifestaciones calzan dentro de la normativa existente y permiten perfectamente su incorporación al ordenamiento.

Ficha bibliográfica

Montero Acuña, Mariana. La iatrogenia en la responsabilidad administrativa. Una aproximación a los verdaderos criterios de aplicación en el ordenamiento jurídico costarricense. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2022.

Director: Dr. Óscar Eduardo González Camacho.

Palabras clave: Iatrogenia, Responsabilidad administrativa por conducta médica, Mala praxis médica, Iatrogenia negativa innecesaria, Iatrogenia negativa necesaria.

Introducción

Justificación

La iatrogenia se presenta como un concepto técnico-jurídico amorfo y de difícil concreción, utilizado por la jurisprudencia ocasionalmente como criterio eximente de la responsabilidad objetiva de la Administración Pública, particularmente cuando se trata de responsabilidad por actuación médica. No obstante, se hace difícil descender de la idea general y abstracta cuando se trata de resolver casos concretos. El escaso desarrollo en la legislación, en la doctrina y en la misma jurisprudencia hacen que su determinación como eximente exija un mayor esfuerzo para delimitar sus características, sus componentes, sus criterios de aplicación, que al fin y al cabo permitan una mayor seguridad jurídica y, ante todo, su aplicación más ajustada en procura de la justicia.

En el presente trabajo se determinarán los alcances prácticos que tiene la iatrogenia en la responsabilidad administrativa costarricense, con el objetivo de proporcionar un peldaño jurídico seguro y concreto, tanto para los administrados como para la academia, con miras a fomentar un mayor estudio y discusión de la figura desde el derecho.

Esta investigación es actual, pues en los procesos contenciosos administrativos donde se cuestiona la responsabilidad de la Administración Pública por conducta médica son numerosos y se presentan a diario en los tribunales costarricenses, por lo que se necesita una herramienta teórica que sirva como parámetro para determinar los supuestos en los cuales se está ante un caso de iatrogenia, sus alcances, limitaciones, posibles criterios de imputación y supuestos de aplicación, con miras a un uso continuo, práctico, y más o menos uniforme de la figura de la iatrogenia en las instancias judiciales y administrativas.

Además, la presente procura constituirse como base para una regulación posterior de la figura, ya sea por ley o reglamento, que establezca los alcances de la iatrogenia en los supuestos de responsabilidad de la Administración Pública por conducta médica.

Cabe destacar que no existe hasta el momento una investigación que evalúe, precise y determine los verdaderos alcances y limitaciones de la iatrogenia en la responsabilidad

administrativa, por lo que su desarrollo enriquecerá notablemente el elenco académico-jurídico sobre el tema.

Objetivos

Objetivo general

Determinar si la figura de la iatrogenia puede ser categorizada como una conducta normal y lícita con resultado anormal, de forma tal que se descarte como eximente de responsabilidad para la Administración Pública.

Objetivos específicos

1. Examinar la incorporación de la figura de la iatrogenia en la jurisprudencia costarricense.
2. Evaluar la posibilidad de considerar la iatrogenia como eximente de responsabilidad para la Administración Pública.
3. Analizar los posibles criterios de imputación atribuibles a la figura de la iatrogenia, como conducta generadora de responsabilidad para la Administración Pública.

Hipótesis

El criterio jurídico de imputación de responsabilidad para la Administración Pública, mayormente compatible con la figura de la iatrogenia es el de conducta lícita y normal, con funcionamiento anormal por resultado, lo cual la descarta de ser considerada como posible eximente de responsabilidad.

Metodología

La consecución de los objetivos del presente trabajo de investigación se llevará a cabo desde un **enfoque cualitativo**.

Se utilizará el **método deductivo**, pues, partiendo de un estudio global de la figura de la iatrogenia incorporada en el marco jurídico nacional, se determinarán sus verdaderos criterios de aplicación en la responsabilidad administrativa costarricense.

Asimismo, se manejará el **método dialéctico** al confrontar las tesis jurisprudenciales nacionales existentes alrededor de la iatrogenia, con miras a obtener una síntesis que permita determinar el o los criterios de aplicación más adecuados y compatibles para la figura.

Estructura

La presente investigación se compone de tres capítulos, el primero de ellos con cuatro apartados, el segundo con tres apartados y el tercero con seis apartados.

Capítulo 1: Régimen de responsabilidad de la Administración Pública

i. Régimen general de responsabilidad patrimonial

La responsabilidad como instituto jurídico nace a partir de los conflictos en las relaciones interpersonales, así lo explica el autor Almodóvar Maldonado (2020), haciendo referencia tanto a los pueblos primitivos como a la creación de la famosa Ley del Talión “ojo por ojo, diente por diente”, la cual fue grabada en las estelas de piedra Hammurabi durante los años 1750-1792 a. C., e instaurada con el objetivo de responsabilizar a una persona frente a otra de manera directa, proporcionándole una pena análoga a la causada:

En los orígenes de la humanidad, el apetito de venganza fue la idea o, mejor dicho, el sentimiento de resarcimiento. Es una propensión natural de la supervivencia humana, tan instintiva como la que manifiesta un animal cuando se siente acosado por otro ser viviente e, incluso, por un objeto inanimado. Es comprensible que, en las poblaciones más primitivas, la respuesta de la persona agredida fuera la violencia. Era la reacción -califiquémosla justa- del individuo que sufría una lesión causada por otro. La víctima se compensaba a sí misma. El perjudicado se encargaba de vengarse del propio ofensor o de cualquier persona del grupo familiar de este. El Derecho, como ente interventor, aún se mantenía ajeno a los daños que unas personas ocasionaban a otras. Así, el desquite privado y libre constituía la única forma de desagravio por la lesión sufrida¹

Continúa explicando el autor ² que, en el derecho romano antiguo, antes de la Ley de las XII Tablas, aquellas víctimas con la facultad de ejercer venganza empezaron a ceder la oportunidad a los culpables de redimirse del agravio ocasionado mediante la entrega de ganado o el pago pecuniario, a esta figura se denominó *compositio* y representó el primer paso a mitigar la venganza reiterada. Asimismo, en la Ley de las XII Tablas se incorporaron vestigios de la Ley del Talión, con limitaciones y con la opción de la composición subsidiaria; la figura del juez únicamente se encargaba de clarificar los hechos, pues la magnitud de la

¹ José A. Almodóvar Maldonado, *Evaluación de la responsabilidad Civil: Una aproximación*. (Ceiba, Puerto Rico: Segunda Época, 2020), 9.

² Ídem.

indemnización siempre la determinaba la víctima, toda vez que, en ese momento ni el Estado ni la Administración tenían facultades de persecución.

Asimismo, indica Almodóvar Maldonado (2020) que, al pasar de los años, la composición fue aceptándose más en las sociedades antiguas y fue transformándose de voluntaria a obligatoria, inicialmente con un pago arbitrario que quedaba a discrecionalidad del juez y, posteriormente, atendiendo a la creación de un catálogo de tipos de actos con sus respectivos pagos en el que se impone la composición y se prohíbe la venganza privada. En consecuencia, la responsabilidad se convirtió en pecuniaria o patrimonial, tal y como lo establece el autor en el siguiente fragmento:

La intervención del Estado dio lugar a que la obligación nacida del delito fuera percibida, cada vez más, como responsabilidad pecuniaria o patrimonial, en vez de como la sujeción del individuo a pagar con su sufrimiento. Es decir, inició la sustitución del desquite opresivo. Así había germinado la idea que algún día llevaría a que el principio jurídico, —ojo por ojo, diente por diente, se convirtiera sólo en un aforismo inocuo, utilizado, más bien, como expresión de un estado de ánimo de ira o, incluso, un mero deseo de venganza; pero a sabiendas de que no debe concretarlo o, en el caso más agudo, para patentizar que la severidad del castigo debe ser en conformidad con la gravedad del daño que se cause.³

En años posteriores, refiere el citado autor⁴, la responsabilidad pecuniaria continuó desarrollándose hasta la llegada de la Ley Aquilia, la cual se constituyó como el origen de la responsabilidad civil. La *Lex Aquilia* sustituyó a todas las leyes referentes al daño patrimonial de la época; según la Enciclopedia Jurídica (2020), fue dictada durante la República en Roma, en fecha desconocida, y su objeto era reprimir hechos que lesionaban derechos ajenos, abarcaban todo tipo de daño provocado injustamente y sus requisitos eran: la existencia de un hecho positivo, la culpa del autor, la existencia de daño y el contacto entre el autor del daño y la víctima, o bien, una cosa corporal ajena (se entienden parte de los cuasidelitos que originan la obligación de reparar el daño causado)⁵.

³ José. A Almodóvar Maldonado, *Evaluación de la responsabilidad Civil: Una aproximación*. (Ceiba, Puerto Rico: Segunda Época, 2020), 11.

⁴ Ídem.

⁵ Enciclopedia Jurídica, s.v. “Lex Aquilia”, consultado 3 de mayo, 2020, [Lex aquilia de damno \(encyclopedia-juridica.com\)](http://Lex%20aquilia%20de%20damno%20(encyclopedia-juridica.com)).

De igual manera, Almodóvar Maldonado (2020)⁶ menciona que la Ley Aquilia en sus inicios solamente permitía a la víctima perseguir a quien causó el daño, no obstante, después se otorgó el derecho a acreedores pignoratícios, usuarios y usufructuarios. Asimismo, en un inicio la culpa era accesoria, es decir, no se analizaba la motivación del causante del daño, sin embargo, con el paso del tiempo se comenzaron a exceptuar aquellos que carecían de plenas facultades mentales y se empezó a eximir de responsabilidad a quienes obraban “sin culpa”. En consecuencia, poco a poco la existencia de la culpa se empezó a considerar como requisito para el resarcimiento del daño, tal y como lo era la existencia del propio daño y del nexo de causalidad entre el daño y la acción (la cual debía ser culposa y negligente).

Según el autor, es precisamente gracias a este proceso que se empieza a definir la responsabilidad como aquella obligación de reparar o indemnizar a otra persona que ha sufrido un daño como consecuencia de acciones u omisiones, es decir, se configura como un deber general de conducta para una adecuada convivencia.

Ahora bien, en lo que respecta al derecho público, la responsabilidad pecuniaria tiene características propias, toda vez que la Administración Pública está obligada a prestar servicios en favor de las personas y, en caso de existir un perjuicio en contra de los administrados, tendrá la obligación de indemnizar o bien reparar el daño ocasionado.

A partir del establecimiento del Estado Social de Derecho nace la obligación de brindar a los ciudadanos cobijo y seguridad, así como una serie de garantías que se configuran a partir de la actividad prestacional de la Administración Pública (servicios públicos), esa obligación se traduce en la responsabilidad administrativa, la cual se explicará en el siguiente apartado.

ii. Responsabilidad administrativa

a. Contexto histórico introductorio

⁶ José. A Almodóvar Maldonado, *Evaluación de la responsabilidad Civil: Una aproximación*. (Ceiba, Puerto Rico: Segunda Época, 2020), 12.

La responsabilidad administrativa, tal y como se conoce hoy, tiene su cuna en Francia, cuya génesis se atribuye al fallo *Arrêt Blanco*, emitido en el año 1873 por el *Tribunal des conflits*, en el cual se afirmó:

“La responsabilité, qui peut incomber à l’Etat pour dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu’il emploie dans le service public, n’est pas régie par les principes établis dans le Code civil pour les rapports entre particuliers : elle n’est ni générale, ni absolue : elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l’Etat avec les droits privés”⁷ [La responsabilidad que puede incurrir el Estado por daños causados a particulares por el hecho de las personas que emplea en los servicios públicos no puede quedar regida por el código Civil para las relaciones entre particulares; esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; tiene sus reglas especiales, que varían según los requerimientos del servicio y la necesidad de conciliar de los derechos del Estado con los derechos privados](Traducción propia).

Desde esta icónica sentencia, la responsabilidad administrativa en Francia tuvo sus primeros atisbos de independencia y separación del derecho privado, pues se revelaba tenedora de características propias. Como bien lo explica Valdivia (2004)⁸, no se trataba de una responsabilidad reflejada como absolutamente independiente del derecho privado, sin embargo, por haber sido introducida al ordenamiento vía jurisprudencial, su regulación se tornó mucho más progresista que en otros países, con tendencias marcadas a una absoluta separación del derecho civil. En consecuencia, el legislador francés, desde el primer momento, se limitó a determinar las reglas de la responsabilidad administrativa, incluso cuestionando, en ocasiones, los avances jurisprudenciales.

Según el autor, a partir de la década de 1970, con la V República, se le comenzaron a observar limitaciones al diseño original de la responsabilidad administrativa, sin embargo, no se impuso un modelo específico de responsabilidad, pues, a pesar de encontrarse influenciado por el régimen comunitario e internacional, no se le logró quitar el papel protagónico a la jurisprudencia en la materia⁹.

Ahora bien, Valdivia (2004)¹⁰ indica que el modelo de responsabilidad francés comenzó siendo absolutamente subjetivo, pues nació con la figura de la “responsabilidad por

⁷ Tribunal des conflits, “*Arrêt Blanco*”: *res. 00012*; 8 février 1873, Légifrance.

⁸ José Miguel Valdivia, *La Responsabilidad del Estado en Francia*. (México: ITAM, 2004), 54.

⁹ *Ibid.*, 55.

¹⁰ José Miguel Valdivia. *La Responsabilidad del Estado en Francia*. (México : ITAM, 2004), 58.

culpa”, la cual, inicialmente, constituyó una equivalencia al modelo de equidad y justicia utilizado en el derecho privado. Su núcleo se definió como el juicio de reprochabilidad atribuible a la Administración Pública, por infringir un estándar de servicio, y exigía que la víctima probara la culpa de la Administración. Esto acercaba considerablemente la figura a la responsabilidad civil, por lo que durante el siglo XX comenzaron los ataques intelectuales, que cuestionaban la verdadera independencia del derecho administrativo y de la responsabilidad de la Administración Pública.

Sin embargo, tal y como lo refiere el autor¹¹, atribuir este tipo de responsabilidad a la Administración Pública trajo consigo una serie de complicaciones, entre ellas determinar si era capaz de ser centro de imputación subjetiva, pues en el régimen francés de la época el soberano era irresponsable por definición y, a pesar de que en la *Déclaration de 1789* se había consagrado el derecho de los ciudadanos a pedir cuentas a los funcionarios, era una ingenuidad posrevolucionaria perseguir a los agentes estatales, sobre todo porque se necesitaba la autorización expresa del *Conseil D'Etat*, el cual en el 99% de las ocasiones la negaba, por lo tanto, la responsabilidad administrativa en Francia tuvo aplicación práctica hasta la caída del Segundo Imperio, donde se derogaron la mayoría de garantías de los funcionarios públicos.

A partir del popular fallo denominado *gran arrêt Pelletier*, nace la culpa del funcionario clasificada de dos formas principales: i) falta personal, entendida como un hecho ilegítimo que solo comprometería al agente (siendo competencia de los tribunales ordinarios) y ii) falta de servicio, entendida como un hecho ilegítimo que comprometía no solo al funcionario, sino también a la Administración y su demanio (competencia de la jurisdicción administrativa de la época).

“La faute personnelle est celle qui se détache assez complètement du service pour que le juge judiciaire puisse en faire la constatation sans porter pour une appréciation sur la marche même de l’administration. La faute de service, en revanche, est le fait qui est tellement lié au service que son appréciation implique nécessairement un jugement sur le fonctionnement de l’administration”¹²[La falta personal es aquella que está suficientemente separada del servicio para que el juez judicial pueda determinarlo sin hacer una evaluación del funcionamiento mismo de la administración. La falta de servicio, por otro lado, es el hecho del agente que está tan vinculado al servicio que

¹¹ Ibid., 60.

¹² Tribunal des conflits, “*Arrêt Pelletier*” : res. 00035 ; 30 juillet 1873, Légifrance.

su apreciación necesariamente implica un juicio sobre el funcionamiento de la administración] (Traducción propia)

No obstante, aunque a partir del fallo se intentaron dar explicaciones abundantes sobre la diferencia entre falta personal y falta de servicio ¹³, lo cierto es que, tal y como lo explica Valdivia (2004)¹⁴, en la práctica se empezó a desatender la primera, pues un mismo daño podía provenir de la falta personal y de la falta de servicio conjugadas y, gracias al concepto de “cúmulo de responsabilidades”, se entendió que ambas podían entrelazarse para formar un mismo hecho dañoso, ya que muchas veces era imposible distinguir ambas faltas si se consideraba que la falta personal no estaba desabastecida de todo vínculo con el servicio. Al final de cuentas, la Administración comenzó a responder por la indemnización de faltas personales, cobrándole posteriormente al funcionario responsable lo desembolsado.

Por su parte, la falta de servicio o falta del servicio se trataba del hecho culpable de uno o más funcionarios, que ponía en evidencia el carácter anónimo o colectivo de la culpa, es decir, la responsabilidad por el hecho propio de la Administración. A diferencia de la falta personal, la Administración Pública no podía dirigirse contra el autor del hecho, aunque este fuera identificable. Según Paillet, en Valdivia (2004)¹⁵, la jurisprudencia se funda en la existencia de un vínculo funcional entre la Administración Pública y el funcionario que obedece al cumplimiento por parte del agente de misiones de servicio público.

Tal y como lo explica Valdivia (2004)¹⁶, es a partir de este momento que se empieza a dibujar la idea de la responsabilidad directa de la Administración Pública, en virtud de la irrelevancia de la autoría del hecho, por lo que resulta normal que existan faltas de servicio anónimas o colectivas, y que la jurisprudencia se refiera, en fallos posteriores, a la mala organización o funcionamiento defectuoso del servicio, sin individualizar a los funcionarios, ya que los parámetros de culpa empiezan a flexibilizarse y a encontrar cabida directamente en la Administración Pública como organización.

¹³ Según Jean Marc Sauvé (2012), hay falta de servicio si el hecho dañoso es impersonal y demuestra al administrador relativamente sujeto al error; la falta personal, por su parte, es la que revela al hombre con sus errores e imprudencias.

¹⁴ José Miguel Valdivia, *La Responsabilidad del Estado en Francia*. (México: ITAM, 204), 61.

¹⁵ Paillet en José Miguel Valdivia, *La Responsabilidad del Estado en Francia*. (México: ITAM, 204), 63.

¹⁶ José Miguel Valdivia. *La Responsabilidad del Estado en Francia*. (México: ITAM, 204), 64.

Según Bustamante (1998)¹⁷, en las civilizaciones antiguas, tales como Esparta y Atenas, la Administración era libre de responsabilidad sobre aquellos daños que pudiera causar con su actividad, por lo que las poblaciones debían cargar el peso de las consecuencias derivadas de las decisiones de sus gobernantes (fueran estas justas o no, dentro de la concepción difusa de justicia de la época), sin posibilidad de reclamar ninguna reparación sobre el perjuicio sufrido.

Asimismo, tal y como lo explica el autor, en Roma Antigua, quien se encontraba en el poder disponía de la vida de las personas, de forma tal que no existía (ni de manera remota), la oponibilidad ante el señorío del Estado. No obstante, en la época imperial apareció la figura de "El Fisco", la cual se constituía como independiente del Estado y su gobernante, pues, a su vez, poseía bienes públicos y se regía bajo las normas comunitarias del derecho romano privado. Además, El Fisco contaba con la particularidad de ser sujeto de acciones indemnizatorias por los perjuicios que ocasionaba, lo que convertía a esta figura en lo más cercano a una responsabilidad extracontractual de la Administración como hoy la conocemos, sin embargo, la misma no duró ni trascendió más allá de su época.

De igual manera, Bustamante (1998)¹⁸ explica que, durante la Edad Media, el Estado se seguía considerando ajeno a reclamaciones por los daños causados a sus ciudadanos, toda vez que en los mandatarios se veía representada la divinidad y, en consecuencia, era absolutamente disparatado tan solo pensar que los representantes de Dios en la Tierra hicieran algo para perjudicar a las personas bajo su mando, por lo que cualquier tipo de duda era estimada un crimen de lesa majestad o sacrilegio. En ese momento, era actual la famosa expresión estudiada en los cursos de Teoría del Estado, que dotaba de inmunidad absoluta a quien ejercía el poder: "Estado soy yo".

Asimismo, el autor explica que, a partir del siglo XVI, se empezó a concebir la soberanía como una característica inherente al Estado, cuya génesis se formó desde sus reiterados enfrentamientos con la iglesia, por lo que se afianzó la irresponsabilidad estatal de la mano del poder absoluto. Al respecto:

¹⁷ Álvaro Bustamante Ledesma, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*, (Bogotá, Colombia: Leyer, 1998), 9.

¹⁸ *Ibid.*, 9.

La irresponsabilidad del Estado no fue alterada, ni siquiera, con la elaboración de la teoría sobre la división tripartita de los poderes ni con la tesis de la voluntad popular, no obstante, la primera despojó al monarca de sus poderes absolutos y la segunda propició la creación de los cuerpos legisladores que se decían depositarios de la voluntad del pueblo y dotados de poderes originarios. El Estado continuó siendo irresponsable así los órganos ejecutivos o judiciales pudieran ser acusados por sus actos ante el Parlamento.¹⁹

De igual manera, Bustamante (1998)²⁰ explica que, a pesar de lo anterior, con el tiempo se fue transformando el concepto de soberanía, bajo el entendido de que el poder otorgado a los representantes no venía de Dios sino del pueblo, que los escogía, razón por la cual se empezó a debilitar la idea de la absoluta irresponsabilidad del Estado y por ende de la Administración, flexibilizándose a la posibilidad de responsabilizar al funcionario público por los daños causados en el ejercicio de su cargo. En consecuencia, la responsabilidad del funcionario se empezó a materializar, acudiendo al sistema del “*acusado nombrado*”, mediante el cual se señalaba al funcionario sobre el que debía caer la responsabilidad y, a su vez, el resarcimiento pretendido por el ciudadano.

Por su parte, la Revolución Francesa dio inicio al desarrollo del principio de legalidad en Francia y, tal y como lo explica Larroumet (2010)²¹, con la llegada del Código Napoleónico de 1804, germinó legalmente la responsabilidad extracontractual fundada sobre la culpa. No obstante, esa responsabilidad únicamente se enfocaba a casos particulares (art. 1384, 1385 y 1386 del Código Civil), por lo que no existía un principio general de responsabilidad contractual ni extracontractual, incluso, la indemnización en caso de incumplimiento a una obligación contractual era considerada un efecto del contrato, toda vez que no existía una noción concreta de responsabilidad civil. De igual manera, la doctrina y la jurisprudencia de la época se enfocaron en desarrollar interpretaciones ampliativas que lograran acomodar la responsabilidad de la Administración Pública dentro de los conceptos de culpa y dolo.

¹⁹ Alvaro Bustamante Ledesma, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*, (Bogotá, Colombia: Leyer, 1998), 10.

²⁰ Ídem.

²¹ Christian Larroumet, “La evolución reciente de la responsabilidad civil en el derecho francés,” *Estudios Socio-Jurídicos* 2, no.1 (2010): 33.

Sin embargo, tal y como lo expresa la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2005), desde la segunda mitad del siglo XIX, por el año 1873, quedó establecido en el marco jurídico francés, que no eran suficientes las normas del Código Civil para los supuestos variopintos de conductas administrativas, por lo que, según el doctrinario francés Christian Larroumet²², entre los años 1897 y 1930, la Corte Suprema de Francia afirmó la existencia de la responsabilidad extracontractual como principio general “por el hecho de las cosas”, que surge de una interpretación ingeniosa del artículo 1384 del Código Civil Francés, pues fue la base de la nueva responsabilidad en materia de indemnización de daños y, por supuesto, de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, toda vez que se entendió que le era análoga a un patrono responsable de seleccionar diligentemente a sus funcionarios y de ejercer sobre ellos efectiva y concurrente vigilancia.

En definitiva, según Bustamante (1998), se empezó a valorar la posibilidad de que el Estado y la Administración Pública fueran responsables, aunque indirectamente, pues siempre debía probarse su *culpa in eligendo*, o bien, su *culpa in vigilando*. Al respecto:

Por ser una responsabilidad indirecta fundamentada en los conceptos de culpa in eligendo y culpa in vigilando, la entidad jurídica estatal podía fácilmente librarse de los compromisos indemnizatorios, demostrando diligencia en la elección y esmero en la vigilancia, pero no obstante con esa teoría se prestó un invaluable servicio a la comunidad, pues abrió de una vez y para siempre las puertas que protegían celosamente la irresponsabilidad del Estado, cuya última resistencia había sido la de descargar todo el peso de las obligaciones indemnizatorias en los funcionarios.²³

No obstante, según la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2005)²⁴, poco a poco la cotidianeidad fue arrojando casos particulares que hicieron insuficientes los conceptos de *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*, máxime por la poca aplicabilidad de la teoría en la práctica, toda vez que se desconocían las relaciones particulares entre la Administración y sus funcionarios. Lo anterior dio paso a la construcción de faltas de *la falta personal* y *la falta de servicio* previamente mencionadas;

²² Christian Larroumet, “La evolución reciente de la responsabilidad civil en el derecho francés,” *Estudios Socio-Jurídicos* 2, no.1 (2010): 33.

²³ Álvaro Bustamante Ledesma, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*, (Bogotá, Colombia: Leyer, 1998), 13.

²⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000584-F-2005; 11 agosto 2005, 10:40 horas*, considerando, párr. 3, Nexus PJ.

según la Procuraduría General de la República (2000)²⁵, las primeras se definen como la consecuencia del desapego del funcionario respecto del ordenamiento que rige su conducta pública, y las segundas como la consecuencia de la falibilidad humana, por lo que no son imputables a los funcionarios personalmente y recaen sobre la persona pública de la que dependen. Es a partir de este *cúmulo de faltas*, que se logra conectar la conducta del servidor con la responsabilidad de la Administración.

Asimismo, según la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2005)²⁶, con la corriente intervencionista, el Estado y la Administración Pública comenzaron a tener un papel más activo en los servicios públicos de algunos países, por lo que aumentaron los posibles daños a los ciudadanos y, a su vez, la obligación del estudio de una nueva responsabilidad administrativa de carácter directo. De igual manera, poco a poco se empezó a desarrollar la vinculación de “terceros” titulares en la causación de un daño (persona física o jurídica, fuera funcionario o no) con el ente público que le proporcionó las circunstancias o instrumentos para la producción del mismo, concluyendo que “la transferencia de la actividad o servicio público a un tercero no enerva la responsabilidad del ente u órgano como titular originario”²⁷, profundizando hasta el día de hoy en los estudios relativos a la existencia y comprobación del nexo causal vinculatorio.

Al respecto, a modo de resumen, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (1990) hace un recuento concreto sobre el progreso histórico que ha tenido la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública en occidente, e indica:

V.- Los conceptos de responsabilidad de la Administración Pública y del deber de indemnizar han evolucionado mucho en el derecho occidental. En la antigüedad no se concebía la responsabilidad estatal proveniente del daño o el perjuicio que la actividad de la Administración o de sus agentes pudiera producir a los administrados. Más tarde, se admitió, en ciertos casos, la responsabilidad de los funcionarios y se reconocieron algunos derechos al individuo, frente al Estado. Luego aparecieron las teorías de los actos de gestión y actos de autoridad. En los primeros, las actividades caen en la esfera del derecho privado por existir una igualdad de derecho entre las partes; los otros se refieren a las actividades regladas por el derecho público, donde

²⁵ Procuraduría General de la República. “Dictamen: OJ-056-2000.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica* 30 mayo 2000. Consultado 30 mayo, 2020, párr. 6, [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr))

²⁶ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000584-F-2005; 11 agosto 2005, 10:40 horas*, considerando, párr. 3, Nexus PJ.

²⁷ Ídem.

hay una desigualdad de derechos que caen en el dominio de las relaciones de poder, para determinar así que, si el acto perjudicial es un acto de autoridad, entonces el Estado no es responsable, porque las decisiones nacen de su soberanía y no de un derecho de carácter patrimonial. Posteriormente fueron abandonadas estas teorías, para entrarse a analizar la responsabilidad del Estado, merced a lo cual se llegó a la conclusión de que todo acto administrativo puede entrañar una responsabilidad estatal, pero ella se subordinó a la existencia de una falta de servicio. Se estableció que existía falta de servicio si al cumplirse la función se causaba un daño. Ello aun cuando el funcionario ejerciera su labor como tal, si al hacerlo, actuó con negligencia, o incurriendo en omisiones, o errores vinculados al servicio, o cuando no se cumplía la función debiendo realizarse, o se efectuaba en forma tardía. Quedó establecida, además, la falta del funcionario o falta personal, que es aquella en que se incurre cuando éste se extralimita en sus atribuciones. Luego se aceptó que ambas faltas podían coexistir, y aunque diferentes, podían concurrir a la producción de un daño si la falta personal estaba ligada a la ejecución de un servicio público. Por último, se arriba a la última etapa de la evolución para reconocer la responsabilidad de la Administración por razón del simple funcionamiento del servicio, sin necesidad de probar la culpa del funcionario encargado de su prestación ...”²⁸

En consecuencia, para reconocer la responsabilidad extracontractual de la Administración en occidente, se ha tenido que recorrer un largo camino, el cual no ha sido de ninguna manera pacífico y ha tenido adaptaciones variopintas dependiendo del país en que se encuentre; no obstante, a modo general, podría afirmarse que su reconocimiento ha implicado el desarrollo de un papel mucho más activo de la Administración, que de alguna manera es el mismo generador de la necesidad de indemnizar los daños ocasionados a raíz de su actividad.

b. Responsabilidad de la Administración Pública en general

La responsabilidad administrativa, desde una óptica genérica, se puede entender como aquella necesaria indemnización que surge a causa de un daño (material o inmaterial) ocasionado por la Administración Pública. Según Cabezas Toranzos (1971) “La responsabilidad de los entes públicos con personalidad jurídica, y en particular del Estado,

²⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000263-1990; 22 agosto 1990, 15:30 horas*, considerando, párr. 5, Nexus PJ.

es la conexión entre la atribuibilidad y la punibilidad: sanción por la violación de los derechos individuales”²⁹ entendiendo atribuibilidad como el enlace entre un hecho y una norma.

Para que exista responsabilidad e indemnización consecuente, no son de aplicación los criterios elaborados para el derecho civil, pues el derecho público tiene sus propios principios específicos, derivados de la doctrina y la jurisprudencia, los cuales ayudan a determinar en cuáles casos existe responsabilidad: si la conducta deberá necesariamente ser culpable o no, si el daño deberá ser evaluable y/o cuantificable en dinero o si se trata de un daño moral de naturaleza *in re ipsa*, etc.

En consecuencia, la doctrina y la jurisprudencia propiamente publicistas, han desarrollado a través del tiempo teorías que dan sustento al estudio posterior de la responsabilidad de la Administración Pública, las cuales podrían tener sus orígenes en el derecho privado, sin perjuicio de estar orientadas al derecho público. Su mención cobra importancia en la presente investigación, toda vez que constituyen los cimientos de la doctrina y jurisprudencia que hoy en día se desarrolla alrededor de la responsabilidad administrativa, incluso, algunas de estas teorías se continúan aplicando en la actualidad.

Fundamentos teóricos de la responsabilidad administrativa

Según Quintero Alaín (1970)³⁰, los fundamentos teóricos de la responsabilidad administrativa se pueden dividir en tres grandes grupos: i) la responsabilidad por culpa, ii) la responsabilidad por actos lícitos y autorizados y iii) la responsabilidad organicista y de representación.

- i) La responsabilidad por culpa es originada en el derecho civil, encontrándose su fundamentación en la figura del cuasidelito, donde se configura la responsabilidad en la falta que cometen determinadas personas por la vigilancia o elección de otras que están bajo su cargo, dentro de este grupo tenemos: a) la teoría de la culpa o

²⁹ Rómulo Cabezas Toranzos, *Fundamentación Constitucional de la Responsabilidad Extracontractual directa del Estado*, (Mendoza, Argentina: Instituto de Administración Pública, 1971), 2.

³⁰ Diógenes Quintero Alaín, “Responsabilidad Extracontractual del Estado en la doctrina, la jurisprudencia y en el derecho comparado” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1970), 55.

negligencia, la cual, según Quintero Alaín (1970)³¹, busca aplicar a la Administración Pública las reglas civilistas de responsabilidad por los hechos dañosos que causaren quienes están bajo su mando o dependencia. Esta teoría tiene dos manifestaciones: la *culpa in eligendo* y la *culpa in vigilando*. La primera de ellas consiste en que la responsabilidad del comitente se origina en la presunción de culpa al elegir a sus subordinados y encargados, pues, al igual que un patrono, la Administración debe verificar que los sujetos que trabajan bajo su mando sean probos y capaces de asumir las cargas. No obstante, pese a la fuerza que adquirió esta teoría, fue muy criticada por la doctrina, pues se consideraba insuficiente:

En buena hora se hace responsable al comitente por el hecho dañoso de sus encargados, si media culpa de su parte por haber contratado a su empleado sin tomar informes, o cuando ciertas circunstancias hubiesen debido hacerlo desconfiar, es posible que haya obrado a la ligera; que esté personalmente en culpa y que se pueda, en buen derecho, reprocharle una mala elección que habría podido evitar. Pero, ello es bien raro, y en la mayor parte de los casos no hay por lo común ninguna falta apreciable que reprochar al comitente. Que se admita su responsabilidad con motivo de una culpa personal consistente en una mala elección, cuando circunstancias particulares revelaran su imprudencia, sería justo y equitativo; pero toda presunción de culpa fundada en estos casos excepcionales sería injusta e inadmisibles, porque importaría deducir la regla de lo que sucede una vez sobre mil o sobre cien, es decir, de lo que es más raro.³²

Fue la insuficiencia de esta teoría lo que condujo a la doctrina a plantearse nuevas explicaciones a la responsabilidad administrativa, ya fuera que el subordinado actuara bajo las órdenes del comitente o que el comitente en vigilancia de su encargado tolerara sus faltas, razón por la cual nació la segunda manifestación llamada *culpa in vigilando*. Según Quintero Alaín (1970), la *culpa in vigilando* se resume en el deber de la Administración de fiscalizar el actuar de sus funcionarios, el cumplimiento de sus obligaciones, y el ejercicio de sus

³¹ Diógenes Quintero Alaín, “Responsabilidad Extracontractual del Estado en la doctrina, la jurisprudencia y en el derecho comparado” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1970), 55.

³² Marcel Planiol en Diógenes Quintero Alaín, “Responsabilidad Extracontractual del Estado en la doctrina, la jurisprudencia y en el derecho comparado” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1970), 55.

funciones, por lo que, en caso de cometer un daño, el mismo es imputable a la Administración, pues fue negligente en vigilar al funcionario.³³

Por otra parte, b) la teoría de la culpa del servicio, tiene sus orígenes en la jurisprudencia francesa (ver fallo *gran arrêt Pelletier*, *supra* citado) y busca determinar a quién corresponde la responsabilidad sobre los daños causados por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones. Asimismo, esta teoría tiene dos manifestaciones: la falta personal y la falta de servicio. La falta personal fue definida en sus inicios como aquella falta imputable al funcionario y no al servicio, “cuando el funcionario había procedido con mala intención o mediaba culpa grave”³⁴, tratándose de un hecho que se podía apartar del acto administrativo. No obstante, tal criterio fracasó, pues la jurisprudencia entendió que la culpa grave no solo era imputable a la falta personal, y que, en ocasiones, la conducta del funcionario se ligaba al acto administrativo y su separación no era más que intelectual. Por lo anterior, la jurisprudencia francesa redefinió el concepto, indicando que son faltas personales tanto las originadas en las actividades privadas del funcionario que no guardan relación con el cargo que desempeña, como las suscitadas en ocasión del servicio público pero que están desprovistas de todo vínculo con el servicio. Asimismo, para diferenciar la falta personal, Quintero Aláin (1970) se refiere a dos criterios: la intención y la gravedad. El primero se configura cuando “el agente persigue un fin malicioso, doloso o un beneficio personal”³⁵ y, el segundo, cuando “la falta sobrepasa la mediana de las faltas que se podrán esperar”³⁶.

Ahora bien, la falta de servicio, según el autor³⁷, consiste en una falta eximente de culpa individualizada, que deja manifiesto un servicio defectuoso en su organización, que

³³ Esta manifestación fue utilizada en Costa Rica durante muchos años para responsabilizar a la Administración, razón por la cual es de particular importancia en este trabajo, toda vez que, en sus inicios nuestro país no lograba hacer la separación de las corrientes del derecho privado, no obstante, poco a poco cayó en desuso gracias a la influencia de países como Bélgica y Francia que desde el *fallo Blanco*, *supra* citado crearon nuevas orientaciones de derecho público para fundamentar la responsabilidad administrativa.

³⁴ Gastón JEZE en Diógenes Quintero Aláin, “Responsabilidad Extracontractual del Estado en la doctrina, la jurisprudencia y en el derecho comparado” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1970), 61.

³⁵ Diógenes Quintero Aláin, “Responsabilidad Extracontractual del Estado en la doctrina, la jurisprudencia y en el derecho comparado” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1970), 62.

³⁶ *Ibid.*, 63.

³⁷ *Ibid.*, 64.

origina en sí mismo el daño, por lo que la responsabilidad pesa sobre el servicio público y no sobre el funcionario. Tal y como lo indica el autor, se trata en realidad de una obligación de garantía, mas no de una culpa del servicio público como tal.³⁸ Para identificar la existencia de falta del servicio se identifican tres supuestos: el mal funcionamiento del servicio, la falta de funcionamiento del servicio y el funcionamiento tardío del servicio; el mal funcionamiento del servicio refiere a los casos en los que surge responsabilidad de la Administración, en virtud de un servicio público brindado erróneamente; la falta de funcionamiento del servicio surge a raíz del incumplimiento de la Administración Pública de sus deberes, competencias y funciones, por lo que su pasividad, inercia e inacción termina generando un daño; y, finalmente, el funcionamiento tardío del servicio, básicamente, se refiere a la responsabilidad de la Administración por su lentitud, toda vez que se le es exigible el deber general de diligencia en todas sus actuaciones.

Además, según Quintero Alaín (1970)³⁹, en sus inicios se entendía que era imposible la coexistencia entre la falta personal y la falta de servicio, no obstante, la jurisprudencia francesa se orientó a admitir su acumulación de una manera progresiva, destilándose con el tiempo hacia una responsabilidad directa de la Administración, y eximiendo al agente de su responsabilidad civil, a pesar de su culpa personal.

Por su parte, ii) La responsabilidad por actos lícitos y autorizados es la antesala de la teoría de la responsabilidad objetiva de la Administración, que se explicará detalladamente en apartados posteriores, cuya proximidad con la doctrina actual la reviste de particular relevancia para esta investigación; dentro de este grupo se encuentra: a) la teoría del riesgo creado, definida por Ortiz Ortiz (1963) como aquella que “elimina la culpa como factor condicionante de la responsabilidad”⁴⁰, toda vez que, parte del hecho de que quien crea un riesgo para satisfacer su interés tiene la obligación de asegurar a los terceros afectados la

³⁸ Algunos autores de América Latina, tales como Cabezas Torenzos (1971) afirman la existencia de esta “obligación de garantía” como teoría independiente, que de alguna manera fundamenta la responsabilidad administrativa, indicando que en realidad la Administración es garante frente a los administrados de lo que realizan sus agentes, pero que no se trata de una responsabilidad por culpa del ente público, sino el efecto de una obligación de garantía (tal y como sucede con la responsabilidad del patrón en razón de las faltas de sus dependientes).

³⁹ Diógenes Quintero Alaín, “Responsabilidad Extracontractual del Estado en la doctrina, la jurisprudencia y en el derecho comparado” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1970), 65.

⁴⁰ Eduardo Ortiz Ortiz. *La Responsabilidad del Estado en Costa Rica*. (Costa Rica: 1963), 154.

reparación de los daños causados por ese riesgo; esta teoría es atribuible a la Administración Pública, pues su intervención en la sociedad es constante (máxime en lo correspondiente a su actividad prestacional), situación que indubitablemente creará riesgos derivados de la naturaleza de su actividad. Según García Enterría, en Quintero Alaín (1970), “La Administración se presenta en nuestra época como una vasta empresa material que pone en pie un ingente sistema de riesgos”⁴¹. No obstante, esta teoría aplicada a la Administración Pública ha sido debatida, pues, como bien lo refiere el autor, no se considera adaptable a todas sus actividades, sobre todo porque generaría un abuso sobre el erario público, que no es capaz de sufragar todos los gastos que ocurren por riesgos que no han sido creados de forma consciente, sino que se configuran como consecuencias del progreso y la vida en sociedad, por lo que autores como Cabezas Toranzos (1971) han indicado que, en realidad, se trata de concientizar sobre cuál es el patrimonio que verdaderamente soportaría la hacienda pública, “no se trata de una responsabilidad que se refiera a una imputabilidad, sino solamente de saber cuál es el patrimonio que soporta definitivamente el riesgo del daño ocasionado por el servicio público”⁴².

Por su parte, b) la teoría de la igualdad ante las cargas públicas, derivada del principio de igualdad ante la ley, se refiere precisamente a la igualdad de los ciudadanos ante las obligaciones públicas, pues, según Quintero Alaín (1970)⁴³, se configura cuando a un individuo se le exige más de lo que está obligado a proveer a la sociedad, por lo que, en virtud de esta teoría, se debe reestablecer la igualdad a través de la indemnización. Esta teoría tiene su cuna propiamente en el derecho público francés, cuyas primeras orientaciones las vislumbraron juristas franceses como Teissier⁴⁴, quien determinó dos principios para guiar a la jurisprudencia en casos donde la Administración Pública se viera comprometida:

Le premier imposé, dans la matière du droit public, trouve sa base juridique dans l’article 13 de la déclaration des droits de 1789, c’est que les citoyens ne doivent pas souffrir plus

⁴¹ García de Enterría en Diógenes Quintero Alaín, “Responsabilidad Extracontractual del Estado en la doctrina, la jurisprudencia y en el derecho comparado” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1970), 33.

⁴² Rómulo Cabezas Toranzos, *Fundamentación Constitucional de la Responsabilidad Extracontractual directa del Estado*, (Mendoza, Argentina: Instituto de Administración Pública, 1971), 19.

⁴³ Diógenes Quintero Alaín, “Responsabilidad Extracontractual del Estado en la doctrina, la jurisprudencia y en el derecho comparado” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1970), 65.

⁴⁴ Georges Teissier fue maestro de solicitudes y requerimientos del Consejo de Estado Francés y alto Comisionado de Litigios del Gobierno.

les uns que les autres des charges imposées par l'intérêt de tous (...). Le second de ces principes qui tempère le premier et le limite, c'est que les nécessités de la vie en société et l'existence même de l'Etat imposent à tous les citoyens, parce que tous profitent de son organisation et de ses services, l'obligation de supposer sans indemnité, à moins que le législateur en ait décidé autrement, toutes les conséquences dommageables dérivant de l'exercice légal et régulier de la puissance publique et du fonctionnement normal des services d'intérêt général ⁴⁵ [En el primer principio, en la materia del derecho público, encuentra su base jurídica en el artículo 13 de la declaración de derechos de 1789, es que los ciudadanos no deben sufrir más los unos que los otros las cargas impuestas en el interés de todos (...). El segundo de esos principios que atempera el primero y lo limita, es que las necesidades de la vida en sociedad y la existencia misma del Estado imponen a todos los ciudadanos porque todos se benefician de su organización y de sus servicios, la obligación de soportar sin indemnización, a menos que el legislador lo haya decidido de otra manera, todas las consecuencias dañosas derivadas del ejercicio legal y regular del poder público y del funcionamiento normal de los servicios de interés general](Traducción propia)

Tales principios *supra* citados, se vieron reflejados posteriormente en el fallo *La Fleurette* del *Tribunal des conflits*, donde una empresa que elaboraba productos que no se creaban exclusivamente con leche tuvo que detener sus actividades por resolución parlamentaria, que prohibía todos los productos de ese tipo, al respecto el Tribunal falló:

Ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressée une charge qui ne lui incombe pas normalement ; que cette charge, créée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité ; qu'il suit de là que la société "La Fleurette" est fondée à demander que l'Etat soit condamné à lui payer une indemnité en réparation du préjudice par elle subi ; ⁴⁶**[No se puede permitir pensar que el legislador pretendiera hacer soportar al accionante una carga que no le corresponde normalmente ; que esta carga, creada por interés general, debe ser asumida por la comunidad ; de ahí se desprende que se basa la empresa "La Fleurette" para solicitar que se condene al Estado a pagarle una indemnización en compensación por el daño sufrido]** (Traducción propia)

A partir de ese momento, la teoría de igualdad ante las cargas públicas sienta las bases para los parámetros actuales de responsabilidad administrativa, toda vez que, tal y como lo dice Quintero Alaín (1970)⁴⁷, la prestación de los servicios públicos puede acarrear daños diversos a los administrados y sería injusto que el perjuicio económico se comparta por una pequeña proporción de personas.

⁴⁵ Georges Teissier, *La responsabilité de la puissance publique*, (Paris, Francia: Paul Dupont, 1906) 177 y 178.

⁴⁶ Tribunal des conflits, "*La Fleurette*" : *res. 51704 ; 14 janvier 1938*, Légifrance.

⁴⁷ Diógenes Quintero Alaín, "Responsabilidad Extracontractual del Estado en la doctrina, la jurisprudencia y en el derecho comparado" (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1970), 66.

Ahora bien, c) la teoría del daño o sacrificio especial, explicada por Quintero Alaín (1970), se configura cuando la actividad de la Administración Pública alcanza a un individuo de modo muy violento, por lo que le ocasiona un perjuicio mayor al de los demás. Esta teoría también tiene su origen en el derecho civil, sin embargo, no se basa en ella:

Esto no se basa en las reglas del derecho civil referentes a la responsabilidad por hecho ilícito; puede haber hecho ilícito por parte de los agentes y representantes del Estado, pero no es esencial para que la indemnización tenga lugar; esta corresponde sin que haya que tener en cuenta aquello y hasta por actos completamente legítimos.⁴⁸

Para que en tales supuestos surja el deber de indemnizar, Quintero Alaín (1970)⁴⁹ explica que, necesariamente, deben concurrir los siguientes requisitos: i) que el daño sea originado por la Administración; ii) que el daño no sea ordinario, que se trate de un daño precisamente especial; y iii) que sea injusto o no merecido por el damnificado. Esta teoría también se fundamenta en la igualdad ante las cargas públicas, pues su indemnización, al ser tomada de fondos públicos, termina siendo una manera de homogeneizar el sacrificio soportado por un individuo entre toda la colectividad.

Según el autor, d) la teoría del seguro social fue creada por el jurista francés Nicolas León Duguit, profesor de Derecho público y decano de la Universidad de Burdeos, quien estableció la noción de servicio público como fundamento y límite de la Administración Pública. Esta teoría consiste en la comprensión del patrimonio público como un seguro del que se benefician todos los que sufren algún perjuicio que se deriva del funcionamiento de los servicios públicos. La teoría se origina de alguna manera en la teoría de riesgo, pues responsabiliza a la Administración Pública, aunque no haya violación alguna del derecho, ni se haya cometido irregularidad, por lo que sienta las bases del resarcimiento de los daños producidos por la ejecución de obras públicas en casos de expropiación.

Finalmente, e) la teoría del enriquecimiento sin causa, explicada por Quintero Alaín (1970), se trata de una aplicación del principio de enriquecimiento si causa del derecho civil al derecho público:

⁴⁸ Rómulo Cabezas Toranzos, *Fundamentación Constitucional de la Responsabilidad Extracontractual directa del Estado*, (Mendoza, Argentina: Instituto de Administración Pública, 1971), 15.

⁴⁹ Diógenes Quintero Alaín, "Responsabilidad Extracontractual del Estado en la doctrina, la jurisprudencia y en el derecho comparado" (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1970), 67

Cuando el Estado, al actuar, acrecienta su patrimonio sin justa causa, en perjuicio de una fortuna privada, que sufre así un correlativo empobrecimiento, hay un enriquecimiento indebido y debe por tanto el Estado en estos casos, indemnizar a los particulares afectados.⁵⁰

Asimismo, para que exista reparación, bajo esta teoría deben existir dos condiciones:

1) Será necesario que el daño sufrido por el administrado corresponda a un enriquecimiento del patrimonio administrativo; 2) será necesario que sea sin causa y lo será cuando resulte del ejercicio, por la Administración, de un derecho exorbitante del derecho común, por ejemplo, el derecho de expropiación, el derecho de trabajos públicos, el derecho de legislación, etc. Uso de un derecho exorbitante que debe ser asimilado a uno de esos inconvenientes de vecindad que, según el derecho común, no se está obligado a soportar sin indemnización. A la noción de que el enriquecimiento es sin causa corresponde aquí la noción de que el daño sufrido por el administrado es especial, es decir, no resulta del uso normal del derecho.⁵¹

Esta teoría ha sufrido ciertas críticas desde la doctrina, pues se argumenta que sería insostenible indemnizar una mera limitación económica del particular, y que, por el contrario, debería restringirse su aplicación a aquellos casos donde la Administración Pública monopoliza una actividad económica y niega su desarrollo a los particulares.⁵²

En tercer lugar, iii) la responsabilidad organicista y de representación son realmente dos teorías independientes, agrupadas en virtud de su reiteración doctrinaria como fundamento teórico de la responsabilidad administrativa; no obstante, ambas tienen en común que buscan explicar de qué manera responden las personas jurídicas por las actuaciones de sus agentes:

a) La teoría organicista se ha revelado como una teoría en la que:

Se pretende que el Estado es una persona, que los gobernantes, sus agentes, son sus órganos, y que como tales no tienen personalidad distinta del Estado, lo mismo que los órganos de un individuo no tienen una personalidad distinta del mismo. El Estado quiere y obra por sus órganos, cuando ellos quieren y obran, es el Estado quien quiere y obra;

⁵⁰ Diógenes Quintero Alaín, “Responsabilidad Extracontractual del Estado en la doctrina, la jurisprudencia y en el derecho comparado” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1970), 48.

⁵¹ Maurice Hauriou en Rómulo Cabezas Toranzos, *Fundamentación Constitucional de la Responsabilidad Extracontractual directa del Estado*, (Mendoza, Argentina: Instituto de Administración Pública, 1971), 21.

⁵² Resulta interesante que a pesar de las críticas que ha tenido esta teoría a lo largo de la historia, se constituye un referente teórico concurrente en Costa Rica, y su aceptación se mantiene hasta la actualidad, pues en procesos contenciosos administrativos y civiles de hacienda forma parte de las referencias invocadas por litigantes, y, por supuesto de las sentencias emitidas por los Tribunales.

cuando ellos cometen una falta es el Estado quien la comete; le es imputable, y le es directa y personalmente responsable.⁵³

En consecuencia, afirma que cuando un funcionario actúa expresando la voluntad del órgano administrativo al que pertenece, los actos deben imputarse a la persona jurídica, en este caso, a la Administración Pública. No obstante, es menester aclarar, que tal y como lo indica Quintero Alaín (1970)⁵⁴, cuando el ser humano actúa como titular de derechos y obligaciones, no es del todo absorbido por el órgano, toda vez que este pasa a desempeñar un doble papel: como expresión de su propia voluntad como persona física, y como expresión de la voluntad de la Administración Pública como persona jurídica. Es precisamente en Tribunales que se deberá determinar cuál de las dos expresiones de voluntad se presenta en la ocasión del daño, o bien, si se trata de ambas, y con base en ello comprobar a quién corresponde la responsabilidad.

De igual manera, según Bustamante (1998)⁵⁵, la tesis organicista también plantea que la Administración es responsable en tanto los funcionarios capaces de expresar su voluntad lo son, cual si fueran órganos de un cuerpo humano (en este caso de la Administración), por lo que es evidente que esta tesis hace una distinción entre los servidores públicos revestidos de cierta autoridad para representar a la Administración Pública (directivos, administrativos, organizadores, médicos, etc.) y los que no, toda vez que considera que el accionar de los últimos no representa realmente la voluntad administrativa.

Por su parte, b) la teoría de la representación es de origen propiamente civilista, pero en cierta manera no solo se puede orientar al derecho público, sino que tiene algunos aspectos comunes con la teoría organicista:

El Estado -persona moral- necesita para valerse y actuar de personas físicas (funcionarios), que vienen a ser sus representantes, de modo tal que los resultados

⁵³ Eustorgio Sarria en Diógenes Quintero Alaín, “Responsabilidad Extracontractual del Estado en la doctrina, la jurisprudencia y en el derecho comparado” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1970), 74.

⁵⁴ Diógenes Quintero Alaín, “Responsabilidad Extracontractual del Estado en la doctrina, la jurisprudencia y en el derecho comparado” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1970), 75.

⁵⁵ Álvaro Bustamante Ledesma, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*, (Bogotá, Colombia: Leyer, 1998), 8.

jurídicos se producen, directamente en su provecho y en su contra como si el mismo hubiera obrado.⁵⁶

Asimismo, según el autor, la doctrina ha entendido que existen dos condiciones para que esta teoría pueda aplicarse, la primera de ellas es que el funcionario haya actuado con investidura de representante o ejecutor por cuenta de la Administración, pues de lo contrario podrá verse comprometida su responsabilidad personal; y, la segunda, que es absolutamente necesario que el acto realizado esté dentro de la esfera de sus atribuciones, es decir, que sea atribuible a su competencia funcional.

A pesar de que esta es una teoría seguida por varios autores, lo cierto es que ha sido muy criticada su orientación al derecho público, pues el presupuesto “actuar en representación” implica precisamente que el actuar del funcionario sea cumplido cuando se trata de actos jurídicos, no así de actos materiales, toda vez que hay actuaciones de los funcionarios que, por variopintas, escapan de lo que la norma escrita ha determinado como su competencia.

Estas son a grandes rasgos las principales teorías en las que se basa el régimen de responsabilidad de la Administración Pública, cuya comprensión es determinante para concebir tanto la clasificación general de la responsabilidad administrativa como sus orientaciones posteriores, las cuales, sin duda alguna, siguen presentes directa o indirectamente en la doctrina y jurisprudencia actuales.

Clasificación general de la responsabilidad administrativa

La doctrina administrativa ha clasificado la responsabilidad de la Administración Pública en dos grupos que, según Gordillo (2006)⁵⁷, se pueden definir de la siguiente manera: i) responsabilidad contractual, la cual surge del incumplimiento por parte de la Administración Pública de aquellas obligaciones contraídas mediante un acuerdo bilateral de voluntades, y ii) responsabilidad extracontractual: que surge a partir de una conducta administrativa no referida a un contrato o convenio previo con el damnificado. La última puede originarse como consecuencia de una acción u omisión legislativa, judicial o administrativa.

⁵⁶ Diógenes Quintero Alaín, “Responsabilidad Extracontractual del Estado en la doctrina, la jurisprudencia y en el derecho comparado” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1970), 78.

⁵⁷ Agustín Gordillo. *Tratado de derecho administrativo, Tomo 8.* (Argentina, Buenos Aires: FDA, 2006), 539.

La división de la responsabilidad en dos grandes especies, contractual y extracontractual, que tiene un gran arraigo en el derecho civil, también puede formularse en el derecho administrativo, aunque sobre bases diferentes, ya que en ambos casos la restitución debe regirse por las reglas de la llamada justicia conmutativa (la igualdad se realiza de objeto a objeto, salvo que la condición personal sea causa de distinciones reales). La distinción no está en la fuente de la responsabilidad sino en el hecho de aplicarse la responsabilidad a un vínculo contractual o extracontractual. Se trata de una clasificación que responde sobre todo a fines didácticos, pues si la restitución es siempre un acto de justicia conmutativa (que obliga a reparar en proporción a la cosa, restableciendo la igualdad alterada por la producción del daño) la reparación debida guarda conformidad con un principio de justicia legal o general, por cuyo merito el deber del administrado a soportar las cargas públicas (en sentido lato, este concepto comprende todo acto o hecho estatal que produce un perjuicio) exige que todo sacrificio se imponga en forma igualitaria, porque sería injusto que un particular debiera soportar de un modo desigual, la actividad dañosa.⁵⁸

Tal y como se muestra en el fragmento anterior, la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual cobra utilidad principalmente desde la doctrina, toda vez que el vínculo entre la Administración y el administrado determinará el tratamiento de la figura en Tribunales, no obstante, desde una óptica meramente finalista como la que destila el autor, puede desdibujarse la línea divisoria, máxime al comprender que patrimonialmente ambos tipos de responsabilidad generan una debida indemnización a la víctima, que se extrae de las arcas estatales.

Entre ambas, la más relevante para esta investigación es la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública que, según Gordillo (2006)⁵⁹, puede originarse de un acto judicial, cuyo ejemplo clásico es la condena de una persona detenida o procesada que termina siendo sobreseída por inocencia comprobada, o bien, error judicial. Estos actos pueden generar responsabilidad para la Administración (dependiendo del sistema jurídico en que ocurran). Asimismo, la responsabilidad por acto legislativo se entiende como la originada a partir de la creación de leyes gravosas originarias de daños y perjuicios a colectivos y/o particulares; en la mayoría de las legislaciones se admite este tipo de responsabilidad si: i) causa algún perjuicio especial, es decir, afecta a un individuo de manera desigual y desproporcionada, que no está en obligación de soportar y ii) si el acto legislativo provoca

⁵⁸ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo, Tomo I*, (Buenos Aires, Argentina: ABELEDO-PERROT, 1993), 219.

⁵⁹ Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo, Tomo 8*. (Argentina, Buenos Aires: FDA, 2006), 547.

un enriquecimiento sin causa de la Administración Pública. Las críticas a este tipo de responsabilidad han ido, sobre todo, en el sentido de que la mayoría de las jurisdicciones prefieren indemnizar al damnificado antes que declarar la inconstitucionalidad o convencionalidad de la ley aprobada, con el objetivo de sostenerla en el ordenamiento, por lo que, dependiendo del país o región en la que se aplique este tipo de responsabilidad, puede ser una “pomada” para evadir problemas legislativos de magnitud superior.

Finalmente, y quizá la más importante para el objeto de estudio que aquí se plantea, está la responsabilidad por hechos y actos administrativos, la cual, según Gordillo (2006)⁶⁰, surge a partir de conductas formales o materiales de la Administración Pública, y usualmente se divide en: i) directa, que corresponde a una persona por un hecho propio, y ii) indirecta, que se atribuye al jerarca por lo realizado en sus dependencias. Se entiende que existirá responsabilidad de la Administración directa cuando un funcionario público origine el daño, pues actúa en nombre de esta; cabe destacar que no es relevante si se trata de un hecho (conducta material) o un acto (conducta formal), pues esto solamente es como se exterioriza y manifiesta la voluntad administrativa. Sobre las manifestaciones de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública se profundizará en el siguiente apartado.

c. Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública

Sin ánimo de caer en una falacia de generalización apresurada, y desde un enfoque predominantemente teórico, se podría afirmar que toda actividad de la Administración Pública es en sí misma una fuente potencial de responsabilidad extracontractual, toda vez que la mayoría de sus actuaciones son capaces de causar perjuicios a los administrados.

No obstante, tal y como lo refiere Bustamante (1998)⁶¹, tradicionalmente se ha asociado este tipo de responsabilidad con la función administrativa, al ser esta la principal fuente de obligación indemnizatoria, pasando a un segundo plano las funciones legislativa y judicial de la Administración Pública.

⁶⁰ Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo, Tomo 8*, (Argentina, Buenos Aires: FDA, 2006), 547.

⁶¹ Álvaro Bustamante Ledesma, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*, (Bogotá, Colombia: Leyer, 1998), 8.

Lo anterior se debe a que, usualmente, es la función administrativa la que se encarga de prestar los servicios públicos a los ciudadanos, cuya manifestación se traduce en una variedad considerable de actividades diarias, que, por concurrentes, pueden ocasionar daños continuos en sus destinatarios, generadores de una posible responsabilidad. Asimismo, tal y como lo indica el autor *supra*, esta situación también responde a la capacidad de la función administrativa de afectar de manera mucho más directa la esfera jurídica de los administrados (ya sea de forma individual o colectiva), toda vez que son los funcionarios públicos quienes, en representación de la Administración, tienen contacto directo con los ciudadanos en la prestación del servicio público y pueden ocasionar vulneraciones inmediatas a los derechos de los administrados.

Tal y como lo explica Bustamante (1998)⁶², esto no quiere decir que la responsabilidad extracontractual solamente se atribuya a aquellos funcionarios que prestan el servicio de manera directa, por el contrario, a lo largo de la historia se ha desarrollado la facultad de imputar la responsabilidad a los jefes públicos institucionales, o bien, propiamente a los entes públicos intervinientes en la actividad generadora del daño potencialmente indemnizable (manifestación indirecta).

Responsabilidad objetiva de la Administración Pública

La responsabilidad objetiva es el culmen de la evolución de las teorías tendientes a explicar la responsabilidad administrativa extracontractual en el Derecho Occidental⁶³, por lo que, según Bustamante (1998)⁶⁴, surge como una posible solución ante las vicisitudes presentadas por la insuficiencia de las teorías anteriores, con el objetivo de sustentar a cabalidad la responsabilidad administrativa; es decir, no se trata de una corriente que nace con el fin de reemplazar las anteriores, por el contrario, busca complementarlas.

De igual manera, Bustamante (1998)⁶⁵ indica que la responsabilidad objetiva supone la existencia de un hecho y de un perjuicio derivado de ese, no obstante, elimina la búsqueda

⁶² Álvaro Bustamante Ledesma, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. (Bogotá, Colombia: Leyer, 1998), 9.

⁶³ Ver apartado primero, título primero: Fundamentos teóricos de la responsabilidad de la Administración.

⁶⁴ Álvaro Bustamante Ledesma, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*, (Bogotá, Colombia: Leyer, 1998), 9.

⁶⁵ *Ibid.*, 10.

de la tipificación de la falta del servicio, ya fuera porque no se hubiera prestado, o bien, se prestara de forma deficiente.

Asimismo, el régimen de responsabilidad objetiva de la Administración se fundamenta, principalmente, en dos teorías provenientes del derecho común: i) la teoría del riesgo creado y ii) la teoría del equilibrio en la ecuación patrimonial; la primera de ellas, desarrollada detalladamente en el primer apartado de este capítulo, se entiende como el deber de quien crea un riesgo de indemnizar el daño que provoque a un tercero, el cual no depende de la culpa o dolo del agente generador, sino de la mera concreción del daño como consecuencia de la actividad riesgosa, mientras que la segunda, según el Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José (2011)⁶⁶, consiste principalmente en el mantenimiento de las condiciones patrimoniales inicialmente pactadas entre las partes de un negocio jurídico específico, garantizándole al perjudicado su beneficio, a pesar de las circunstancias económicas sobrevinientes e imprevisibles, ello en virtud de la necesidad esencial de indemnizar a aquel que ha sufrido un daño o lesión atribuible a la Administración; por lo que se excluye el análisis del sujeto que produce el daño y la calificación de su conducta y, por el contrario, se basa en un criterio finalista, que exime la comprobación de cualquier parámetro subjetivo atribuible al funcionario o agente público generador del daño, exceptuando, claro está, lo referente a su responsabilidad personal.

Baldizon y Pacheco (1994) realizan una caracterización numerada de la responsabilidad objetiva de la Administración y concluyen que existen seis características esenciales que la determinan: i) conserva el fin patrimonial de indemnizar (resarcir los daños y perjuicios), por lo que presupone la presencia del elemento esencial del daño; ii) se excluye la culpa como elemento subjetivo; iii) la víctima se sobrepone al agente generador del daño, lo que lleva a este tipo de responsabilidad a enfocarse de alguna manera en la reparación de la falta; iv) la determinación necesaria de un agente responsable (sea persona física o jurídica), con el objetivo de que responda con su patrimonio ante la obligación indemnizatoria. No será necesario atribuirle la inobservancia del deber de diligencia a dicho agente; v) la indispensable relación de causalidad, pues se considera por algunos sectores de

⁶⁶ Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José, *Sentencia 108: res. 0541-F-11;31 mayo 2011, 14:35 horas*. Considerando, párr. 6, Nexus PJ.

la doctrina como un elemento sustitutivo de la culpa; y vi) con respecto al daño, este podrá derivarse del agente responsable o de un fenómeno externo, el cual, además, deberá tener relación con la creación del riesgo por parte del agente generador, “la actividad o hecho generador del daño son voluntarios y su responsable conector de la naturaleza riesgosa de los mismos”⁶⁷.

En consecuencia, tal y como lo refiere la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2005)⁶⁸, se configura la responsabilidad de la Administración Pública desde un enfoque objetivo, cuando en su funcionamiento cause un daño o lesión al administrado, que no tenga el deber de soportar.

iii. Régimen de responsabilidad de la Administración Pública en Costa Rica

Una vez realizado el estudio introductorio del régimen general de responsabilidad, corresponde adentrarse en el régimen de responsabilidad administrativa en Costa Rica, del cual no hay mejor referente que el jurista y doctrinario, el señor Eduardo Ortiz Ortiz (1963)⁶⁹, quien hace un análisis sobre los fundamentos del régimen en nuestro país:

En primer término, el citado autor se refiere al artículo 1045 del Código Civil de Costa Rica, el cual expresa la responsabilidad por hecho propio. “Todo aquel que, por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”⁷⁰ Y, a su vez, al artículo 1048, párrafo tercero, del mismo texto normativo, que establece la responsabilidad por hecho ajeno (falta alguna de elección y vigilancia de su servidor o agente culpable):

Sin embargo, no podrá excusar con esas excepciones su responsabilidad el que explota una mina, fábrica, establecimiento de electricidad u otro cualquiera industrial, o el empresario de una construcción; y si no le hubiere, el dueño de ella, cuando su mandatario, o representante o persona encargada de dirigir o vigilar la explotación o construcción, o cuando uno de sus obreros causa por su culpa en las funciones en las cuales está empleado, la muerte o lesión de un individuo, pues será entonces

⁶⁷ Mauren Baldizon Soto y Silvia Pacheco Alfaro, “Una contribución al estudio de la responsabilidad objetiva” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1994), 101.

⁶⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000584-F-2005; 11 agosto 2005, 10:40 horas*, considerando, párr. 3, Nexus PJ.

⁶⁹ Eduardo Ortiz Ortiz, *La Responsabilidad del Estado en Costa Rica*, (Costa Rica: 1963), 133.

⁷⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *No. 63: Código Civil*, [Aprobada 28 setiembre, 1887]: art. 1045, [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr)).

obligación suya pagar la reparación del perjuicio. Y si una persona muriere o fuere lesionada por una máquina motiva, o un vehículo de un ferrocarril, tranvía u otro modo de transporte análogo, la empresa o persona explotadora está obligada a reparar el perjuicio que de ello resulte, si no prueba que el accidente fue causado por fuerza mayor o por la propia falta de la persona muerta o lesionada.⁷¹

Según el autor, estos son los únicos artículos que han perdurado como normas de principio sobre la Responsabilidad Civil en Costa Rica: “Este sistema de responsabilidad que es común para lo público y lo privado: En Costa Rica la responsabilidad del Estado se rige por iguales principios que la del particular”⁷²⁷³.

Asimismo, según Eduardo Ortiz Ortiz (1963)⁷⁴, la responsabilidad administrativa sienta sus bases en nuestra Carta Magna, inicialmente en el artículo 9 de la Constitución Política, que funge como principio general. “El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.”⁷⁵ Este principio es posteriormente bifurcado en los artículos 11 y 148 del mismo texto normativo, donde se responsabiliza a los servidores públicos en su carácter personal y, a su vez, al Estado en sus tres Poderes de la República:

Artículo 11.- Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.⁷⁶

⁷¹ Ibid., art. 1048.

⁷² Referente a lo anterior, es importante destacar que a pesar de que los preceptos normativos base del Código Civil si siguen siendo los mismos, actualmente la Ley General de la Administración Pública y la doctrina y la jurisprudencia en la materia, han propuesto principios base para la responsabilidad de la Administración Pública en general, propiamente desde el derecho público (algunos de ellos desarrollados desde los fundamentos teóricos referidos en el primer apartado de este capítulo) cuyo progreso en nuestro país, sin duda, es relativamente reciente.

⁷³ Eduardo Ortiz Ortiz, *La Responsabilidad del Estado en Costa Rica*, (Costa Rica: 1963), 143.

⁷⁴ Ibid., 144.

⁷⁵ Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución Política*, [Aprobada 7 noviembre, 1949]: art. 9, Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr).

⁷⁶ Ibid., art. 11.

Artículo 148.- El presidente de la República será responsable del uso que hiciere de aquellas atribuciones que según esta Constitución le corresponden en forma exclusiva. Cada Ministro de Gobierno será conjuntamente responsable con el presidente, respecto al ejercicio de las atribuciones que esta Constitución les otorga a ambos. La responsabilidad por los actos del Consejo de Gobierno alcanzará a todos los que hayan concurrido con su voto a dictar el acuerdo respectivo.⁷⁷

Partiendo de lo anterior es que la responsabilidad administrativa da un giro en Costa Rica, pues se comienza a comprender como una responsabilidad diferente a la de sus funcionarios. Asimismo, el autor integra el artículo 41 de la Constitución Política a las normas *supra* citadas: “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”⁷⁸. Este artículo adquiere relevancia toda vez que es en él donde se consagra la necesaria reparación del daño atribuible al Estado y por ende de la Administración Pública. El autor da una interpretación de este artículo un poco más extensa al indicar que: “**Es el Estado el que será responsable** siempre que, con violación de la ley, agravie y lesione aquellos bienes, o siempre que la aplicación de la ley cause un daño en forma especial y anormal a un individuo o grupo determinados.”⁷⁹ (subrayado no es original)

En consecuencia, solo habrá responsabilidad administrativa (declarada por el Poder Legislativo), si se comete una de las conductas reguladas en la ley y en la forma en la que esta las regula, es decir, este artículo constitucional remite necesariamente a la ley para poder aplicar el instituto. Ahora bien, el doctrinario Ortiz Ortiz (1963)⁸⁰ indica que el verdadero fundamento de la responsabilidad de la Administración Pública en Costa Rica es el riesgo y su naturaleza, y que, solamente es necesario determinar quién es el sujeto causante, la causa de la responsabilidad y las condiciones de imputación.⁸¹

⁷⁷ Ibid., art. 148.

⁷⁸ Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución Política*, [Aprobada 7 noviembre, 1949]: art. 41, Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr).

⁷⁹ Eduardo Ortiz Ortiz, *La Responsabilidad del Estado en Costa Rica*, (Costa Rica: 1963) 145.

⁸⁰ Ídem.

⁸¹ Necesariamente basado en la teoría del riesgo creado, expuesta en el primer apartado del presente capítulo.

Al respecto, el autor define al sujeto causante o autor como “cualesquiera de los tres poderes o de sus integrantes orgánicos”⁸², con fundamento en que los artículos 9 y 41 no hacen distinción entre los causantes del agravio, ya que la Administración Pública se compone de la suma de todas las oficinas y funcionarios del Gobierno. Asimismo, para referirse al acto, Ortiz Ortiz (1963) indica que no existe distinción, pues toda forma de obrar o toda conducta, en sí misma, de la Administración podría desatar la responsabilidad. Y con relación a las causas de imputación, el autor sí hace una breve distinción entre contratos, actos jurídicos y actos materiales de la Administración.

Sobre la culpa contractual en ejecución de obligaciones de resultado, Ortiz Ortiz (1963)⁸³ menciona que es bastante sencilla su imputación (sin importar el motivo), mientras que no se pruebe fuerza mayor o caso fortuito. Asimismo, sobre los actos jurídicos, indica que son aquellos cometidos por funcionarios competentes para un fin del cargo, sin embargo, también existe responsabilidad de la Administración Pública por actos materiales, es decir, por todas las faltas cometidas fuera de las circunstancias *supra* citadas, siempre que el acto se haya cometido con indispensable condición del cargo mismo y de los medios que ofrece la propia Administración.

En consecuencia, se puede concluir que el régimen general de responsabilidad de la Administración Pública en Costa Rica se deriva inicialmente de la Carta Magna, la cual remite, de forma expresa, a la ley, que sí contempla la reparación del daño por parte de la Administración Pública por contratos (responsabilidad contractual de la Administración Pública) y por actos jurídicos y materiales (responsabilidad extracontractual de la Administración Pública).

a. La responsabilidad preeminentemente objetiva de la Administración Pública en Costa Rica

Tal y como lo indica la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2005)⁸⁴, en Costa Rica la aceptación de la teoría de la responsabilidad objetiva de la Administración Pública ha sido reciente, sin embargo, no fue un aspecto ajeno a la Asamblea Constituyente

⁸² Eduardo Ortiz Ortiz, *La Responsabilidad del Estado en Costa Rica*, (Costa Rica: 1963) 156.

⁸³ Eduardo Ortiz Ortiz, *La Responsabilidad del Estado en Costa Rica*, (Costa Rica: 1963) 157.

⁸⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000584-F-2005; 11 agosto 2005, 10:40 horas*, considerando, párr. 4, Nexus PJ

de 1949, toda vez que se pueden identificar atisbos referentes a esta tesis en nuestra Carta Magna, los cuales se constituyen como génesis de la responsabilidad administrativa en nuestro país. El artículo 9 de nuestra Constitución, *supra* citado, reza que el Gobierno de la República es popular, representativo y responsable, y, en el mismo sentido, el artículo 49 refiere a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para que conozca todas las pretensiones que tengan que ver con la legalidad del Estado, así como de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público, garantizando la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados.

Posteriormente, tal y como lo explica la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2005)⁸⁵, con la promulgación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en el año 1966, se establecieron, en sus artículos 2.b y 23, las indemnizaciones como consecuencia del actuar ilegítimo de la Administración que generase una lesión a los administrados. No obstante, no fue hasta la promulgación de la Ley General de la Administración Pública, en el año 1978, que se hizo realmente exigible la responsabilidad administrativa en Costa Rica en sede jurisdiccional, pues se sustituyeron los principios generales de la responsabilidad civil extracontractual presentes en los artículos 1045 y 1048 del Código Civil, por el título séptimo del libro primero de la Ley General de Administración Pública.

A partir de este momento se empezó desarrollar la existencia de la responsabilidad objetiva en Costa Rica, iniciando con el artículo 190 de la entonces reciente Ley General de Administración Pública, que reza: “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”.⁸⁶

De igual manera, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2005)⁸⁷ refiere que, poco a poco, la doctrina empezó a depurar las teorías de la responsabilidad, con el objetivo de determinar aquella que se asemejaba más al régimen establecido en el Estado

⁸⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000584-F-2005; 11 agosto 2005, 10:40 horas*, considerando, párr. 4, Nexus PJ

⁸⁶ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *No. 6227: Ley General de la Administración Pública*, [Aprobada 2 mayo, 1978]: art. 190, Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr).

⁸⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000584-F-2005; 11 agosto 2005, 10:40 horas*, considerando, párr. 5, Nexus PJ

costarricense, llegando al consenso mayoritario de que en nuestro país existe una responsabilidad completamente objetiva, toda vez que era suficiente un resultado dañoso originario de un perjuicio efectivo, evaluable e individualizable a una persona o grupo de personas para que pudiera existir la obligación de indemnizar, siendo únicamente necesario la presencia de la relación de causalidad entre el acto y el daño.

No obstante, el presente trabajo de investigación sigue una de las tesis doctrinarias minoritarias, toda vez que, en nuestro país no se cumple del todo la teoría de la responsabilidad objetiva, pues siempre se deberán tomar en cuenta los criterios de imputación en cuanto a las conductas formales y materiales de la Administración Pública, lo cual la convierte en una responsabilidad preeminentemente objetiva, mas no del todo objetiva, pues una responsabilidad del todo objetiva (como se cita *supra*) solo se fija en el daño, la conducta generadora y en el nexo causal entre ambos.

Asimismo, tal y como se analizará posteriormente, para la existencia de la responsabilidad en nuestro país es necesario que la conducta administrativa ostente una antijuricidad de base, la cual, según la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2005), es un presupuesto global e imprescindible para que se configure la responsabilidad, requisito que, de alguna manera, merma la completa objetividad del régimen, por más que se excluyan los elementos subjetivos de la culpa y el dolo.

Con respecto al régimen nacional de responsabilidad, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2007) ha indicado:

Dentro de la dinámica del sistema de responsabilidad preeminentemente objetiva de la Administración, el Estado es responsable frente a un particular que haya sufrido una lesión antijurídica que no tiene el deber de soportar y que haya sido provocada por un funcionamiento público. El ámbito de cobertura de los postulados que lo integran incluye, además de las lesiones de naturaleza material, las de carácter extrapatrimonial. **Este tipo de responsabilidad se sustenta en el daño propiamente**, y no en otros elementos, como el dolo o la culpa. Lo anterior encuentra sustento en el artículo 41 de la Constitución Política, que en lo que interesa, señala: *“Ocurriendo a las Leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales.”* Así como en el canon 197 de la Ley General de la Administración Pública, según el cual: *“Cabrá responsabilidad por el daño de bienes puramente morales, lo mismo que por el padecimiento moral y el dolor físico causados por la muerte o por la lesión proferida, respectivamente.”* Para este criterio de imputación no se requiere que el análisis de la

conducta verse en si fue con dolo o culpa de quien causa la lesión. Ese tipo de consideraciones se tornan intrascendentes, por cuanto entran en juego otros aspectos. Es indispensable que exista un nexo causal entre la conducta o situación que motiva el daño y el que sufre la víctima, ligamen que se rompe en caso de mediar alguna eximente a saber: fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero. Este principio surge independientemente de la responsabilidad frente al administrado, que puedan asumir sus funcionarios o agentes. El numeral 190 de la Ley General de Administración Pública, establece: “1) *La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.* 2) *La Administración será responsable de conformidad con este artículo, aun cuando no pueda serlo en virtud de las secciones siguientes de este Capítulo, pero la responsabilidad por acto lícito o funcionamiento normal, se dará únicamente según los términos de la Sección Tercera siguiente.*” **Los parámetros de imputación (funcionamiento normal o anormal, lícito o ilícito) y la acreditación del nexo de causal, sólo puede extinguirse por las eximentes expresadas en la norma**, sin que ello riña con la posibilidad de que, a lo interno, la propia Administración determine la responsabilidad de sus agentes, en donde las reglas se rigen por el grado de participación y los conceptos de dolo o culpa grave. Por lo anterior, 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.⁸⁸

A continuación, se detallará cada uno de los elementos mencionados en la sentencia *supra* citada, propios del régimen de responsabilidad preminentemente objetiva de la Administración Pública en Costa Rica.

b. Criterios de imputación

La evolución de la responsabilidad de la Administración Pública ha obligado a nuestro país a incluir criterios de imputación que restringen el deber resarcitorio de la Administración Pública ante la generación de un daño, toda vez que, tal y como lo menciona la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2005), no sería soportable para un Estado como el nuestro un régimen absolutamente objetivo, que únicamente se fije en el daño, la conducta generadora y el nexo causal entre ambas:

No puede interpretarse tampoco como un deber resarcitorio, irrestricto y permanente, aplicable siempre y en todas las hipótesis de la lesión. **Sería inaudito un régimen de tal naturaleza y materialmente insoportable para cualquier Estado con recursos financieros limitados.** Por ello se ha acudido a criterios de imputación que de alguna

⁸⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000875-F-2007; 14 diciembre 2007, 8:00 horas*, considerando, párr. 4, Nexus PJ.

manera dimensionan ese deber indemnizatorio originado por la conducta pública. (subrayado no es original)⁸⁹

Los criterios de imputación de responsabilidad dentro del régimen de responsabilidad patrimonial costarricense son determinados por la Ley General de Administración pública como funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal: “**Artículo 190, inciso 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”. (subrayado no es original).⁹⁰

Al respecto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2010)⁹¹ ha ahondado en sus definiciones y aplicación, indicando que el funcionamiento legítimo o ilegítimo se refiere a los actos o conductas jurídicas que se derivan de los entes y órganos públicos, por lo que ostentan una relación inmediata con los criterios de licitud o ilicitud, mientras que, por su parte, el funcionamiento normal o anormal se refiere, principalmente, a las actuaciones u omisiones materiales o prestacionales de la Administración Pública.

Criterios de normalidad y anormalidad en el funcionamiento de la Administración Pública

La autora Brenes Esquivel, en García Quesada (2015), se refiere al funcionamiento normal y anormal de la Administración e indica que:

Los términos normal y anormal hacen referencia a la forma en que está funcionando la Administración, son términos técnicos. Lo que se pretende al utilizar estos términos es objetivizar la responsabilidad de la administración y proteger de esta forma, a los administrados, entre otras cosas, por todos aquellos daños en los que no se puede determinar cuál es el sujeto que causó el daño, sea, es un daño anónimo e impersonal, pero que puede ser imputado a la organización estatal en cuanto a tal⁹²

Se entienden como anormales aquellas conductas administrativas que contrarían la “buena administración”, concepto que, según el artículo 102 de la Ley General de

⁸⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000584-F-2005; 11 agosto 2005, 10:40 horas*, considerando, párr. 6, Nexus PJ.

⁹⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *No. 6227: Ley General de la Administración Pública*, [Aprobada 2 mayo, 1978]: art. 190, *Sistema Costarricense de Información Jurídica* (pgrweb.go.cr).

⁹¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000088-F-SI-2010; 14 enero 2010, 14:20 horas*, considerando, párr. 9, Nexus PJ.

⁹² Ana Lorena Brenes Esquivel en Luis Felipe García Quesada, “Alcances de la Responsabilidad del Estado por hechos Tumultuosos” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2015), 45.

Administración Pública, se refiere al ajuste de la conducta administrativa a la ley, revocándola, anulándola o reformándola de oficio o en virtud de recurso administrativo. O bien, aquellas conductas administrativas que se apartan de las reglas de pericia, técnica, eficacia y eficiencia. *A contrario sensu*, tal y como lo indica la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2010)⁹³, se entienden como normales a aquellas conductas administrativas que se adecúan al concepto de “buena administración”, eficacia, eficiencia y buena pericia.

Por su parte, Leguina Villa se refiere al concepto de funcionamiento normal de la Administración e indica:

Con la fórmula “funcionamiento normal de un servicio público” se pretende aludir a todos los casos de daños incidentales o eventuales que tengan lugar como consecuencia de una actividad legítimamente emanada de la Administración. Son estos los casos de daños no expropiados que engendran en la administración *ex port factum* la obligación de su resarcimiento. En cambio, la fórmula “funcionamiento anormal del servicio público” abarca todas las hipótesis de responsabilidad originadas por una actividad objetivamente ilegítima de los entes públicos. (subrayado no es original)⁹⁴

En consecuencia, se puede concluir que los criterios de normalidad y anormalidad son calificativos de la actividad prestacional de la Administración Pública, y que se determinan a partir de la concordancia que tenga la actividad en cuestión con el concepto de “buena administración”, que se identifica evaluando su ajuste a la ley, su eficacia, eficiencia y buena pericia.

Criterios de licitud e ilicitud de la conducta administrativa

Con respecto a los criterios de licitud e ilicitud: “se considera lícito el acto realizado conforme al ordenamiento jurídico, e ilícito aquel que es contrario al ordenamiento”⁹⁵.

⁹³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000088-F-S1-2010; 14 enero 2010, 14:20 horas*, considerando, párr. 9, Nexus PJ.

⁹⁴ Jesús Leguina Villa, “Función arbitral en materia de prensa y responsabilidad civil de la Administración,” *Dialnet* (1969):137.

⁹⁵ Jesús Leguina Villa, “Función arbitral en materia de prensa y responsabilidad civil de la Administración,” *Dialnet* (1969):137.

Por su parte, la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo (2003)⁹⁶ ha indicado que el funcionamiento lícito o ilícito (legítimo o ilegítimo) de la Administración Pública está particularmente referido a su actividad formal. Asimismo, Brenes Esquivel, en García Quesada (2015)⁹⁷, amplía el concepto desde un punto de vista doctrinal e indica que el criterio de ilicitud o ilegitimidad se refiere a un vicio en el acto que lo hace inconforme con el ordenamiento jurídico, es decir, un defecto que aparece en el momento en el que se dicta (salvo excepciones de ilegalidad sobrevenida), y que nace del choque del acto con el ordenamiento jurídico, situándose en un plano de puro derecho.

Tal razonamiento es confirmado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2009)⁹⁸, la cual afirma que la ilicitud se relaciona con el incumplimiento de normas del ordenamiento jurídico que son aplicables a la Administración Pública, por lo que al materializarse se produce una transgresión sobre el marco jurídico existente. En el mismo sentido, el autor Renato Alessi indica:

La función administrativa debe ser categorizada como ilícita, cuando la acción administrativa genera una lesión en la esfera jurídica, en sentido estricto, del sujeto, la cual, está conformada por los derechos subjetivos y, mediante las normas, que se intenta garantizar a los sujetos privados su protección. La reacción del particular, contra una forma tal de ejercicio de la función administrativa, debe, naturalmente, tender al restablecimiento de la esfera jurídica lesionada, principalmente, mediante la reposición de las situaciones a su estado anterior, si fuera posible, o más corrientemente, mediante el resarcimiento del daño (daño económico y jurídico al mismo tiempo) ocasionado, por la acción administrativa ilícita.⁹⁹

No obstante, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2005)¹⁰⁰ ha sido clara al indicar que la ilegitimidad no debe confundirse con la antijuricidad genérica y de base *supra* citada, la cual está presente en toda responsabilidad civil y se deriva del principio fundamental del derecho, según Ulpiano, *alterum non laedere* (no dañar a otro), que se

⁹⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, sección primera, *Recurso de apelación: res. 00304-2003; 08 agosto 2003, 10:35 horas*, considerando, párr. 8, Nexus PJ.

⁹⁷ Ana Lorena Brenes Esquivel en Luis Felipe García Quesada, “Alcances de la Responsabilidad del Estado por hechos Tumultuosos” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2015), 47.

⁹⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de amparo: res. 13606-2009; 26 agosto 2009, 14:57 horas*, considerando, párr. 6, Nexus PJ.

⁹⁹ Renato Alessi. *Instituciones de Derecho Administrativo* (Barcelona, España: editorial Bosch, 1970), 597 y 602.

¹⁰⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000584-F-2005; 11 agosto 2005, 10:40 horas*, considerando, párr. 7, Nexus PJ.

concreta cuando la víctima no tiene el deber de soportar la lesión, pues en ese momento el menoscabo del tercero en contra del ordenamiento la convierte en antijurídica. La antijuricidad es necesaria para la reparación del daño, incluso si la conducta es lícita, toda vez que el hecho de que la misma sea consecuente con marco jurídico, no la exime de producir una lesión de no obligado soporte para la víctima, potencial generador de responsabilidad para la Administración Pública.

Por lo tanto, los criterios de licitud e ilicitud son referentes de la actividad formal de la Administración, que se determinan a partir de su correspondencia con el ordenamiento, por lo que su discordancia directamente genera una transgresión al marco jurídico y, a su vez, a la esfera jurídica del administrado. No obstante, la ilicitud no debe confundirse con la antijuricidad necesaria para la reparación del daño, que se establece cuando la víctima no tiene el deber de soportar la lesión causada, y que es completamente independiente a la discordancia entre determinada conducta formal y el ordenamiento jurídico.

Responsabilidad por conducta lícita y funcionamiento normal

La Ley General de Administración Pública compele a la Administración Pública a reparar el daño si se logra demostrar la existencia de alguno de los cuatro criterios *supra* citados (exigiendo una antijuridicidad de base), incluyendo aquellos supuestos fácticos donde no se aprecia patología, falencia o vicio en el funcionamiento de la Administración Pública, siempre y cuando exista un daño caracterizado por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la sanción, así como un interés legítimo y acorde con el orden público, la moral y las buenas costumbres:

Artículo 190, inciso 2: La Administración será responsable de conformidad con este artículo, aun cuando no pueda serlo en virtud de las secciones siguientes de este Capítulo, **pero la responsabilidad por acto lícito o funcionamiento normal, se dará únicamente según los términos de la Sección Tercera siguiente.** (subrayado no es original)¹⁰¹

Artículo 194:

¹⁰¹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, No. 6227: *Ley General de la Administración Pública*, [Aprobada 2 mayo, 1978]: art. 190, [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://pgrweb.go.cr).

1. La Administración será responsable por sus actos lícitos y por su funcionamiento normal cuando los mismos causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión.

2. En este caso la indemnización deberá cubrir el valor de los daños al momento de su pago, pero no el lucro cesante.

3. El Estado será responsable por los daños causados directamente por una ley, que sean especiales de conformidad con el presente artículo.

(subrayado no es original)¹⁰²

Artículo 195: **Ni el Estado ni la Administración serán responsables, aunque causen un daño especial en los anteriores términos, cuando el interés lesionado no sea legítimo o sea contrario al orden público, a la moral o a las buenas costumbres**, aún si dicho interés no estaba expresamente prohibido antes o en el momento del hecho dañoso. (subrayado no es original)¹⁰³

Lo anterior responde a la excepcionalidad de los criterios de imputación de legitimidad y normalidad, que permiten la responsabilidad de la Administración Pública, aunque su actuación se encuentre acorde a derecho. Es precisamente la responsabilidad de la Administración por conducta lícita y funcionamiento normal, cuya determinación fue explicada por el doctrinario Eduardo Ortiz Ortiz, de la siguiente forma:

Pero se establece aquí claramente en qué condiciones se va a admitir esa indemnización, **únicamente cuando los afectados por el funcionamiento normal o el acto lícito sean muy pocos o la lesión que haya inferido sea excepcionalmente grave**. (...) Tenemos que reconocer que esto tiene cierto margen de indeterminación ¿Cuántos son pocos y cuantos son muchos? Es algo que dará fundamentalmente la apreciación judicial.¹⁰⁴ (subrayado no es original)

Es claro que, en lo que respecta a los criterios de normalidad y licitud, hay dos condiciones *sine qua non* para que exista la responsabilidad de la Administración Pública y, por supuesto, la indemnización del daño causado: i) que los afectados sean pocos y ii) que la lesión sea muy grave. Lo anterior va de la mano con la antijuridicidad citada *supra*, toda vez

¹⁰² Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, No. 6227: *Ley General de la Administración Pública*, [Aprobada 2 mayo, 1978]: art. 194, [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://www.pgrweb.go.cr).

¹⁰³ *Ibid.*, art. 195

¹⁰⁴ Eduardo Ortiz Ortiz en Roberto Quirós Coronado, comp., *Ley General de la Administración Pública, Concordada y Anotada con el Debate Legislativo y la Jurisprudencia Constitucional*. (San José, Costa Rica: Aselex, 1996), 295.

que, al ser la conducta antijurídica en su base, no existe deber de la víctima de sobrellevar la lesión y, en consecuencia, la Administración deberá asumir la reparación del daño que en su momento no pudo impedir. Tal y como lo refiere la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2005)¹⁰⁵, se produce entonces el incumplimiento al deber de indemnidad patrimonial de la persona, que en casos de funcionamiento legítimo y normal se evidencia al producirse una consecuencia dañosa con características determinadas (intensidad excepcional o pequeña proporción de afectados), la cual es de obligada reparación. Lo anterior deja en evidencia la antijuricidad, máxime que con la lesión nace la obligación civil y el derecho de accionar.

No obstante, también existe una disposición expresa sobre la indexación de la indemnización de los daños, la cual es absolutamente procedente, exceptuando el cobro del lucro cesante; al respecto, el doctrinario Eduardo Ortiz Ortiz ha indicado:

Quando se daña por acto lícito o funcionamiento normal un bien del administrado, la Administración debe restituir al dueño al estado anterior en relación con ese bien, no al estado patrimonial que hubiera tenido si el bien no hubiera sufrido el daño, porque se considera que se trata de una responsabilidad que es una sanción, un acto ilícito, sino de un acto de justicia para reparar a un ciudadano el sacrificio que hizo en beneficio de la colectividad. Entonces con el mismo espíritu de solidaridad se le impone al ciudadano una pérdida de sus perjuicios aunque sea limitada, en el sentido de que el lucro cesante no lo puede cobrar. La doctrina suele formular esta regla diciendo: se indemniza el daño al bien lesionado, no se indemniza el daño causado al dueño. Puede ser que el daño al bien lesionado sea menor que el causado al dueño. Cuando el dueño a consecuencia de la lesión deja de percibir ciertas ganancias, en ese caso no se indemniza. En estos casos, el Estado actúa en un acto de solidaridad social y de justicia con el particular¹⁰⁶.

En consecuencia, se entiende que en las lesiones producidas por conducta lícita o funcionamiento normal también existe una reparación excepcional, toda vez que es posible resarcir el daño causado, pero no el lucro cesante, pues la Administración no es merecedora de una sanción por su actuación, ya que la misma ha sido acorde con el ordenamiento jurídico y las reglas de la “buena administración”.

¹⁰⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000584-F-2005; 11 agosto 2005, 10:40 horas*, considerando, párr. 7, Nexus PJ.

¹⁰⁶ Eduardo Ortiz Ortiz en Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, *Proceso de ejecución de sentencia: res 400058-2006; 11 octubre 2006, 15:50 horas*, considerando, párr.5, Nexus PJ.

Responsabilidad por funcionamiento anormal en el resultado

La doctrina entiende el funcionamiento anormal por resultado como aquel que, siendo debido y conforme con las reglas de la buena administración, técnica, pericia, eficiencia y eficacia, produce un resultado dañoso o lesivo, así lo confirma la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2005), donde indica que este corresponde a “aquel funcionamiento que siendo debido o conforme con las reglas antedichas, produce un resultado dañoso”¹⁰⁷. Asimismo, la Sala continúa agregando que, en esos casos en particular, lo que opera es una responsabilidad por funcionamiento normal, pero con efecto o resultado lesivo, que es indemnizable siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 194 de la Ley General de la Administración Pública *supra* citado (intensidad excepcional de la lesión y pequeña proporción de afectados).

En consecuencia, se puede entender el funcionamiento anormal por resultado como aquella consecuencia, resultado, efecto, derivación o secuela que se produce a pesar de que la Administración haya cumplido con las reglas de “buena administración”, eficacia, eficiencia, técnica y pericia en su funcionamiento, pero por ostentar antijuricidad de base, produce un daño que la víctima no está en obligación de soportar, y se convierte en susceptible de indemnización bajo los términos de un funcionamiento normal (requisitos contemplados en el artículo 194 de la Ley General de la Administración Pública).

c. La acción generadora, el daño y el nexo de causalidad

La acción generadora

Cuando se hablamos de acción generadora nos referimos a esa conducta capaz de originar el daño, no obstante, autores como González Solano (2019)¹⁰⁸ se refieren a que esta conducta puede ser tanto activa como omisiva, es decir, podría generarse tanto de un hacer de la Administración (que sería propiamente la acción generadora), como de un no hacer de la Administración, cuya inercia es capaz de producir variedad de daños en los Administrados.

¹⁰⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000584-F-2005; 11 agosto 2005, 10:40 horas*, considerando, párr. 6, Nexus PJ.

¹⁰⁸ Gustavo González Solano, “La responsabilidad civil extracontractual en la actual jurisprudencia costarricense.” *Revista de Ciencias Jurídicas* no.148, (2019): 135, consultado 15 enero 2021, [Vista de La responsabilidad civil extracontractual en la actual jurisprudencia costarricense \(ucr.ac.cr\)](http://Vista.de.La.responsabilidad.civil.extracontractual.en.la.actual.jurisprudencia.costarricense(ucr.ac.cr)).

No obstante, tal y como lo refiere Garita Navarro (2020)¹⁰⁹, existen casos que no guardan la misma simplicidad, pues la fuente generadora de la lesión (acción generadora) no radica en un solo sujeto, pues es el resultado de una pluralidad de ellos, o bien, de conductas que se pueden imputar a varios responsables, esto es lo que se conoce como concausa o teoría del cúmulo de faltas¹¹⁰, donde, tal y como lo indica el autor, pueden concurrir varios responsables: i) Estado-ente público, ii) Estado-particular con el cual guarda vínculos jurídicos, y iii) Estado-particular con el que no guarda relación jurídica. Al respecto, el citado autor refiere la sentencia 308-F-2006, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, la cual, en lo que interesa, indica:

Las omisiones en que incurrió el Estado lo incorporan dentro de los sujetos de derecho que conformaron un **cúmulo de causas** en la generación del daño causado, que por tal, supone una solidaridad en la responsabilidad que deben necesariamente asumir por el no cumplimiento de sus funciones, máxime al considerar que estas son de corte preventivo, todo ello a tenor de lo dispuesto por el artículo 1046 del Código Civil, aplicable supletoriamente en este campo, por disposición expresa de los preceptos 9 y 10 de la Ley General de la Administración Pública. De lo anterior se colige la responsabilidad de la Administración Central por el daño ocasionado a los actores, la cual comparte con el INS y la Municipalidad, y aun cuando medió la participación de un tercero, esta incursión no conlleva a una eximente, que en todo caso, sería una atenuante, pero no un elemento que elimine del todo la responsabilidad del Estado por lo que en este orden, bien resolvió el Tribunal al considerar la solidaridad del recurrente, ergo, deben rechazarse los motivos formulados (Subrayado no es original)¹¹¹

Como bien lo refiere Garita Navarro (2020)¹¹², ante esta pluralidad de causas y concurrencia de sujetos responsables, opera solidaridad en el régimen de responsabilidad, que aplica por analogía e integración del numeral 1046 del Código Civil, tal y como lo señalan los artículos 9 y 10 de la Ley General de la Administración Pública, razón por la cual,

¹⁰⁹ José Roberto Garita Navarro, “Comentarios Sobre Responsabilidad Objetiva de la Administración Pública. Análisis Jurisprudencial,” *Temas Jurisprudenciales*, consultado 20 marzo, 2020, pág. 19, [Sala Primera - Sala Primera \(poder-judicial.go.cr\)](http://SalaPrimera-poder-judicial.go.cr).

¹¹⁰ Sobre la base histórica de esta teoría ver el capítulo primero, apartado segundo: *Responsabilidad Administrativa*.

¹¹¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000308-F-2006; 25 mayo 2006, 10:30 horas*, considerando, párr. 17, Nexus PJ.

¹¹² José Roberto Garita Navarro, “Comentarios Sobre Responsabilidad Objetiva de la Administración Pública. Análisis Jurisprudencial,” *Temas Jurisprudenciales*, consultado 20 marzo, 2020, pág. 19, [Sala Primera - Sala Primera \(poder-judicial.go.cr\)](http://SalaPrimera-poder-judicial.go.cr).

si todos se demandan como sujetos responsables, se entenderán como autores corresponsables y no como terceros.

El daño

Debido a la amplitud de estudios alrededor del concepto de daño, vale la pena echar un vistazo a autores internacionales tales como Bustamante (1998)¹¹³, quien hace un análisis alrededor de este tema e identifica el daño como la lesión o quebramiento de un interés que tutela el derecho, que se origina en el cumplimiento o incumplimiento de una obligación contractual, en un comportamiento contrario a la ley, o bien, en una conducta propiamente antijurídica (aquella que ocasiona un perjuicio que la víctima no está en el deber de soportar). De igual manera, según Henao (1999), usualmente el daño extracontractual se genera en este último supuesto, “el daño en sentido jurídico reproduce el sentido común del término: la alteración negativa del estado de cosas existentes (...) daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”¹¹⁴.

Bustamante (1998)¹¹⁵ indica que la lesión al interés tutelado puede ser tanto material como inmaterial, el material afectará bienes o cosas y, por su parte, el inmaterial (moral) afectará bienes inasibles como lo son el ánimo, el honor, la tranquilidad, el afecto, el goce, etc. Ambos grupos constituyen el patrimonio de la persona, por lo que la lesión a cualquiera de estos bienes será generadora de indemnización.¹¹⁶

Ahora bien, tal y como lo indica el autor, para que el daño como tal sea indemnizable, deben cumplirse una serie de requisitos estipulados por la doctrina: i) debe ser un daño antijurídico, es decir, quien lo sufre no debe estar obligado a soportarlo¹¹⁷; ii) debe ser propio,

¹¹³ Álvaro Bustamante Ledesma, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*, (Bogotá, Colombia: Leyer, 1998), 223.

¹¹⁴ Juan Carlos Henao, *El Daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*, (Bogotá, Colombia: Panamericana formas e Impresos, 1999), 84.

¹¹⁵ Álvaro Bustamante Ledesma, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*, (Bogotá, Colombia: Leyer, 1998), 224.

¹¹⁶ Algún sector de la doctrina considera que solo los daños materiales son susceptibles de indemnización, y los clasifica como patrimoniales, nombrando por defecto a los daños inmateriales como extrapatrimoniales. En este trabajo de investigación se sigue la tesis de que ambos, tanto los materiales como los inmateriales constituyen el patrimonio de la persona, por lo que ambos son susceptibles a indemnización.

¹¹⁷ De igual manera, el tema de la antijuridicidad ha sido debatido constantemente por la doctrina, al punto de existir algunas concepciones que igualan el concepto a la ilegalidad como contrariedad a una norma expresa (situación advertida en el apartado supra); Tal y como lo refiere Bustamante (1998), hay sectores doctrinarios que han dividido el concepto, entendiendo la antijuridicidad subjetiva como la contradicción entre un comportamiento y la norma, y la antijuridicidad objetiva como la obligación de la víctima de soportarlo. No obstante, el presente trabajo de investigación sigue la tesis mayoritaria que define este concepto como la no

es decir, que el interés lesionado pertenezca a quien lo reclama y pida la indemnización para sí, no para otro, con excepción del reclamo de los daños causados a personas con los que el damnificado tenga algún vínculo personal, cuya causa debe ser la misma que lesionó el interés de la víctima directa. Según el autor, este principio tiene algunos bemoles, toda vez que también existen damnificados indirectos con legitimidad para reclamar la indemnización, tales como los herederos de la víctima original, los cuales, en realidad, solo pueden reclamar daños de índole material y no moral, toda vez que, al ser *in re ipsa*, los daños morales son intraspasables e intransferibles.

iii) Debe ser cierto, “la certeza hace alusión a la verdad de su existencia, como concepto opuesto a todo lo que es hipotético, posible o eventual y nada tiene que ver con que el daño sea presente o futuro”¹¹⁸, por lo que el daño debe, indiscutiblemente, tener las calidades de certeza y realidad, de lo contrario, por ser eventuales o hipotéticos, los convierte en daños no indemnizables. No obstante, esta certeza no debe confundirse con la temporalidad del daño, toda vez que la pérdida de la oportunidad, no precisamente se constituye en el presente, pero si hay suficientes elementos de juicio que sustenten su causación, esta se constituirá como cierta, real e indemnizable. Tampoco debe confundirse con la certeza de la cuantía, toda vez que la segura determinación del valor económico del daño no es inherente a todos los tipos de daños, y es algo que deberá calcularse dentro del proceso, por lo que no reviste ni exime al daño de certeza ni realidad.

iv) Debe ser subsistente, esto quiere decir, que se haya cumplido o no con su satisfacción pecuniaria, es decir, si el daño ya fue indemnizado (en sede administrativa, por ejemplo), ya no es subsistente, pues ya no es objeto de estimación ni reparación. Esta situación no excluye, de ninguna manera, a aquellos supuestos en los que ha sido reparada la mitad del daño, o en los que han sido indemnizados ciertos daños derivados de una misma causa y otros no, toda vez que siempre podrán reclamarse aquellos aspectos del daño que no han sido compensados, o bien, aquellos daños que no se resarcieron, por lo que la subsistencia del daño no debe de

obligación de la víctima de soportar el daño, pues, de lo contrario se estaría confundiendo con la ilegalidad o ilegitimidad de la conducta.

¹¹⁸ Álvaro Bustamante Ledesma, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*, (Bogotá, Colombia: Leyer, 1998), 225.

ser total, no obstante, la pretensión de reparación lo será solo para la parte que subsiste; finalmente.

Y v) debe ser evaluable, lo que significa que debe ser posible su valoración, en ese sentido podría pensarse que el daño moral no es evaluable, y no lo es bajo las fórmulas matemáticas y peritajes contables que evidencian el daño material, no obstante, los juzgadores han desarrollado formas de determinar la valoración del daño moral, las cuales implican el conocimiento y la evaluación del contexto que reviste al caso concreto.

De igual manera, según Bustamante (1998)¹¹⁹, la doctrina mayoritaria ha clasificado los daños en tres clases: materiales, morales y fisiológicos; i) los daños materiales, según el autor, son aquellos que tienen repercusión económica, y que implican una lesión al patrimonio del damnificado, tal clasificación se ha dividido usualmente en daño emergente y lucro cesante: el daño emergente se entiende como la consecuencia derivada del incumplimiento o retraso de la obligación, por ejemplo, los gastos que deben realizarse para afrontar los resultados materiales del suceso; por su parte, el lucro cesante se comprende como aquellas ganancias o beneficios dejados de percibir como consecuencia del hecho, tales como los intereses dejados de producir sobre un capital perdido, la incapacidad de trabajar a causa de un accidente, etc. El lucro cesante, además, puede ser consolidado o vencido, es decir, originado desde la fecha del hecho hasta la sentencia firme, o bien, futuro, desde la fecha de la sentencia firme hasta el cese del hecho o cumplimiento de la obligación.

Ahora bien, ii) los daños morales se ubican en la zona de intimidad del damnificado, por lo que las emociones y sentimientos únicamente son dimensionados por quien los padece¹²⁰, en consecuencia, tal y como lo indica el autor, cualquier intento de justiprecio será inexacto, ya que la magnitud del daño no se manifiesta de forma externa. Se ha entendido que el daño moral que subclasifica en daño moral subjetivo y daño moral objetivo, el daño moral subjetivo es aquel que corresponde específicamente a las angustias y el dolor íntimo del damnificado, mientras que el daño moral objetivo u objetivado es aquel que, aunque se relaciona con los sentimientos de la víctima, tiene repercusiones patrimoniales, lo que

¹¹⁹ Ídem.

¹²⁰ Es por ello que nuestra doctrina y jurisprudencia nacional han clasificado el daño moral en su vertiente subjetiva como *in re ipsa*.

permite su valoración objetiva, tales como las lesiones al honor, la dignidad y el buen nombre de la víctima, los cuales, por su naturaleza, sí requieren prueba.

Finalmente, iii) los daños fisiológicos se conciben como las limitaciones que sufren los damnificados para realizar ciertas actividades placenteras, las cuales tienen repercusión en el desenvolvimiento y la función normal del cuerpo, así como en el desarrollo psicológico (desde un punto de vista integral); este tipo de daño ha sido reconocido en el derecho comparado como una consecuencia del hecho principal, que de alguna manera restringe a la persona de dedicarse a actividades satisfactorias propias de la vida misma. En el derecho francés se reconoce como *perjudice d'agrément* o perjuicio de placer, y se refiere a enfermedades, insomnios, sentimientos de inferioridad que restringen el disfrute de la víctima con posterioridad al suceso. Según Bustamante (1998)¹²¹, su nombre en Latinoamérica parece que se debe a una mala traducción de la jurisprudencia francesa.

Ahora bien, **en la doctrina y jurisprudencia costarricenses** se ha entendido la figura del daño como “todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso.”¹²²

De igual manera, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2002) realiza una adecuada diferenciación entre el daño y el perjuicio, e indica que el primero es la pérdida que sufre el damnificado, mientras que el segundo es la ganancia o utilidad frustrada, que de no haber existido el hecho generador no se hubiera esperado¹²³. En ese sentido, se evidencia la primera diferencia entre nuestra jurisprudencia y la doctrina internacional, pues esta identifica el lucro cesante como un daño material, mientras que nuestro país realiza una

¹²¹ Álvaro Bustamante Ledesma, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*, (Bogotá, Colombia: Leyer, 1998), 226.

¹²² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00714-2002; 18 septiembre 2002, 10:20 horas*, considerando, párr. 5, Nexus PJ.

¹²³ Una de los fundamentos doctrinarios que ayudan a determinar si la conducta es verdaderamente causante del daño es la teoría de la supresión hipotética, la cual, insta hacer un ejercicio imaginario de extracción de la conducta que se piensa es generadora del daño y evaluar el resultado: si una vez extraída la conducta se concluye que igualmente hubiera ocurrido el daño esa no es la conducta causante, si por el contrario, al extraer la conducta concluimos que el daño no resultó, entonces, la conducta examinada es la generadora del daño.

distinción entre daño y perjuicio, entendiendo el lucro cesante como el perjuicio por excelencia.

Asimismo, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2002) hace una caracterización del daño, que de alguna manera concuerda con la doctrina internacional, al indicar 4 rasgos fundamentales:

- A) Debe ser cierto, real y efectivo**, y no meramente eventual o hipotético, no puede estar fundado en realizaciones supuestas o conjeturas. El daño no pierde ese carácter si su cuantificación resulta incierta, indeterminada o de difícil apreciación o prueba; tampoco debe confundirse la certeza con la actualidad, pues es admisible la reparación del daño cierto pero futuro; no cabe confundir el daño futuro con el lucro cesante o perjuicio. En lo relativo a la magnitud o monto (seriedad) del daño, constituye un extremo de incumbencia subjetiva única del damnificado, empero el derecho no puede ocuparse de pretensiones fundadas en daños insignificantes, derivadas de una excesiva susceptibilidad. **B) Debe mediar lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de indemnización.** Así puede haber un damnificado directo y otro indirecto: el primero es la víctima del hecho dañoso y el segundo serán los sucesores de la víctima. **C) Debe ser causado por un tercero y subsistente**; esto es, que no haya sido reparado. **D) Debe mediar una relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño.** (subrayado no es original)¹²⁴

Se puede observar cómo la caracterización del daño en nuestro país destila su enfoque en la certitud, antijuridicidad y subsistencia del daño, no obstante, la Ley General de la Administración Pública, en su definición del daño, contempla la necesidad de que este sea evaluable e individualizable (propio): “Artículo 196.- En todo caso el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo”.¹²⁵

En consecuencia, parece existir plena concordancia entre la caracterización del daño realizada por la doctrina internacional y la aplicada por los tribunales costarricenses.

Ahora bien, con respecto a la clasificación del daño, nuestra jurisprudencia lo divide de la siguiente manera: i) daño material o patrimonial, ii) daño corporal, iii) daño moral (subjetivo y objetivo). El primero es definido por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia como “el que incide sobre las cosas o bienes materiales que conforman el patrimonio

¹²⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00714-2002; 18 septiembre 2002, 10:20 horas*, considerando, párr. 6, Nexus PJ.

¹²⁵ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, No. 6227: *Ley General de la Administración Pública*, [Aprobada 2 mayo, 1978]: art. 196, [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://pgrweb.go.cr)

de la persona”¹²⁶, es decir, es precisamente el daño directo al patrimonio de la persona. Por su parte, el segundo es el causado sobre la integridad corporal del damnificado, en su cuerpo físico. Según nuestra jurisprudencia, estos dos daños suelen estar ligados, toda vez que las lesiones físicas o corporales tienden, usualmente, a afectar el patrimonio del damnificado, ya sea con el pago de tratamientos médicos, gastos de hospitalización, medicamentos, terapias posteriores, entre otros.

Con respecto al daño moral o incorporeal, según la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2002)¹²⁷, se puede verificar cuando se lesiona el interés extrapatrimonial del damnificado. Al respecto, la jurisprudencia costarricense divide el daño moral en dos tipos: daño moral subjetivo y daño moral objetivo; el daño moral subjetivo es la lesión directa a un derecho extrapatrimonial, que perturba las condiciones anímicas del damnificado; mientras que, por su parte, el daño moral objetivo lesiona un derecho extrapatrimonial con consecuencias patrimoniales, que, por su naturaleza, son económicamente evaluables.

Según la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2002)¹²⁸, esta distinción es útil en tanto ayuda a separar el daño sufrido por la víctima en sociedad, como la pérdida de su buen nombre, honor, honestidad y credibilidad en el campo íntimo personal, como por ejemplo, la aflicción por la muerte de un ser querido. En consecuencia, uno se refiere al individuo como ser social, y el otro al damnificado como ser individual. De igual manera, en cuanto a la cuantía del daño moral subjetivo, tal y como ha sido *supra* citado por la doctrina internacional, no puede estructurarse ni demostrarse, por lo que su determinación queda al árbitro del juez (dentro de los márgenes de prudencia, razonabilidad, los principios generales del derecho y la equidad). En consecuencia, la falta de prueba del daño moral subjetivo no lo desmerita para fijar su importe.

Finalmente, con respecto a los llamados daños fisiológicos por la doctrina internacional, desde una perspectiva propia, es difícil distinguir esta figura del daño moral subjetivo, podría tratarse de una especie de “daño moral subjetivo futuro”, o bien, un daño emergente (lo cual

¹²⁶ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00714-2002; 18 septiembre 2002, 10:20 horas*, considerando, párr. 7, Nexus PJ.

¹²⁷ Ídem.

¹²⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00714-2002; 18 septiembre 2002, 10:20 horas*, considerando, párr. 7, Nexus PJ.

no sería posible porque le quitaría su naturaleza patrimonial); lo cierto es que los tribunales costarricenses se han mostrado renuentes a aceptar este tipo de daño como una “lesión al disfrute o al placer de la vida”, ya que usualmente se contempla en los daños morales subjetivos, o bien, en el daño psicológico, por lo que no solo se debe a su indeterminación como figura, sino también a su difícil cuantificación en el tiempo, máxime que su duración futura resulta ser incierta.

El nexo de causalidad

El nexo de causalidad es el ligamen existente entre la acción generadora y el daño, por lo que para que exista nexo de causalidad debe existir “causalidad adecuada”, la cual precisa determinar aquellos antecedentes de los cuales es posible deducir la obtención del resultado dañoso en cuestión, atendiendo a criterios de razonabilidad. Según el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (1961), la teoría de “causalidad adecuada” tiene su origen en la doctrina alemana y, según ella:

No todos los acontecimientos que concurren a la producción del daño y que son sus antecedentes revisten la calidad de causa, sino tan sólo aquellos que normalmente deberían producir el perjuicio, aunque no es indispensable que el hecho haya sido la causa exclusiva del daño; para que se tenga como tal basta aquel requisito de la normalidad de la consecuencia y que sin ese hecho el daño no se hubiera producido, es decir, que sea una *conditio sine qua non* del nacimiento del perjuicio; al exigir que el nexo entre el acontecimiento y el daño sea adecuado, se excluye el caso en que esa vinculación es simplemente fortuita u obedece a circunstancias extraordinarias.¹²⁹

De igual manera, según el Tribunal Segundo Civil (2016), la jurisprudencia usualmente se rige por los juicios de probabilidad de Von Kries para determinar la existencia de la causalidad adecuada, los cuales llaman a analizar si un hecho es resultado de otro, o si en realidad es un resultado probable, o bien, si es improbable; por lo que se debe dilucidar como causa solo aquellas conductas de las que se pueda esperar *a priori*, según el juicio de probabilidad, la producción del resultado dañoso.

Al respecto, también se ha referido el autor Garita Navarro (2020):

Un punto medular en este espacio es que la posibilidad de aplicación de un régimen compartido de responsabilidad pende de la existencia de **un nexo de causalidad entre la conducta del sujeto y el daño, sea, el inexorable marco relacional que debe imperar entre estos dos extremos, que permita imputarle parte de la**

¹²⁹ Instituto de Derecho Civil “Henocho D. Aguiar”. *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil* (Córdoba, Argentina: Universidad Nacional de Córdoba. [1961]), 150.

responsabilidad. Es decir, en cada caso, el juzgador debe examinar si se tiende un puente causal que vincule al sujeto con la lesión. Esto implica que la imputación solo será posible en aquellos casos en que la conducta que se atribuye al presunto co-responsable, **debe ser adecuada**, aun parcialmente, para generar el daño. Contrario sensu, pese haber incurrido en algún de comportamiento que pudiera considerarse dentro de los parámetros de imputación que estatuye el numeral 190 LGAP, sea, conducta lícita o ilícita, funcionamiento legítimo, ilegítimo, normal o anormal, **lo cierto del caso es que si per se no fue adecuada o determinante para ocasionar una lesión, no existe un nexo causal y por ende, no surge el deber compensatorio** que dimana del artículo 41 de la Carta Magna¹³⁰ (Subrayado es agregado)

En dicha mención, el citado autor refiere, una vez más, lo explicado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante el fallo 308- F-2006 *supra*:

A partir de ellas, el Juzgador puede deducir si dentro del cuadro fáctico particular, las acciones del Estado conllevan a su responsabilidad, por haberse asociado su funcionamiento a la generación de las lesiones. Dentro de un análisis del nexo de causalidad que debe asociar la conducta de la Administración al efecto lesivo a los derechos o intereses del particular, en el marco explicitado en los considerandos precedentes, **es de estimar si esta conducta administrativa (omisiva en la especie), puede considerarse como la causa adecuada que produjo por consecuencia y efecto derivado, el daño que se reclama.**¹³¹ (Subrayado es agregado)

En igual sentido, la Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia indicó lo siguiente:

Explicado lo anterior, se debe mencionar que, **el nexo causal** es un requisito sine qua non –necesario- para el determinar el surgimiento de la responsabilidad patrimonial, por lo que resulta imprescindible para efectuar el juicio de imputabilidad, y así atribuir el daño a quien lo causó, con base en la relación existente entre ambos, es decir, para que surja el deber de indemnizar es necesario que el daño pueda ser imputado a una persona distinta del damnificado. En los planos doctrinal y jurisprudencial, existen una serie de teorías que permiten determinar la causalidad, lo que ha producido distintas posiciones al respecto (equivalencia de condiciones y causa adecuada). En relación con este aspecto, esta Sala, ha desarrollado la concepción de la causalidad eficiente y adecuada, en ese sentido ha resuelto lo siguiente: "**El nexo causal como presupuesto de responsabilidad. La diversa tipología de las causas. (...) Al respecto cabe recordar que en la producción del daño, suelen concurrir con frecuencia múltiples factores, dentro de los cuales es preciso determinar aquellos que directa o indirectamente son causa eficiente y adecuada del mal causado** (sobre la causa próxima, adecuada y eficiente, puede consultarse la sentencia ya citada

¹³⁰ José Roberto Garita Navarro, “Comentarios Sobre Responsabilidad Objetiva de la Administración Pública. Análisis Jurisprudencial,” *Temas Jurisprudenciales*, consultado 20 marzo, 2020, pág. 21-22, [Sala Primera - Sala Primera \(poder-judicial.go.cr\)](http://SalaPrimera-SalaPrimera(poder-judicial.go.cr)).

¹³¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000308-F-2006; 25 mayo 2006, 10:30 horas*, considerando, párr. 14, Nexus PJ.

de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. N° 252-F-01, de las 16 horas 15 minutos del 28 de marzo del 2001). En esa confluencia de elementos fácticos o jurídicos que rodean la situación dañosa, habrá necesidad de **establecer la acción u omisión apta que provocó la consecuencia**; desplazando aquéllas que no han tenido ninguna influencia en el resultado (causas extrañas), de las que, de no haber tenido lugar, hubiesen evitado el menoscabo. Se trata de una especie de análisis objetivo, a través de la cual se pueda afirmar que con tal acción u omisión es lógico o probable que se produzca el daño específico¹³² (Subrayado es agregado)

Es claro que el régimen de responsabilidad preeminente objetiva de la Administración Pública precisa no solamente los criterios de imputación *supra* citados, sino que además exige la coexistencia de tres requisitos yuxtapuestos: acción generadora, daño y nexo causal entre ellos (causalidad adecuada y suficiente), por lo que, en caso de probarse su configuración en el caso concreto (y determinarse el criterio de imputación consecuente) la Administración deberá necesariamente indemnizar al damnificado. No obstante, existen tres supuestos bajo los cuales se romperá el nexo causal, por lo que la indemnización dejará de ser procedente, los llamados eximentes de responsabilidad que se explicarán a continuación.

d. Eximentes de responsabilidad

Los eximentes de responsabilidad son contemplados en el artículo 190, inciso primero de la Ley General de la Administración Pública *supra* citado, y son definidos como fuerza mayor, culpa de la víctima y hecho de un tercero: “Artículo 190, inciso 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.**”¹³³ (subrayado no es original).

Tales eximentes rompen el nexo de causalidad referido en el apartado anterior, por lo que la conducta atribuida a la Administración se descarta como conducta generadora del daño. Al respecto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

En cuanto a la causalidad, es menester indicar que se trata de una valoración casuística realizada por el juzgador en la cual, con base en los hechos, determina la existencia de relación entre el daño reclamado y la conducta desplegada por el agente económico. Si bien existen diversas teorías sobre la materia, la que se ha considerado más acorde con el régimen costarricense es la de causalidad adecuada, según la cual existe una vinculación

¹³² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 001261-F-2019; 11 julio 2019, 11:30 horas*, considerando, párr. 3, Nexus PJ.

¹³³ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *No. 6227: Ley General de la Administración Pública*, [Aprobada 2 mayo, 1978]: art. 190, Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr)

entre daño y conducta cuando el primero se origine, si no necesariamente, al menos con una alta probabilidad según las circunstancias específicas que incidan en la materia, de la segunda (en este sentido, pueden verse, entre otras, las resoluciones 467-F-2008 de las 14 horas 25 minutos del 4 de julio de 20085, o la 1008-F-2006 de las 9 horas 30 minutos del 21 de diciembre de 2006). En este punto, es importante aclarar que **la comprobación de las causas eximentes (culpa de la víctima, de un hecho de tercero o la fuerza mayor), actúa sobre el nexo de causalidad, descartando que la conducta atribuida a la parte demandada fuera la productora de la lesión sufrida** (subrayado no es original)¹³⁴

Sin embargo, existen causales de **exención de responsabilidad total o parcial, cuya acreditación por parte del demandado implica la ruptura del nexo causal. Según lo dispone el ordinal 190 de la LGAP, son: a) fuerza mayor, como hecho inevitable de la naturaleza, extraño y exterior; b) hecho de un tercero, en tanto es producido por la acción u omisión de un sujeto totalmente ajeno a la relación triangular entre Administración-funcionario-afectado; c) culpa de la víctima, en la medida en que es el propio sujeto pasivo del daño, quien produce –por negligencia o imprudencia inexcusable- la lesión, o se coloca en posición propicia para ello.** (subrayado no es original)¹³⁵

En consecuencia, tal y como lo refiere la jurisprudencia *supra*, las causas eximentes de responsabilidad contempladas en el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública pueden eliminar la responsabilidad total o parcialmente, siempre que sean debidamente acreditadas. De ello deviene la importancia de detallar cada una de forma específica, tal y como se realiza a continuación:

Fuerza mayor

El doctrinario Víctor Pérez Vargas (1984)¹³⁶ define la fuerza mayor como un hecho de la naturaleza previsible por el hombre, pero a su vez inevitable. Por su parte, Eduardo Ortiz Ortiz (1976)¹³⁷ la define como una fuerza absoluta y totalmente irresistible.

Tales definiciones destilan una de las características más importantes de esta figura: su imprevisibilidad, que, sin duda, es determinante para comprender por qué se contempla como eximente de responsabilidad para la Administración Pública. Como lo explica Eduardo Ortiz Ortiz (1976), la fuerza mayor se considera un excluyente de la causalidad (entendida

¹³⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00300-2009; 26 marzo 2009, 11:25 horas*, considerando, párr. 3, Nexus PJ.

¹³⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00844-2016; 11 agosto 2016, 10:10 horas*, considerando, párr. 6, Nexus PJ.

¹³⁶ Víctor Pérez Vargas, *Principios de Responsabilidad Civil Extracontractual* (San José, Costa Rica, 1984), 88

¹³⁷ Eduardo Ortiz Ortiz, *Derecho Administrativo. Tomo 2. Tesis XXIV* (San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 1976), 123.

como la conducta del responsable tendiente a causar el daño), toda vez que hace que intervenga una causa ajena a la voluntad del sujeto, por lo que desplaza su acción y se convierte en el origen del daño. En el mismo sentido, la Procuraduría General de la República (1999)¹³⁸ indica que la fuerza mayor es una causal de inimputabilidad del daño a la Administración, que se puede precisar como consecuencia imprevisible dentro de las actividades desarrolladas con normalidad, tanto por el funcionario como por la Administración. Esta fuerza se caracteriza no solo por ser imprevisible, sino también irresistible e inevitable, “Fuerza mayor significa aquel hecho imprevisible, o irresistible, totalmente externo a la cosa o la empresa del responsable, ajena a los riesgos normales creados por la empresa dentro de los cuales éstas, por su propio giro, se desenvuelven”¹³⁹.

Por su parte, Jiménez Bolaños (2010)¹⁴⁰ ha determinado las características de la figura desde su análisis doctrinario, llegando a la conclusión de que la fuerza mayor es: (i) un hecho de la naturaleza o externo, (ii) imprevisible, y, en caso de que pudiera preverse, (iii) insuperable. Tales características son confirmadas por el doctrinario Jesús González Pérez, en su análisis de la figura, donde delimita a la fuerza mayor como:

Aquel suceso que está fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse, o que previsto fuera inevitable, que haya causado un daño material directo que exceda visiblemente los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia y trascendencia de la manifestación, el suceso imposible de prever o inevitable de enervar¹⁴¹

En el mismo sentido, la Procuraduría General de la República (1999)¹⁴² ha proporcionado algunos ejemplos de hechos que pueden citarse como “típicos” de fuerza mayor: los fenómenos atmosféricos y naturales como terremotos, tempestades, inundaciones, lluvias, crecidas, rayos e incendios.

¹³⁸ Procuraduría General de la República. “Dictamen: C-052-1999.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica 16 marzo 1999*. Consultado 15 agosto, 2020, párr. 2, [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://www.pgrweb.go.cr).

¹³⁹ Eduardo Ortiz Ortiz, *Derecho Administrativo. Tomo 2. Tesis XXIV*, (San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 1976), 123.

¹⁴⁰ Jorge Jiménez Bolaños, “Caso fortuito y fuerza mayor diferencia,” *Revista de Ciencias Jurídicas* no. 123, (setiembre-diciembre, 2010): 90.

¹⁴¹ Jesús González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, (Madrid, España: Editorial Civitas, 1996), 289.

¹⁴² Procuraduría General de la República. “Dictamen: C-052-1999.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica 16 marzo 1999*. Consultado 15 agosto, 2020, párr. 5, [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://www.pgrweb.go.cr).

Asimismo, es menester aclarar que la figura de fuerza mayor es constantemente confundida con la de caso fortuito, entendida como “una falta de servicio que se ignora”¹⁴³, lo anterior se debe a que se trata de una “causa indeterminada e interior que se caracteriza por estar directamente conectado al objeto dañoso, a su constitución, a su naturaleza íntima, al funcionamiento mismo de la empresa o servicio que se integra ese objeto”¹⁴⁴. Esto quiere decir que, tal y como le explica Jiménez Bolaños (2010)¹⁴⁵, el caso fortuito es un hecho humano, imprevisible (aun siendo diligente), que se origina en una empresa o círculo cerrado.

Al respecto, el tratadista Brenes Córdoba ha manifestado:

Con las palabras caso fortuito o fuerza mayor se designa el impedimento que sobreviene para cumplir la obligación, debido a un suceso extraordinario ajeno al deudor, aunque pudiera establecerse cierta diferencia entre el significado de ambas expresiones, en la práctica carecería de utilidad, pues las leyes modernas, al igual de las romanas, emplean indistintamente una u otra en el sentido de impedimento insuperable. Conforme a su significado originario caso fortuito alude a la circunstancia de ser cosa imprevista y fuerza mayor a la de ser insuperable¹⁴⁶

No obstante lo anterior, la doctrina a lo largo del tiempo se ha encargado de delimitar estos conceptos, señalando acertadas diferencias que ayudan a comprender su incorporación o exclusión como eximente de responsabilidad en las diversas ramas del derecho, verbigracia, desde el Derecho Público y, propiamente, desde el derecho administrativo, la distinción de ambos cobra vital importancia, máxime en un Estado como el nuestro, cuyo régimen general de responsabilidad ha desplazado la idea de culpa¹⁴⁷ para centrarse en el daño, la conducta generadora y el nexo causal entre ambos. Es por lo anterior que, al ser la fuerza mayor capaz de destruir la relación de causalidad, abriendo paso a una posible exoneración de la Administración Pública frente al pago de los daños, es considerada como eximente de responsabilidad; por el contrario, el caso fortuito, al basarse en criterios subjetivos

¹⁴³ Ídem.

¹⁴⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*. (Madrid, España: Editorial Civitas, 1977) 335.

¹⁴⁵ Jorge Jiménez Bolaños, “Caso fortuito y fuerza mayor diferencia,” *Revista de Ciencias Jurídicas* no. 123, (setiembre-diciembre, 2010): 90.

¹⁴⁶ Alberto Brenes Córdoba, *Tratado de las Obligaciones*, (San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1984), 108.

¹⁴⁷ Desde el punto de vista del derecho común al existir un sistema de responsabilidad sustentado en la culpa, la distinción puede perder relevancia, toda vez que tal y como lo explica Brenes Córdoba (1984), bajo ninguno de los dos supuestos se puede imputar el daño a un autor determinado o determinable.

inimputables a los entes públicos en calidad de personas jurídicas, es incapaz de romper la causalidad que permite que la Administración Pública sea responsable; no obstante, sí podría tomarse en cuenta al tratarse de la responsabilidad del funcionario.

De igual manera, en cuanto a la carga de la prueba de la fuerza mayor, esta corresponde a la Administración Pública, por lo que, en caso de desconocerse la prueba, la doctrina y la jurisprudencia lo han entendido como un caso fortuito insuficiente para romper el nexo de causalidad. En el mismo sentido, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda indicó:

La fuerza mayor justificante de una actuación excepcional de la Administración debe existir como tal, por lo que no es suficiente para justificar el accionar administrativo que se alegue su existencia. Por el contrario, debe existir tal como se ha alegado. En ese sentido, se aplica lo dispuesto en el artículo 133.-1 de la Ley General de la Administración Pública: ‘El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto’. Es claro que de alegar la Administración una fuerza mayor sin que ésta exista se configuraría uno de los supuestos de invalidez absoluta del acto administrativo, en cuanto faltaría totalmente uno de sus elementos constitutivos (doctrina del artículo 166 de la Ley General de la Administración Pública)¹⁴⁸.

Finalmente, es menester aclarar que, tal y como lo aclara el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda (1993), el deber de actuar de la Administración y del funcionario corren una suerte de suspensión, siempre y cuando se encuentre vigente la fuerza mayor, por lo que, en caso de que esta haya cesado, la obligación vuelve a tener cabida; en definitiva, la fuerza mayor no constituye patente de curso para el incumplimiento de las obligaciones administrativas cuando sea posible su realización, por haber cesado el obstáculo de fuerza mayor.

En consecuencia, la fuerza mayor es contemplada como eximente de responsabilidad para la Administración Pública, en tanto se trata de un evento externo, imprevisible e insuperable, que rompe la cadena de causalidad necesaria para el surgimiento de la responsabilidad preeminentemente objetiva de la Administración, convirtiéndose en esta en la conducta generadora del daño que desplaza la actuación administrativa. Lo anterior,

¹⁴⁸ Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, *Ordinario de conocimiento: res. 108-1993; 26 mayo 1993, 09:40 horas*, considerando, párr. 7, Nexus PJ.

siempre que esta sea debidamente probada y se encuentre vigente al momento de la exigibilidad de la obligación de la Administración o de sus funcionarios.

Culpa de la víctima

La culpa de la víctima también es contemplada en la Ley General de la Administración Pública como un eximente de responsabilidad administrativa, la cual es explicada por Ortiz Ortiz (1976)¹⁴⁹ como una causa exoneratoria de responsabilidad, en tanto la víctima participe en mayor o menor medida en la producción del daño. Asimismo, afirma que la jurisprudencia ha mantenido esta causa incluso en casos en los que la falta de la víctima era mínima, pero también ha declarado corresponsable a la Administración aun en casos donde la víctima es mayormente culpable que la Administración.

De igual manera, nuestra jurisprudencia ha definido la culpa de la víctima como “la medida en la que es el propio sujeto pasivo del daño, quien produce -por negligencia o imprudencia inexcusable- la lesión, o se coloca en posición propicia para ello”¹⁵⁰. En este supuesto, sucede lo mismo que en la fuerza mayor, toda vez que se rompe el nexo causal necesario para responsabilizar a la Administración Pública sobre una conducta en específico:

La culpa de la víctima se ha desarrollado al propósito de la relación de causalidad, entendiendo por esta la relación de causa-efecto entre el hecho que se le imputa a la Administración y el sano producido. Lo anterior por cuanto ya la causa directa y exclusiva del daño no se le puede imputar única y exclusivamente a la Administración debido a la intervención de la víctima¹⁵¹

No obstante, en la práctica parece no ser tan pacífica la utilización de esta figura como eximente de responsabilidad para la Administración Pública, toda vez que pueden existir varias conductas que desarrollen una culpa concurrente. Al respecto, la Procuraduría General de la República (1997)¹⁵² ha manifestado que la culpa de la víctima debe analizarse atendiendo a la medida en que concurrió generando el daño (conjunta o primordialmente), y

¹⁴⁹ Eduardo Ortiz Ortiz, *Derecho Administrativo. Tomo 2. Tesis XXIV*, (San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 1976), 123.

¹⁵⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000584-F-2005; 11 agosto 2005, 10:40 horas*, considerando, párr. 9, Nexus PJ.

¹⁵¹ Procuraduría General de la República. “Dictamen: C-052-1999.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica 16 marzo 1999*. Consultado 15 agosto, 2020, párr. 2, [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr)).

¹⁵² Procuraduría General de la República. “Dictamen: C-175-1997.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica 18 setiembre 1997*. Consultado 20 setiembre, 2020, párr. 9, [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr))

que, en caso de que este punto no esté claro, se deberá determinar la proporción en la que concurrieron cada una de ellas y, con base en ella, proceder con los montos indemnizatorios.

De igual manera, la Procuraduría General de la República (1977)¹⁵³ ha determinado que tal concurrencia se identifica al determinar que ambas responsabilidades tienen un mismo objeto y acreedor, por lo que es posible que se presente entre un ente público y un sujeto de derecho privado, o bien, entre varios entes públicos representados por distintas personas jurídicas en virtud de la descentralización.

Un ejemplo de esta figura se puede constituir cuando un vehículo particular colisiona con uno de la Administración, bajo la salvedad de que el administrado conducía ebrio y sin licencia. En este supuesto, la colisión es originada por la absoluta negligencia de la víctima, rompiendo cualquier nexo causal posible entre el daño y la conducta pública. Sin embargo, si el vehículo de la Administración iba conduciendo a altas velocidades e irrespetando señales viales, podría existir una suerte de culpa concurrente entre la víctima y la Administración.

En consecuencia, la culpa de la víctima se constituye como eximente de responsabilidad para la Administración Pública, toda vez que es capaz de romper el nexo de causalidad que permite responsabilizar a la Administración, lo anterior en virtud de que el daño pasa a tener su origen en el seno de la actuación de la propia víctima, desplazando la conducta administrativa. No obstante, esto únicamente ocurre bajo el supuesto de que medie culpa exclusiva de la víctima, porque en caso de concurrencia de culpas, la Administración será responsable en la medida en la que participe en la generación del daño.

Hecho de un tercero

Finalmente, el hecho de un tercero es el última eximente de responsabilidad administrativa contemplada en el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, el cual ha sido definido por Ortiz Ortiz (1976)¹⁵⁴ como un hecho extraño a la empresa, que puede utilizarse con el objetivo de exonerar de responsabilidad, de la misma manera que la fuerza mayor común.

¹⁵³ Ídem.

¹⁵⁴ Eduardo Ortiz Ortiz, *Derecho Administrativo. Tomo 2. Tesis XXIV*, (San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 1976), 127.

Según el autor, este eximente solo es equiparable a la fuerza mayor en tanto se compruebe que es la causa del daño, y que, es un hecho imprevisible e inevitable. De igual manera, debe entenderse por *tercero* a toda persona distinta de las partes en un contradictorio, o bien, en una relación obligacional de responsabilidad.

Al respecto, la Procuraduría General de la República (1997)¹⁵⁵ ha indicado que se trata de un hecho de un tercero en tanto se trate de una persona (física o jurídica) ajena a la Administración Pública, es decir, que no tenga ningún vínculo de subordinación, y que se trate de un accionar con la magnitud suficiente para mermar o restringir cualquier consideración contra la Administración. En tales supuestos, la Procuraduría General de la República ha sostenido que no cabe ningún tipo de indemnización o resarcimiento que sea imputable a la Administración, ni del que esta deba responsabilizarse. El ejemplo por antonomasia de esta figura es cuando un vehículo particular provoca que la víctima colisione con un vehículo de la Administración, pues, en ese momento una persona ajena (conductor de un vehículo particular), interviene mermando o eliminando cualquier responsabilidad que pudiera tener la Administración frente al suceso.

Desde la perspectiva de Ortiz Ortiz, esta figura es poco usual en cuanto a la responsabilidad administrativa, toda vez que, cuesta mucho que se den las condiciones para que tenga lugar en el seno de la Administración Pública:

Se trata de un evento poco usual, pues la mayoría de los administrados tiene reducida oportunidad de causar un daño en relación con el funcionamiento u organización de la Administración Pública, que más bien los incorpora a su seno como usuarios o sujetos pasivos de su autoridad. En esta hipótesis del usuario, y en general de aquel que guarda una relación de supremacía especial con la Administración, no hay tercero, la Administración es plenamente responsable ante el damnificado por los daños que pueda causar el usuario de sus servicios o el administrado sujeto a la supremacía especial que le es propia.¹⁵⁶

En consecuencia, el hecho de un tercero se configura como eximente de responsabilidad administrativa, en tanto es capaz de romper el nexo de causalidad que obliga a la Administración a reparar los daños causados a la víctima, lo anterior bajo el supuesto de

¹⁵⁵ Procuraduría General de la República. “Dictamen: C-175-1997.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica* 18 setiembre 1997. Consultado 20 setiembre, 2020, párr. 2, [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr))

¹⁵⁶ Eduardo Ortiz Ortiz. *Derecho Administrativo. Tomo 2. Tesis XXIV*, (San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 1976), 127.

que se compruebe que el origen del daño es externo y completamente ajeno a la Administración Pública en cuestión, y que no existe ningún tipo de vínculo ni subordinación entre el tercero generador del daño y la Administración.

e. Supuestos varios de responsabilidad para la Administración Pública

Responsabilidad por omisión

Tal y como lo ha indicado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2005), la conducta administrativa también contempla el comportamiento omisivo de la Administración Pública, es decir, el llamado “no hacer” de la conducta pública. Según Bustamante (1989)¹⁵⁷, esta conducta omisiva consiste en la abstención de un acto, de una intervención o de una iniciativa que es de carácter obligatorio para la Administración y sus funcionarios. Tal inactividad ha sido examinada tanto en su vertiente formal como en su vertiente material, siendo la primera causada por un silencio administrativo que logra revertir un acto presunto, y la segunda una omisión prestacional dentro de la organización administrativa.

Tal y como lo indica la Sala Primera, la inactividad material que se origina en una omisión respecto de una obligación preestablecida, es producida cuando la Administración Pública incumple un deber impuesto por el ordenamiento jurídico o por otro instrumento que la compele (instrumentos consensuales, actos propios, etc.), al omitir una acción o conducta cuya realización le resultaba exigible. Al respecto:

Hay inactividad de este tipo cuando existiendo para el ente u órgano público una obligación de dar o hacer impuesta por el ordenamiento jurídico o por una previa decisión suya, fuera o dentro de in procedimiento administrativo, no se despliega la debida actividad fáctica o jurídica que lleve a buen término la función otorgada, con detrimento de los derechos o intereses de uno o varios sujetos pasivos, ya sean privados o públicos, individuales o colectivos.¹⁵⁸

La Sala Primera afirma que se trata de una especie de “*culpa in ommittendo*” que surge con incumplimiento del deber de actuar, la cual, usualmente, produce lesiones más graves que la propia actuación restrictiva del órgano o del ente, por lo que la Administración Pública

¹⁵⁷ Álvaro Bustamante Ledesma, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*, (Bogotá, Colombia: Leyer, 1998), 228.

¹⁵⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000584-F-2005; 11 agosto 2005, 10:40 horas*, considerando, párr. 7, Nexus PJ.

es responsable por aquellos daños o perjuicios que pueda causar su inercia e inactividad administrativa.

Ahora bien, en lo que respecta a los criterios de imputación, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

Esa pasividad frente al cumplimiento de obligaciones preexistentes se enmarca, para efectos de la responsabilidad civil extracontractual, como funcionamiento anormal de la Administración (en tanto se corresponda con una actividad material debida) y con una conducta ilegítima, que para este caso puede ser concurrente, en la medida en que el cumplimiento de lo debido no solo atenta contra las reglas de buena administración, sino que infringe la juridicidad en tanto incumple las potestades administrativas que dimanar del propio Ordenamiento Jurídico.¹⁵⁹

En consecuencia, es posible afirmar que la omisión administrativa puede ser ilegítima, en cuanto al incumplimiento del deber de actuar interpuesto por el ordenamiento jurídico (conducta formal), lo cual provoca, a su vez, una contrariedad al principio de legalidad; y anormal, en tanto la desatención de la conducta material exigida en su actividad prestacional, contraria a los principios de la “buena administración”. Ambos supuestos son capaces de generar responsabilidad administrativa, toda vez que “la omisión, como forma de anormalidad en el funcionamiento administrativo, constituye una fuente de imputación que en tanto sea la causa generadora de una lesión, impone el deber compensatorio”¹⁶⁰.

Responsabilidad del funcionario

El papel del funcionario público en nuestro país es de vital importancia, pues es aquel que se relaciona de manera personal y directa con los administrados, por acto de investidura y a cambio de un salario. En consecuencia, el funcionario debe cumplir con los deberes asociados a su cargo, así como atender al deber de probidad, ética, transparencia y buena fe.

Nuestra Constitución Política, en su artículo 11, ha contemplado el *principio de legalidad*, mediante el cual limita el accionar del funcionario y de la Administración en el ejercicio de poder frente al administrado:

¹⁵⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000584-F-2005; 11 agosto 2005, 10:40 horas*, considerando, párr. 7, Nexus PJ.

¹⁶⁰ José Roberto Garita Navarro, “Comentarios Sobre Responsabilidad Objetiva de la Administración Pública. Análisis Jurisprudencial,” *Temas Jurisprudenciales*, consultado 20 marzo, 2020, 6, [Sala Primera - Sala Primera \(poder-judicial.go.cr\)](http://SalaPrimera-SalaPrimera(poder-judicial.go.cr)).

Artículo 11.-Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.¹⁶¹

De igual manera, este principio también es contemplado en el artículo 11, inciso 1, de la Ley General de la Administración Pública:

Artículo 11. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes¹⁶²

Asimismo, la Ley General de Administración Pública, en los artículos 212 y 213 de la Ley General de Administración Pública, establecen la responsabilidad del funcionario:

Artículo 212.-Cuando el incumplimiento de la función se haya realizado en ejercicio de una facultad delegada, el delegante será responsable si ha incurrido en culpa grave en la vigilancia o en la elección del delegado.¹⁶³

Artículo 213.-A los efectos de determinar la existencia y el grado de la culpa o negligencia del funcionario, al apreciar el presunto vicio del acto al que se opone, o que dicta o ejecuta, deberá tomarse en cuenta la naturaleza y jerarquía de las funciones desempeñadas, entendiéndose que cuanto mayor sea la jerarquía del funcionario y más técnicas sus funciones, en relación al vicio del acto, mayor es su deber de conocerlo y apreciarlo debidamente.¹⁶⁴

Las normas indicadas refieren a la responsabilidad del funcionario por delegación de funciones y por jerarquía, pudiéndose derivar de ellas las máximas jurídicas aplicables al

¹⁶¹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *No. 0: Constitución Política de la República de Costa Rica*, [Aprobada 7 noviembre, 1949]: art. 11, [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr))

¹⁶² Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *No. 6227: Ley General de la Administración Pública*, [Aprobada 2 mayo, 1978]: art. 11, [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr)).

¹⁶³ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *No. 6227: Ley General de la Administración Pública*, [Aprobada 2 mayo, 1978]: art. 212, [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr)).

¹⁶⁴ *Ibid.*, 213.

régimen, verbigracia “ante mayor jerarquía mayor responsabilidad”, o “se delega la función más no la responsabilidad”.

En el mismo sentido, el artículo 211 del mismo texto normativo establece la responsabilidad disciplinaria del funcionario y su sujeción al ordenamiento, haya actuado con dolo o con culpa, así como la responsabilidad del superior ante las conductas delegadas al funcionario de menor jerarquía:

Artículo 211.

1. El servidor público estará sujeto a responsabilidad disciplinaria por sus acciones, actos o contratos opuestos al ordenamiento, cuando haya actuado con dolo o culpa grave, sin perjuicio del régimen disciplinario más grave previsto por otras leyes
2. El superior responderá también disciplinariamente por los actos de sus inmediatos inferiores, cuando él y estos últimos hayan actuado con dolo o culpa grave.
3. La sanción que corresponda no podrá imponerse sin formación previa de expediente, con amplia audiencia al servidor para que haga valer sus derechos y demuestre su inocencia.¹⁶⁵

No obstante, la responsabilidad disciplinaria es solamente un tipo de responsabilidad a la que puede exponerse el funcionario público, toda vez que existen otras clases. Según Montiel Castillo (2014)¹⁶⁶, hay cinco tipos de posible responsabilidad para el funcionario: *i*) la Responsabilidad Civil, que es producida cuando el funcionario con dolo o culpa grave produce un daño a la Administración y al administrado. Se trata de una responsabilidad patrimonial, por lo que el funcionario debe afrontar el deber de reparación con sus bienes.

ii) La Responsabilidad Administrativa es generada en el propio seno de la Administración, esta se origina en el momento en el que se determina la apertura de un procedimiento administrativo sancionatorio y termina cuando el acto final que sanciona al funcionario queda firme; *iii*) la Responsabilidad por Delegación, establecida en el artículo

¹⁶⁵ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, No. 6227: *Ley General de la Administración Pública*, [Aprobada 2 mayo, 1978]: art. 212, *Sistema Costarricense de Información Jurídica* (pgrweb.go.cr).

¹⁶⁶ Federico Montiel Castillo, “La responsabilidad del funcionario público en la Ley General del Control Interno,” *Revista Nacional de Administración* no. 1, (enero-junio, 2014): 75. Consultado 11 junio 2020. [Vista de La responsabilidad del funcionario público en la Ley General del Control Interno | Revista Nacional de Administración \(uned.ac.cr\)](http://Vista de La responsabilidad del funcionario público en la Ley General del Control Interno | Revista Nacional de Administración (uned.ac.cr)).

212 de la Ley General de Administración Pública, la cual tiene lugar cuando un superior delega en un inferior una labor, quien tiene el deber de fiscalizar y supervisar la tarea, pues se delega la función, más nunca la responsabilidad. Este es un tipo de responsabilidad de carácter personal para el superior.

iv) La Responsabilidad Penal se origina cuando la conducta del funcionario está tipificada en una norma penal que incorpora delitos como el peculado, la administración fraudulenta, el cohecho (propio e impropio), malversación de fondos, entre otros. En estos casos, la Administración debe interponer la denuncia ante el Ministerio Público y organismos auxiliares. v) La Responsabilidad Disciplinaria que se origina de la relación entre el funcionario y su patrono. Es distinta de la responsabilidad administrativa pues esta no recae sobre la esfera patrimonial, por el contrario, recae únicamente sobre la disciplina del trabajador. En este tipo de responsabilidad aplica el Reglamento Interior de Trabajo de cada institución, o bien, el Código de Trabajo supletoriamente.

Sin embargo, es de criterio propio que tanto la responsabilidad disciplinaria como la llamada “responsabilidad por delegación”, no son más que subclasificaciones de la responsabilidad administrativa del funcionario propiamente, contemplada en los artículos 212 y 213 de la Ley General de la Administración Pública. Es decir, las únicas clasificaciones verdaderamente independientes, tanto en motivo como en jurisdicción, son la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, por lo que desde el derecho administrativo podría afirmarse que el funcionario público será responsable por sus actuaciones formales o materiales (sean propias o delegadas), atendiendo a la naturaleza y jerarquía de sus funciones, pudiéndose originar responsabilidad disciplinaria en el seno mismo de la Administración, responsabilidad patrimonial ante terceros, o bien, responsabilidad civil o penal en las sedes correspondientes.

En consecuencia, la responsabilidad del funcionario extraída del principio de legalidad limita el accionar de los funcionarios públicos frente a los administrados y les exige sujetarse al ordenamiento jurídico durante el ejercicio de sus funciones, de lo contrario, serán sancionados y/o deberán responder con su patrimonio propio ante los daños causados a los administrados. A pesar de que la responsabilidad administrativa en todas sus manifestaciones

es la mayormente mencionada cuando se habla de responsabilidad del funcionario, no pueden dejarse de lado los otros tipos de responsabilidad que pueden originarse de su accionar, tales como la responsabilidad civil y la responsabilidad penal.

Responsabilidad solidaria

Ahora bien, el artículo 199 de la Ley General de la Administración Pública norma la responsabilidad de los funcionarios ante terceros, en casos de dolo o culpa grave en el desempeño de sus funciones o con ocasión de sus deberes:

Artículo 199.-

1. 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.
2. Estará comprendido en tales casos el funcionario que emitiera actos manifiestamente ilegales, y el que los obedeciere de conformidad con esta ley.
3. Habrá ilegalidad manifiesta, entre otros casos, cuando la Administración se aparte de dictámenes u opiniones consultivos que pongan en evidencia la ilegalidad, si posteriormente se llegare a declarar la invalidez del acto por las razones invocadas por el dictamen.
4. La calificación de la conducta del servidor para los efectos de este artículo se hará sin perjuicio de la solidaridad de responsabilidades con la Administración frente al ofendido.¹⁶⁷

Asimismo, el inciso 4 de la norma *supra* citada, contempla la responsabilidad solidaria de la Administración ante terceros, la cual también se desprende directamente del artículo 201, que reza: “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”.¹⁶⁸

En consecuencia, siempre que se encuentre dentro de los supuestos del artículo 199, la Administración Pública será responsable solidariamente, junto con el funcionario, por el

¹⁶⁷ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, No. 6227: *Ley General de la Administración Pública*, [Aprobada 2 mayo, 1978]: art. 199, [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr)).

¹⁶⁸ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, No. 6227: *Ley General de la Administración Pública*, [Aprobada 2 mayo, 1978]: art. 201, [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr)).

pago de la indemnización que su accionar origine frente al administrado. Cabe destacar que los criterios subjetivos referidos (dolo y culpa) únicamente se aplican en la relación existente entre el funcionario y el servicio, así como en sus deberes frente a los administrados, no así a la responsabilidad de la Administración propiamente, que conserva su corte preeminentemente objetivo:

En efecto, la responsabilidad que se comenta es de corte preeminentemente objetivo, con lo cual, se prescinde, en principio, de factores subjetivos (dolo o culpa) como factores relevantes en la determinación de los criterios de imputación a la Administración como centro de autoridad. Con todo, el funcionario, en el contenido de su relación de servicio, tiene obligaciones frente a los destinatarios de los actos que adopta en el marco de sus competencias. Es en esta línea donde aplican esos factores subjetivos aludidos, los que además serían relevantes en el proceso de distribución interna de responsabilidad.¹⁶⁹

Cabe señalar, tal y como lo indica Garita Navarro (2020)¹⁷⁰, que según el artículo 191 de la Ley General de la Administración Pública *supra* citado, la Administración, bajo un sistema indirecto, responde solidariamente por los actos y omisiones de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo, considerando los medios que le brinda la Administración.

En el numeral 199 viene a definirse la responsabilidad del servidor ante terceros. Se advierte que éste es "responsable personalmente" ante terceros cuando 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. Sin embargo, la Administración Pública es solidariamente responsable, debiendo recobrar plenariamente lo pagado por ella para responder del hecho doloso o culposo grave. La recuperación administrativa deberá incluir los daños y perjuicios causados por la erogación respectiva (art. 203).¹⁷¹

Lo anterior ha sido denominado criterio de ocasionalidad causal, toda vez que los medios que pone la Administración al servicio del funcionario son propiamente los móviles del daño, pues, de no existir, el agente público no hubiera podido llevar a cabo el hecho generador del menoscabo causado.

¹⁶⁹ José Roberto Garita Navarro, "Comentarios Sobre Responsabilidad Objetiva de la Administración Pública. Análisis Jurisprudencial," *Temas Jurisprudenciales*, consultado 20 marzo, 2020, 37-38, Sala Primera - Sala Primera (poder-judicial.go.cr).

¹⁷⁰ Ídem.

¹⁷¹ Procuraduría General de la República. "Dictamen: C-050-1992." *Sistema Costarricense de Información Jurídica 16 marzo 1992*. Consultado 11 octubre, 2020, párr. 2, Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr).

De igual manera, tal y como lo refiere Garita Navarro (2020), la Administración también tiene un deber de vigilancia respecto de las actuaciones de los funcionarios bajo su cargo (culpa *in vigilando* explicada *supra*), por lo que la Administración siempre será responsable solidariamente, a menos que la falta sea personal pura, es decir, que sea completamente separada del servicio, lo cual no se presenta con regularidad, pues “se ha considerado que detrás de toda falta personal se oculta una falta de servicio, referible a la Administración (en su dimensión impura)”¹⁷².

En conclusión, atendiendo a los artículos 199 y 201 de la Ley General de la Administración Pública, los funcionarios públicos son responsables ante terceros por las acciones u omisiones que realizan con dolo o culpa grave durante el ejercicio de sus funciones, y, junto con ellos, la Administración será solidariamente responsable por los daños que estos causen bajo los supuestos contemplados en el artículo 199. Adicionado a esto, se ha comprendido que esta solidaridad responde a los medios proporcionados por la Administración al funcionario, que trabajan como móviles para la concreción de la conducta lesiva, así como al deber de vigilancia de la Administración frente a las acciones u omisiones de sus agentes. En resumen, la única manera de excluir la responsabilidad solidaria de la Administración es probar la falta pura del funcionario.

iv. Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por conducta médica

Ahora bien, dentro del marco de estudio de la responsabilidad atribuible a la Administración Pública, cobra particular importancia para la presente investigación la responsabilidad administrativa por conducta médica, la cual ha sido tratada de forma recurrente, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, constituyéndose en la base teórica de la figura de la iatrogenia, por lo que su referencia es tan pertinente como necesaria.

La responsabilidad atribuible a la Administración Pública por conducta médica no es un fenómeno jurídico exclusivamente desarrollado en Costa Rica, por el contrario, países como Francia, España y Argentina han sido pioneros en el desarrollo de la responsabilidad

¹⁷² José Roberto Garita Navarro, “Comentarios Sobre Responsabilidad Objetiva de la Administración Pública. Análisis Jurisprudencial,” *Temas Jurisprudenciales*, consultado 20 marzo, 2020, 41, [Sala Primera - Sala Primera \(poder-judicial.go.cr\)](http://SalaPrimera-poder-judicial.go.cr).

patrimonial de la Administración por los daños causados durante la prestación del servicio médico hospitalario, no obstante, tal y como lo indica Rivas Garro (2014)¹⁷³, todos los países derivan la responsabilidad de la Administración por conducta médica de bases variopintas, verbigracia, en Francia la atención médica gratuita se originó en el siglo XIX, a partir de la ley del 15 de julio de 1893, la cual establece en su artículo primero los requisitos y limitaciones en la atención médico-hospitalaria, mermandole su universalidad; es por lo anterior que, en países como Francia se impulsa que el administrado sea un sujeto activo en la relación médico-paciente, mientras que, *a contrario sensu*, nuestro país ha optado por derivar la responsabilidad de la Administración Pública de su obligación de prestar el servicio médico, cargando sobre sus hombros cualquier resultado relativo a las intervenciones médicas realizadas a los administrados.

Según Rivas Garro (2014)¹⁷⁴, España influenció directamente el desarrollo de la responsabilidad de la Administración por conducta médica en nuestro país, principalmente porque su sistema de responsabilidad patrimonial es directo y objetivo, en consecuencia, la Administración Pública responde, así se identifique o no el funcionario público que originó el menoscabo. España ostenta un sistema garantista en favor de los usuarios, y su administración sanitaria se encuentra sujeta al derecho público, atendiendo siempre a la seguridad social:

Es una prestación técnica en especie, de finalidad reparadora, consistente en la asistencia de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar y restablecer la salud, cuya actualidad como tal Entidad Gestora de la Seguridad Social está reconocida en el artículo 57 de la Ley General de 1994...¹⁷⁵

En España, la Administración del centro de salud es la responsable de los daños causados y, en caso de que la institución carezca de responsabilidad jurídica, responderá el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria. Lo anterior se asemeja, en gran parte, al sistema de responsabilidad costarricense en casos de mala praxis médica, toda vez que será la Caja

¹⁷³ Daniela Rivas Garro, “La responsabilidad objetiva del Estado en la Mala praxis Médica,” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2014), 181.

¹⁷⁴ Daniela Rivas Garro, “La responsabilidad objetiva del Estado en la Mala praxis Médica,” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2014), 181.

¹⁷⁵ Jesús González Pérez en Rivas Garro, “La responsabilidad objetiva del Estado en la Mala praxis Médica,” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2014), 183.

Costarricense de Seguro Social la que responda por las acciones u omisiones generadoras del daño al usuario del servicio de salud.

Ahora bien, en lo que respecta propiamente a nuestro país, el derecho a la salud es derivado del derecho constitucional a la vida, en el cual se instaura la Seguridad Social como un derecho fundamental; los artículos 21 y 73 constitucionales establecen, respectivamente, la inviolabilidad de la vida humana y los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, los últimos a cargo de la Caja Costarricense de Seguro Social. Asimismo, el artículo 50 del mismo texto normativo establece la obligación de la Administración de procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país.

Tales normas *supra* consagran la obligación de la Administración Pública de cumplir con la prestación del servicio de salud, así como el derecho de los ciudadanos de exigir a la Administración la adecuada prestación de los servicios. En el mismo sentido, la Ley General de Salud, en sus artículos 1, 2 y 3, indica que la salud de la población es un bien de interés público que debe ser tutelado, que la Administración tiene como función principal velar por la salud de la población, y, que todo habitante tiene derecho a las prestaciones de salud, así como el deber de proveer a la conservación de su salud y de concurrir al mantenimiento de la salud de su familia y de la comunidad. A partir de tales normas, se establece el servicio de salud como un derecho fundamental prestacional, que ha sido interpretado como consecuencia directa de la inviolabilidad de la vida humana (artículo 21 de la Constitución Política). Al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

Doctrina y Filosofía a través de todos los tiempos han definido a la vida como el bien más grande que pueda y deba ser tutelado por las leyes, y se le ha dado el rango de valor principal dentro de la escala de los derechos del hombre, lo cual tiene su razón de ser pues sin ella todos los demás derechos resultarían inútiles, y precisamente en esa (sic) media es que debe ser especialmente protegida por el Ordenamiento Jurídico. En nuestro caso particular, **la Constitución Política en su artículo 21 establece que la vida humana es inviolable y a partir de ahí se ha derivado el derecho a la salud que tiene todo ciudadano, siendo en definitiva al Estado a quien le corresponde velar por la salud pública impidiendo que se atente contra ella.**¹⁷⁶

La jurisprudencia *supra* citada respalda el derecho a la prestación del servicio de salud y/o a la atención de la salud propiamente, consolidándolo también como un derecho

¹⁷⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de amparo: res. 00106-2001; 5 enero 2001, 09:14 horas*, considerando, párr. 4, Nexus PJ.

fundamental. Ahora bien, según Rivas Garro (2014)¹⁷⁷, la prestación del servicio de salud puede ser tanto directa como indirecta; la prestación directa es aquella que recibe el usuario de forma inmediata, sea en hospitales, clínicas, Ebáis de la Caja Costarricense de Seguro Social, o bien, los centros de atención del INS para atención de emergencias, controles, consulta externa, diagnósticos, tratamientos, etc.; por otra parte, la prestación indirecta es aquella brindada por un tercero, independiente de la Administración Pública, cuya asistencia suple la falta de medios y recursos públicos para prestar un servicio en particular; para adquirirlo, la Administración Pública deberá seguir las normas relativas a la Contratación Administrativa.

Según Rivas Garro (2014), la prestación indirecta de los servicios de salud debe ser restringida y excepcional, igualmente, debe ser supervisada y fiscalizada por la Administración contratante, en consecuencia, también es imperioso para la Administración Pública el apego riguroso al Reglamento para la contratación de servicios médicos especializados por medio de terceros de la Caja Costarricense de Seguro Social, el cual dispone que la provisión de servicios de salud por proveedores externos debe ser determinada por la necesidad, insuficiencia o inexistencia de la capacidad resolutive de los servicios de salud institucional, las cuales deberán demostrarse para cada caso concreto, atendiendo a estudios técnicos y financieros. No obstante, tal y como lo refiere la autora, dicho reglamento no establece la responsabilidad del proveedor en casos de mala praxis médica y funcionamiento anormal del servicio, por lo que implícitamente es la Administración quien deberá asumir la responsabilidad bajo una especie de culpa *in eligendo e in vigilando*.

Ahora bien, en lo que refiere a la prestación directa del servicio de salud, usualmente se refieren actividades como la atención en hospitales, clínicas públicas, y el suministro de medicamentos que se realiza en los centros de salud de la Caja Costarricense de Seguro Social, toda vez que es precisamente a la Caja a quien le compete la administración y organización de los seguros sociales:

Artículo 1.- La institución creada para aplicar los seguros sociales obligatorios se llamará Caja Costarricense de Seguro Social y, para los efectos de esta ley y sus reglamentos, CAJA. La Caja es una institución

¹⁷⁷ Daniela Rivas Garro, “La responsabilidad objetiva del Estado en la Mala praxis Médica,” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2014), 182.

autónoma a la cual le corresponde el gobierno y la administración de los seguros sociales. Los fondos y las reservas de estos seguros no podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas de las que motivaron su creación. Esto último se prohíbe expresamente. Excepto la materia relativa a empleo público y salarios, la Caja no está sometida ni podrá estarlo a órdenes, instrucciones, circulares ni directrices emanadas del Poder Ejecutivo o la Autoridad Presupuestaria, en materia de gobierno y administración de dichos seguros, sus fondos ni reservas. (Así reformado por el artículo 85 de la Ley N° 7983 del 16 de febrero del 2000).¹⁷⁸

En consecuencia, la Caja Costarricense de Seguro Social ha acaparado de alguna manera el servicio de prestación de salud, pues es la entidad administrativa directamente responsable de velar por la vida y la salud de los ciudadanos costarricenses; razón por la cual es también la institución pública accionable jurisdiccionalmente en caso de cualquier actividad anormal originada en su seno, que, a su vez, produzca daños y perjuicios a los administrados.

a. Mala praxis médica

Según Romero Pérez (2012)¹⁷⁹, la lex artis médica se refiere a aquellas reglas que regulan el accionar de los profesionales en ciencias médicas, tales como las normas y reglamentos del Colegio de Médicos y Cirujanos, el Código de Moral Médica, etc.

Con relación al acto médico¹⁸⁰, el autor lo define como la actuación que concreta la relación médico-paciente, y que, a su vez, comprende aspectos como la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad, el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, cuidados de la salud de modo permanente hasta la defunción del respectivo paciente, etc.

Ahora bien, según Romero Pérez¹⁸¹, la mala praxis médica es aquel accionar imprudente, negligente o antijurídico de un profesional de la salud, que origina un daño en la integridad física o emocional de una persona.

¹⁷⁸ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *No. 0: Constitución Política de la República de Costa Rica*, [Aprobada 7 noviembre, 1949]: art. 1, Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr)

¹⁷⁹ Jorge Enrique Romero Pérez, “Apuntes sobre la Mala Praxis Médica,” *Revista de ciencias jurídicas* no. 135, (septiembre-diciembre, 2014): 111.

¹⁸⁰ Ídem.

¹⁸¹ *Ibid.*, 110

Lo anterior se relaciona con el acto médico, toda vez que, tal y como lo indica Ribas Garro (2014)¹⁸², cuando se lleva a cabo un acto médico sin acatar los protocolos y procedimientos preestablecidos por la *lex artis*, es muy probable que ocurra un resultado no deseado y, por lo tanto, una mala praxis médica.

Al respecto, Tiffer (2008) ha indicado:

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 actuación del médico (exploración, diagnóstico, tratamiento y seguimiento) que tiene como resultado una afectación, que era previsible, en la salud o vida del paciente.¹⁸³

En consecuencia, para la configuración de la mala praxis médica se necesitan tres supuestos:

1. Sujeto: profesional de la salud
2. Accionar: acto médico erróneo o inobservante de la *lex artis*
3. Resultado: daño a la integridad física o emocional del paciente

Ahora bien, tal y como lo refiere Rivas Garro (2014)¹⁸⁴, la responsabilidad por mala praxis médica es usualmente identificada con el derecho penal, el cual, para su configuración, exige una falta al deber objetivo de cuidado como elemento para responsabilizar penalmente al médico causante¹⁸⁵. Asimismo, tal acción puede estar acompañada de una acción civil resarcitoria, ante la cual puede responder también la Administración de forma solidaria (ya sea el INS o la Caja Costarricense de Seguro Social).

No obstante, la mala praxis médica también puede ser examinada, probada y finalmente declarada desde el derecho administrativo, ya sea en el seno de la misma Administración -lo que eventualmente originaría sanciones disciplinarias y patrimoniales al funcionario de salud involucrado-, o bien, en sede jurisdiccional, que compete en nuestro país al Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, cuyo trámite eventualmente

¹⁸² Daniela Rivas Garro, “La responsabilidad objetiva del Estado en la Mala praxis Médica,” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2014), 180.

¹⁸³ Carlos Tiffer, *Responsabilidad Penal por Mala Praxis: Estudio Sistemático de casos*. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2008), 26.

¹⁸⁴ Rivas Garro, Daniela “La responsabilidad objetiva del Estado en la Mala praxis Médica” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2014), 180.

¹⁸⁵ Como toda responsabilidad penal en nuestro país, es subjetiva, por lo que no puede imputársele a personas jurídicas publicas ni privadas.

desencadenaría una declaratoria de responsabilidad para la Administración, acompañada con una indemnización por los daños y perjuicios al damnificado. En ambas instancias se busca establecer el tratamiento correcto y compararlo con el procedimiento aplicado, esto con el objetivo de determinar si existe o no mala praxis médica, responsabilidad del funcionario, o bien, responsabilidad de la Administración, así como si procede o no indemnización por los daños y perjuicios causados.

Por ello, es relevante también brindar una definición utilizada desde la práctica del derecho administrativo, proporcionada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:

La mala práctica (mala praxis), que es el detrimento producido por una conducta negligente, imprudente o con impericia, Es la actividad profesional que se realiza por debajo de los estándares de la buena práctica exigida. Es la omisión del médico, de prestar apropiadamente los servicios a que está obligado en su relación profesional con el paciente. Y que causa un perjuicio. La mala praxis, es el daño ocasionado que el médico no previó, no anticipó y que, sin embargo, era previsible¹⁸⁶

Tal y como se puede observar, el concepto no varía, ni sus elementos tampoco: se necesita de un sujeto (profesional médico) que realice un acto médico o conducta impericia contraria a la *lex artis*, que provoque un daño en el paciente. No obstante, lo que llama la atención de esta definición, dada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, es que el resultado no solo debe ser dañoso, sino que previsible. De igual manera, esta definición también abarca las omisiones del médico durante su ejercicio, una especie de acto médico omisivo, que igualmente es contrario a la *lex artis* y puede provocar resultados dañosos previsible.

Por lo tanto, tal y como lo indica Ribas Garro (2014)¹⁸⁷, se debe partir del hecho de que los profesionales en ciencias médicas tienen la capacidad técnica y la pericia suficiente para predecir los efectos dañosos de un determinado acto médico, toda vez que han cumplido con todos los requisitos exigibles para el ejercicio completo y responsable de la profesión.

¹⁸⁶ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00875-2007; 14 diciembre 2007, 8:00 horas*, considerando, párr. 6, Nexus PJ.

¹⁸⁷ Daniela Rivas Garro, “La responsabilidad objetiva del Estado en la Mala praxis Médica,” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2014), 180.

De igual manera, en lo que respecta al grado de imputación del funcionario, o bien, al vicio del acto al que se opone, dicta o ejecuta, imputable, a su vez, a la Administración Pública; el artículo 213 de la Ley General de la Administración Pública indica:

A los efectos de determinar la existencia y el grado de la culpa o negligencia del funcionario, al apreciar el presunto vicio del acto al que se opone, o que dicta o ejecuta, deberá tomarse en cuenta la naturaleza y jerarquía de las funciones desempeñadas, entendiéndose que cuanto mayor sea la jerarquía del funcionario y más técnicas sus funciones, en relación con el vicio del acto, mayor es su deber de conocerlo y apreciarlo debidamente.¹⁸⁸

A partir de lo anterior, se puede determinar que, entre mayor sea el rango que ocupe el profesional de la salud, y entre más especializado este se encuentre, será mayor su grado de responsabilidad, toda vez que será mayormente fundamentada la presunción pericial *supra* citada. Por lo tanto, en caso de que sea responsable el funcionario, o bien, la Administración (o ambos en forma solidaria), deberán prestar especial atención en la jerarquía y la especialización del funcionario encargado del acto médico, ya sea para una responsabilidad civil jurisdiccional, o bien, para una responsabilidad disciplinaria ante el ente de salud demandado. De igual manera, este grado de responsabilidad también deberá ser tomado en consideración por el juez, para una eventual responsabilidad de la Caja Costarricense de Seguro Social (o del ente público competente).

Ahora bien, cuando se habla del resarcimiento del daño causado por una mala práctica médica, desde el punto de vista práctico del derecho administrativo, pasa a tener un protagonismo excepcional el instituto de la prueba, toda vez que, tal y como lo refiere Ribas Garro (2014)¹⁸⁹, debe confirmarse en sede jurisdiccional la existencia de los siguientes elementos: i) la relación médico-paciente, ii) el incumplimiento de los deberes por parte del profesional en la salud, iii) el daño como consecuencia de tal incumplimiento, o bien, de la negligencia, impericia o imprudencia del profesional y iv) la inexistencia de algún eximente de responsabilidad.

De igual manera, como lo menciona la autora, hay que prestar especial atención a la naturaleza variopinta del servicio hospitalario, que incluye pluralidad de sujetos (médicos,

¹⁸⁸ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, No. 6227: *Ley General de la Administración Pública*, [Aprobada 2 mayo, 1978]: art. 101, Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr).

¹⁸⁹ Daniela Rivas Garro, “La responsabilidad objetiva del Estado en la Mala praxis Médica,” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2014), 181.

auxiliares, personal administrativo, etc.), todos ellos parte del ente público que presta el servicio, razón por la cual es importante probar el nexo causal de la conducta médica con el daño ocasionado al paciente, o bien, la conducta administrativa, médica o auxiliar indeterminada, atribuida al ente público competente con el resultado ocasionado al administrado.

Ante la posibilidad de sanciones varias, los profesionales en ciencias médicas tienen la posibilidad de alegar causas de exculpación personal ante sus patronos, de las cuales algunas han sido doctrinariamente aceptables en sedes jurisdiccionales (sede administrativa, penal, civil, o bien, en algunos casos, sede contencioso administrativa). Según Rivas Garro (2014)¹⁹⁰, estas causas se clasifican en: i) error médico excusable, ii) caso fortuito y iii) iatrogenia.

Cuando se habla de error médico excusable, se hace referencia a un error que el médico no puede evitar por falta de previsión en el pronóstico, pero que se verifica posteriormente. Es un desconocimiento no culposo de circunstancias que originan un tratamiento inadecuado. De igual manera, la autora presta particular atención en su diferencia con la impericia, toda vez que el error excusable es insalvable, pues está fuera del alcance del profesional evitarlo; por el contrario, la impericia es una circunstancia que se conoce de previo, por lo que se puede prevenir y evitar.

Por su parte, el caso fortuito, tal y como fue explicado previamente, se trata de un hecho humano imprevisible, lo que lo convierte en un hecho inevitable, pero no insuperable (como sí lo es la fuerza mayor), el cual es incapaz de romper el nexo de causalidad con respecto a los entes públicos, por lo que no constituye un eximente de responsabilidad para la Administración, no obstante, puede valorarse como causa de exculpación personal del funcionario médico.

Finalmente, la iatrogenia, objeto central de estudio del presente trabajo de investigación, ha sido alegada como causa de exculpación del funcionario médico (tanto en

¹⁹⁰ Daniela Rivas Garro, “La responsabilidad objetiva del Estado en la Mala praxis Médica,” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2014), 181.

sede administrativa como en sede jurisdiccional), no obstante, esta figura se tratará con detenimiento en el siguiente acápite.

b. Una obligación de medios, no de resultados

Asimismo, vale la pena recordar que, tal y como lo ha expresado tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional como internacional, han reconocido que la obligación médico-paciente es una obligación de medios, mas no de resultados, es decir, el servicio público hospitalario no le garantiza al paciente su curación, no obstante, debe proveerle el tratamiento más adecuado para su padecimiento. Tal y como lo indicó Carmen Blas Orbán, especialista en medicina legal de España:

Se trata-como ya sabemos- de una obligación de medios, que no son otros que poner los más adecuados para la sanidad del enfermo, pero no de resultados, ya que la curación es de impredecible previsión por la propia reacción fisiológica del enfermo, por lo que no cabe deriva el daño del paciente, sin más, de la responsabilidad del médico.¹⁹¹

Asimismo, el Reglamento General de Hospitales Nacionales de nuestro país ha establecido, en su artículo 303 propiamente, en qué consiste la obligación hospitalaria del servicio público en nuestro país, además, establece propiamente la responsabilidad del establecimiento y del personal en adoptarla:

Artículo 303.- El objeto fundamental de los hospitales es cuidar de la salud de los habitantes de su área de atracción. En consecuencia, todos los esfuerzos del establecimiento deberán tender a proporcionarles los procedimientos técnicos a su alcance para fomentar, proteger, recuperar y rehabilitar la salud de los mismos. Estas acciones deberán ser programadas y ejecutadas en la forma más completa, oportuna, eficaz y humana. Además de las acciones que son de propia responsabilidad del establecimiento y de su personal, éste debe cooperar a las acciones de salud que realicen otros organismos de la colectividad y también a promover iniciativas que coadyuven al bienestar a la población¹⁹²

Lo anterior confirma que, a pesar de que los resultados no son seguros, pues la prestación del servicio médico se debe a una ciencia inexacta y falible, existe una obligación palmaria de brindar los tratamientos adecuados con miras a obtener los mejores resultados. Asimismo, se ha reconocido la necesidad de cuestionar aquello verdaderamente imprevisible

¹⁹¹ Carmen Blas Orbán, *El equilibrio en la relación médico paciente*. (España, Barcelona: J.M Bosch Editor,2006), 62.

¹⁹² Poder Ejecutivo de la República de Costa Rica, *No. 1743-SPPS: Reglamento General de Hospitales Nacionales*, [Aprobada 4 junio, 1743]: art. 1045, Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr).

e inevitable, resultado propio de las reacciones del paciente, ya que, tal y como se desarrollará en el próximo acápite, en ocasiones los daños causados sí son reconocidos y aceptados de previo por el médico, por lo que entra dentro de las obligaciones hospitalarias el deber de información, el consentimiento informado, su validez y necesidad; no obstante, por escaparse del objeto de estudio, solo se mencionará que el consentimiento informado es una garantía por escrito de aquellos riesgos previstos por el médico y aceptados por el paciente, que cobra importancia únicamente en el tanto se determine que se le hicieron saber al enfermo todos los posibles daños de su tratamiento y este estuvo dispuesto a aceptarlos.

Capítulo 2: Iatrogenia

i. Concepciones básicas

a. Origen etimológico de la iatrogenia

La iatrogenia es un concepto que tiene su cuna cognitiva en la ética, inicialmente en la bioética¹⁹³ (posteriormente trasmutado a la ética médica), es por lo anterior que sus antecedentes jurídicos son escasos. La Real Academia Española define el término “iatrogenia” como toda alteración del estado del paciente producida por el médico¹⁹⁴, no obstante, la palabra iatrogenia tiene su origen en el griego *iatros* (médico) y *gennan* (origen o causa). En el mismo sentido, algunos autores recientes, tales como Pérez Porto y Merino (2018)¹⁹⁵, han descompuesto el concepto en tres componentes léxicos derivados del griego: i) el sustantivo “iatros” que significa “médico”; ii) el verbo “geno”, que equivale a “producir”; y iii) el sufijo “ia” que se usa para indicar “cualidad”. Sin embargo, desde la ética médica¹⁹⁶ se ha entendido la iatrogenia como: “Una alteración provocada al

¹⁹³ Estudio de los problemas éticos originados por la investigación biológica y sus aplicaciones. Diccionario Real Academia Española, s.v. “bioética”, consultado 13 abril, 2020, [bioético, bioética | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#).

¹⁹⁴ Diccionario Real Academia Española, s.v. “Lex Aquilia”, consultado 13 abril, 2020, [yatrogenia | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#).

¹⁹⁵ Julián Pérez Porto y María Merino, “Definición de Iatrogenia,” *Definición. De (blog)*, 2018 actualizado 2020, consultado 15 abril, 2020, párr.1, [Definición de iatrogenia - Qué es, Significado y Concepto \(definicion.de\)](#).

¹⁹⁶ La ética médica es el conjunto de valores, principios morales y de acciones relevantes del personal responsable de la salud, asimismo, implica los principios que deben regir el actuar de todos los involucrados en el tratamiento médico de las personas.

Instituto de Ciencias en Reproducción Humana, s.v. “ética médica”, consultado 13 abril. 2020, [Ética Médica \(institutovida.com\)](#).

paciente durante las diferentes fases de la intervención del médico en forma individual o por una institución de salud”¹⁹⁷.

La posibilidad de lesionar que ostentan los médicos ha sido reconocida desde la antigüedad, verbigracia, el *Código de Hammurabi* contiene párrafos grabados hace poco más de 4000 años, en sus párrafos 218 a 220 se manifiestan las regulaciones primitivas que se utilizaban en la antigua Mesopotamia, cuando los ciudadanos se enfrentaban a situaciones de error o negligencia médica. Por su parte, el médico griego Hipócrates creó el juramento *ofeleein i mi vlaptein* (ayuda a no dañar) y, con base en él, durante el Imperio romano, el médico, cirujano y filósofo Galeano de Pérgamo creó el aforismo *Primum non nocere* (Primero no hacer daño).

Algunos de los autores estudiados atribuyen la creación del concepto cognitivo *iatrogenia* al médico británico Sir Arthur Frederick Hurst, quien lo utilizó con el objetivo de hacer referencia a los trastornos inducidos sobre el paciente, otras personas lo atribuyen al psiquiatra suizo Paul Eugen Bleuler, quien manejó el concepto para referirse a las alteraciones psicológicas que tienen su origen en el diagnóstico médico. No obstante, autores como Montagud Rubio (2021)¹⁹⁸ han investigado recientemente el concepto de iatrogenia y han llegado a la conclusión de que nació como una determinación a los problemas que se presentaban en los hospitales europeos a principios del siglo XIX, pues en aquella época no había tanto conocimiento sobre los patógenos, por lo que en las salas de maternidad era habitual que existieran altas tasas de mortalidad por sepsis puerperal¹⁹⁹, debido a que el personal médico no tenía consciencia de la importancia de lavarse las manos y desinfectarse antes de atender a los pacientes. Este problema se definió como una “iatrogenia” en su momento, pues era causado por el médico, a pesar de no existir una intención consciente de dañar a sus pacientes. Sin embargo, posteriormente, el concepto comenzó a evolucionar hacia connotaciones filosóficas y deontológicas amorfas.

¹⁹⁷ Jorge Adrián Chuck Sepúlveda, *Bioética en pediatría*. (Ciudad de México, México: Editorial El Manual Moderno, 2015), 123.

¹⁹⁸ Nahum Montagud Rubio, “Iatrogenia: qué es, características, y ejemplos” *Psicología y mente (blog) artículo avalado*, 2020, consultado 15 abril, 2020, párr.7, [Iatrogenia: qué es, características, y ejemplos \(psicologiaymente.com\)](https://psicologiaymente.com)

¹⁹⁹ Procesos infecciosos graves que ocurren después de un parto, cesárea o aborto, los cuales, con capaces de afectar todo el organismo y desencadenar inflamaciones generalizadas. Revista médica SALUDJALISCO, s.v “sepsis puerperal”, consultado 17 abril. 2021, [Salud Jalisco - Revista | Secretaría de Salud](https://saludjalisco.gob.mx/).

Finalmente, el filósofo Tom Beauchamp, en conjunto con el deontólogo cristiano James Childress (1979)²⁰⁰, introducen el concepto de iatrogenia, por primera vez, a una rama de estudio: la ética médica (también llamada ética biomédica), a través su libro *Principios de la ética biomédica*. A partir de este momento, la iatrogenia aparece como una determinación real, abandonando su mención disforme en la práctica médica y plasmándose de una vez por todas en la teoría. Este punto de partida incentiva a la ética médica a brindar respuestas a problemas clínicos que se relacionan con aspectos filosóficos, psicológicos y sociales, tales como la sepsis puerperal, los efectos secundarios de los fármacos, etc. No obstante, el hecho de que la figura haya sido incorporada a una rama de estudio formalmente, de ninguna manera puso fin a su investigación ni unificó la pluralidad de interpretaciones conceptuales consecuentes, *a contrario sensu*, ese fue tan solo el inicio de definiciones variopintas bajo términos más o menos discordantes, las cuales se detallan en el apartado subsiguiente.

b. Consideraciones conceptuales sobre la iatrogenia

Por ser un concepto inicialmente incorporado a la ética médica, la iatrogenia ha desencadenado discusiones académicas y filosóficas enfocadas en cuál de todas sus nociones teóricas debe considerarse como el “concepto verdadero”; no obstante, hasta el día de hoy, continúan existiendo pluralidad de interpretaciones. Mediante la investigación realizada se lograron identificar 2 tendencias conceptuales mayoritarias.

La primera de ellas es la que se aferra al significado etimológico de la palabra y entiende la iatrogenia como cualquier alteración producida sobre el estado del paciente, generada por el simple actuar del médico. Según esta teoría, el resultado de la iatrogenia puede ser positivo o negativo y, usualmente, se produce en la fase de diagnóstico del padecimiento, o bien, en la fase terapéutica del paciente. Asimismo, esta tendencia afirma que, si hay algún daño producido por la intervención médica, este nunca será producido por el galeno, por el contrario, se considera un simple resultado usual y casual de la práctica de la medicina, razón por la cual tampoco se contempla el daño causado a terceras personas (tales como familiares cercanos) producto de la lesión ocasionada al paciente, tampoco se toma en consideración la participación de otros profesionales en salud distintos al médico tratante.

²⁰⁰ Tom L Beauchamp y James F Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, (New York, United States: Oxford University Press, 1979), 34.

Esta orientación conceptual ha sido la más abordada por estudiosos de la medicina y la ética médica internacional. Algunas muestras representativas de esta tendencia son:

- i) La definición aportada por el doctor Marco Antonio Acevedo, ex jefe del Departamento de Pediatría del Hospital General del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social:

El término iatrogenia significa algo así como: provocado por la intervención médica, o toda alteración producida por el médico. La provocación o alteración, generalmente se hace en la fase de diagnóstico o en la terapéutica, pero sin tener la intención de ocasionar algún daño por las acciones médicas, quirúrgicas, medicamentosas, de laboratorio o de gabinete. Por lo tanto, el termino no debe confundirse con el de “Mala Práctica”, en donde a sabiendas que, lo que se hace no es correcto, se realizan acciones que implican riesgos a los pacientes y que están reñidas con la ética profesional y el código deontológico.²⁰¹

- ii) La enunciación realizada por el médico mexicano, Ramiro Palafox Vega. Especialista en medicina legal, quien se refirió a la figura de la iatrogenia como todo efecto (negativo o positivo) en el paciente, producto de la intervención médica:

El concepto iatrogenia significa todo lo producido por el médico. Es tal vez, el mejor ejemplo de los efectos originados por la práctica profesional, ya que el especialista siempre estará dispuesto a actuar bajo el precepto Hipocrático: “primun non nocere” primero no causar daño. Todo efecto en el paciente de un tratamiento o procedimiento sea positivo o negativo, será un acto iatrogénico completamente inherente al ejercicio médico. Cuando el médico se sale de este contexto es cuando sobrevienen los efectos negativos en el paciente, que en algunas ocasiones producen severas alteraciones en la salud, pudiendo llegar a ser letales.²⁰²

- iii) Finalmente, la concepción reconocida por la Asociación Civil Argentina de Defensa del Paciente, que entiende la iatrogenia como “toda alteración del estado del paciente provocada por el médico”²⁰³, atendiendo una vez más al significado etimológico del concepto.

²⁰¹ Marco Antonio Acevedo, “Iatrogenia y Mala Práctica,” última actualización 29 septiembre, 2013, consultado 2 mayo, 2021, [Iatrogenia y Mala Práctica | PDF | Antibióticos | Sección de cesárea \(scribd.com\)](#).

²⁰² Ramiro Palafox Vega. *Fundamentos en la práctica de autopsia y medicina legal*. (México: Editorial Manual Moderno, 2013), 111.

²⁰³ Asociación Civil Argentina de Defensa del Paciente, “Significado de iatrogenia o yatrogenia,” ultima actualización 15 julio, 2009, consultado 2 mayo, 2021, [Iatrogenia: conceptos | DERECHOS del PACIENTE \(drgoliamiguel.blogspot.com\)](#).

Por otra parte, la segunda interpretación conceptual mayoritaria es aquella que entiende la iatrogenia como un actuar inadecuado en la práctica médica que, de alguna manera, genera un daño en la integridad física o mental del paciente. La mayoría de los exponentes de esta teoría se han inclinado por reconocer que la definición abarca más allá de lo físico, y que también es aplicable a los daños producidos sobre la psiquis del paciente. Asimismo, esta orientación ha sido consecuente en que puede desarrollarse por un equipo interdisciplinario, pues en el acto médico pueden intervenir varios sujetos que desarrollen acciones auxiliares, preventivas, rehabilitadores, administrativas, curativas, etc., todas partes de una maquinaria institucional unificada.

Esta inclinación teórico conceptual es reconocida en España, Francia, Colombia y Brasil:

- i) La definición brindada por la Organización Médica Colegial de España ha reconocido la transformación del concepto en una forma de aproximación al conocimiento de los daños ocasionados por la conducta médica, pues, pese a que la etimología terminológica, se entiende que los resultados no siempre son negativos (sino que pueden existir pros, contras, riesgos y beneficios), lo cierto es que “los conceptos afines al término iatrogenia son predominantemente negativos: imprudencia, riesgo, impericia, malapraxis, eventos adversos, etc.”²⁰⁴. En el mismo sentido, autores españoles como Montagud Rubio han definido la iatrogenia como:

La iatrogenia o yatrogenia es una alteración negativa que se produce en el paciente como resultado de la terapia que se le ha aplicado. Es decir, es aquel daño provocado por la intervención de un profesional sanitario, sea médico, psicólogo, enfermero, farmacéutico, dentista o de cualquier otra ciencia de la salud (...). El profesional puede que en principio sepa que el tratamiento implica riesgos, pero sabe que esos riesgos son, en principio, mucho menores que los efectos beneficiosos de la terapia.²⁰⁵

- ii) Por su parte, la enunciación abordada por Henry David Tole y Nicole Cadavid (2018), pertenecientes a la Facultad de Instrumentación Quirúrgica de Bogotá,

²⁰⁴ Organización Médica Colegial de España, “Iatrogenia: análisis, control y prevención,” *Revista de la Fundación de Educación Médica* no. 6, (2017): 1, consultado 17 abril, 2020, [FEM: Revista de la Fundación Educación Médica - Home Page \(isciii.es\)](http://fem.org.es/).

²⁰⁵ Nahum Montagud Rubio, “Iatrogenia: qué es, características, y ejemplos” *Psicología y mente (blog) artículo avalado*, 2020, consultado 15 abril, 2020, párr.9, [Iatrogenia: qué es, características, y ejemplos \(psicologiaymente.com\)](http://psicologiaymente.com)

Colombia, afirma que la iatrogenia implica por sí misma la producción de un daño al paciente que puede ser ocasionado por la misma atención en salud, no estrictamente por el médico tratante:

La iatrogenia es una palabra derivada que implica daño, o bien, la afectación que le produce al paciente un determinado método de estudio o de tratamiento, así como las relacionadas con los inconvenientes derivados de la terapéutica más elaborada posible, daños producidos por una palabra, droga, procedimiento médico o quirúrgico, pero que el médico administra o realiza con una indicación correcta, con un criterio justo. Partiendo de que el actuar médico busca principios de beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia, no siempre que exista una iatrogenia es con voluntad del profesional, sino que son daños que se pueden producir por la misma atención en salud.²⁰⁶

Ahora bien, pese a la marcada dualidad conceptual del término iatrogenia, algunos estudiosos disidentes se encargaron de armonizar ambos conceptos, tomándolos como sub-percepciones válidas dentro de una noción global de iatrogenia. No obstante, esta es una propuesta minoritaria que introduce el médico, divulgador de ciencia y académico mexicano Ruy Pérez Tamayo en 1993. A pesar de ser una tendencia minoritaria, el presente trabajo de investigación reconoce esta orientación como la más clara, toda vez que es la única que se centra en el concepto propiamente, sin agregarle consideraciones tales como la extensión de resultados a familiares del paciente, las fases de aparición, la extensión a daños psicológicos, etc. Las cuales, si bien deben formar parte del estudio de la iatrogenia, pierden relevancia y practicidad cuando se trata de dar significado a un fenómeno en concreto.

Según el doctor Pérez Tamayo (1993)²⁰⁷, la iatrogenia se clasifica en iatrogenia positiva y negativa, siendo la primera identificable con el concepto etimológico de la palabra, mientras que, la segunda, aquella que genera alteraciones dañosas o desfavorables.

Iatrogenia positiva: se refiere a aquellas alteraciones producidas en el estado del paciente por una acción o intervención médica, las cuales resultan ser favorables o inocuas.

²⁰⁶ Henry David Tole y Nicole Cadavid, "Instrumentador quirúrgico: iatrogenia, eventos frecuentes y responsabilidad en el quirófano," *Revista Repertorio de Medicina y Cirugía* no. 2, (2018): 125, consultado 13 mayo, 2021, [Instrumentador quirúrgico: Iatrogenia, eventos frecuentes y responsabilidad en el quirófano | Revista Repertorio de Medicina y Cirugía \(fucsalud.edu.co\)](https://www.fucsalud.edu.co/revista-repertorio-de-medicina-y-cirugia).

²⁰⁷ Ruy Pérez Tamayo, "Iatrogenia" (Simposio realizado en la Facultad de Medicina de la Universidad Autónoma de México, 3 de setiembre 1993) 8.

Iatrogenia negativa: son aquellas alteraciones producidas en el estado del paciente por una acción o intervención médica, que terminan siendo dañosas o desfavorables.

Posteriormente, en el año 1997²⁰⁸, el doctor Vicente Carecedo Cortina se basó en la armonización conceptual introducida por Pérez Tamayo, para realizar una subclasificación de la iatrogenia negativa, dividiéndola en iatrogenia negativa necesaria y, por otro lado, iatrogenia negativa innecesaria.

Iatrogenia negativa necesaria: en este supuesto, el médico tiene conocimiento del riesgo de daño, pues se trata de un riesgo previsible:

El médico tiene pleno conocimiento del riesgo de daño, es un riesgo esperado, previsto, que no produce sorpresa y el médico lo reconoce como un riesgo propio de sus acciones a favor del paciente. En su decisión se ha ponderado el cociente beneficio/daño, es decir, el riesgo de producir un daño para alcanzar un resultado conveniente para el paciente. El médico evalúa previamente la conveniencia de usar recursos que por una parte tendrán efectos benéficos, pero por otra causarán efectos indeseables producidos por las drogas o procedimientos empleados, pero en ningún momento ha existido descuido, equívoco o ignorancia. La potencialidad de hacer daño es inherente a la práctica de la medicina. De hecho, cada una de las acciones del médico tiene un efecto bueno y un efecto malo. Por ejemplo, la extirpación radical de un tumor maligno puede salvar la vida del enfermo, pero a su vez producir mutilación y discapacidad. Es sabido que todos los medicamentos además del efecto benéfico tienen efectos adversos. **Esta duplicidad de efectos se regula éticamente bajo el "principio del doble efecto". Según este principio es lícito realizar una acción de la que se siguen dos efectos, uno bueno y otro malo, pero en el que el bueno tiene que ser proporcionado, es decir, el resultado final, el bien obtenido, debe superar al mal accidental acumulado.** (subrayado no es original)²⁰⁹

Iatrogenia negativa innecesaria: (comúnmente también llamada “iatrogenia”) se trata de aquel resultado negativo que es imprevisible e inevitable, pues se debe a condiciones propias del paciente, o bien, a resultados extraordinarios que no se pueden anticipar, propios de la naturaleza de las ciencias médicas. Algunos autores han entendido esta clasificación de iatrogenia con la mala praxis médica, no obstante, en el presente trabajo de investigación se recalca la diferencia entre ambas figuras, toda vez que la mala praxis es atribuible a una violación de los parámetros de la *lex artis* por parte del profesional en salud; *a contrario*

²⁰⁸ Vicente Carecedo Cortina, “Iatrogenia y error médico,” *Revista Médica Hosp. Gral Mex* no.60 (2), (1997):76, consultado 14 mayo 2021. Vol. 60 Núm.2. Abril-Junio 1997 (imbiomed.com.mx).

²⁰⁹ Pedro Albuja, “Ética médica: iatrogenia,” *Revista Diagnostico* no. 5, (2004): 125, consultado 13 mayo, 2021, [Revista DIAGNOSTICO \(fihu.org.pe\)](http://Revista DIAGNOSTICO (fihu.org.pe)).

sensu, en la iatrogenia negativa innecesaria se han respetado todos los lineamientos periciales exigibles al médico, no obstante, por razones que no le son imputables, devienen resultados dañosos imprevisibles e inevitables.

Este esquema logra armonizar las inclinaciones conceptuales mayoritarias *supra* citadas, y de alguna manera propone una clasificación de los actos iatrogénicos o “iatrogenias”, atendiendo únicamente a la previsibilidad y naturaleza de sus resultados. Asimismo, ayuda a la academia a superar la lucha alrededor de la definición conceptual, la cual, sin duda, difiere su significado y distrae el foco de otros puntos relevantes a profundizar. Cabe adelantar que nuestro país, en el recuento histórico de la Jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha oscilado entre ambas orientaciones y, además, ha hecho un análisis especial de la tercera teoría, acogéndola en varias sentencias como la conceptualización mayormente acertada de la figura.

ii. Análisis cualitativo de la iatrogenia negativa desde la ética médica

La ética médica ha sido la rama de estudio encargada de acoger a la iatrogenia y dar lugar a su análisis y desarrollo, en consecuencia, autores dedicados a esta área (médicos y estudiosos de las ciencias de la salud) han profundizado en temas que, al pasar del tiempo, han adquirido relevancia. En el presente trabajo de investigación se identificaron los fundamentos teóricos principales desarrollados por la ética médica alrededor de la iatrogenia negativa, los cuales, al igual que las conceptualizaciones expuestas *supra*, devienen en trascendentales como cimientos atributivos para el examen jurídico posterior de la figura.

a. Causas

Las causas de la iatrogenia negativa pueden variar dependiendo del caso concreto, o bien, de la rama de la medicina desde la cual se esté desarrollando el acto médico en cuestión; no obstante, con el desarrollo de la presente investigación se han identificado al menos dos causas principales, las cuales engloban las pequeñas causas extraídas de los estudios encontrados sobre la iatrogenia desde la ética médica, y que son capaces de incidir en el resultado negativo de la misma: *i)* mecanismos externos no atribuibles al paciente *ii)* mecanismos internos inherentes al paciente.

- i) Mecanismos externos no atribuibles al paciente: son eventos inevitables que están fuera del ámbito de actividad del potencial responsable, no obstante, no son atribuibles a la naturaleza propiamente. Muchos de esos eventos pueden desarrollarse dentro de la misma institución (pública o privada), por lo que no necesariamente deben tener un responsable identificable. Un ejemplo por antonomasia es el caso en el que un cuerpo médico que está llevando a cabo una operación compleja (médicos, enfermeros, personal auxiliar, etc.) debe lidiar con un corte de fluido eléctrico repentino en las instalaciones de salud, y la planta de generación de emergencia no entra en funcionamiento a tiempo, por lo que se producen daños en el paciente inevitables, tales como la sepsis debido a falta de equipos indispensables como ventiladores. Estos menoscabos de ninguna manera son atribuibles al personal médico que está siguiendo los parámetros exigidos por la *lex artis*, ni tampoco a la naturaleza propiamente (como sí lo sería un sismo), sin embargo, se trata de una causa externa que podría atribuirse al centro hospitalario. Autores como Dufurneaux Sollet y Marino Magdariaga (2012) han llamado a estas causas “*tendencias iatrogénicas institucionales*” las cuales, según indican los profesionales, muchas veces son atribuibles a la Administración, pues el personal de salud está haciendo aquello que le es exigido, conforme los recursos que ostenta. Los autores describen la falta de recursos de diagnóstico en los laboratorios clínicos, lo cual es capaz de desarrollar un resultado patológico erróneo y, en consecuencia, un tratamiento inadecuado, mas no atribuible al médico ni al paciente, por lo que se constituye como causa externa o institucional.

Si bien el propósito es desarrollar las diversas capacidades, a través de las cuales se pueda aspirar a un ejercicio clínico de calidad, acucioso, reflexivo y crítico, **es necesario reorientar los esfuerzos por desentrañar los defectos que, como resultado de las condicionantes institucionales o del sistema de salud, propician las conductas iatrogénicas.** (...) Por otro lado, identificar las debilidades permitirá reconstruir la forma en que se utilizan los recursos diagnósticos o terapéuticos disponibles, sobre el principio de que estos complementan

a la clínica y no a la inversa, a favor del bienestar integral de los pacientes.²¹⁰

Otro ejemplo de este tipo de mecanismos externos causantes de iatrogenia es el caso de estudio en el que el médico tratante sufre un paro cardíaco en media intervención quirúrgica, y por alguna razón atribuible a la Administración (falta de recursos, decisiones administrativas, etc.) no hay médico sustituto, o bien, puede durar un tiempo en sustituir al principal, lo cual, dependiendo de la complejidad de la operación, puede ocasionar daños graves al paciente.

- ii) Mecanismos internos inherentes al paciente: tal y como lo refiere su nombre, estas causas tienen su génesis en las condiciones propias del paciente, lo cual no quiere decir que los pacientes sean culpables o responsables de estas causas, por el contrario, la mayoría de las veces se debe a circunstancias particulares propias de su anatomía y biotipología. Es menester recordar que, por tratarse de iatrogenia negativa, en estos casos el acto médico es absolutamente acorde con la *lex artis*, no obstante, el resultado deviene en dañoso precisamente debido a condiciones inherentes al paciente. Estas causas se clasifican, a su vez, en: i) idiosincrasia fisiológica y ii) sensibilidad individual. Los autores Valesco Martín y Valesco Sendra (2018) se han referido a la idiosincrasia fisiológica de la siguiente manera:

Se trata de una respuesta atípica de un enfermo a un medicamento, que habitualmente no se produce al administrarlo a la mayoría de las personas y que reconoce unas bases genéticas. Por ejemplo, las crisis hemolíticas que provocan las sulfamidas en personas deficientes en glucosa-6-fosfato deshidrogenasa. Puede ser farmacocinética o farmacodinámica.²¹¹

²¹⁰ Moraima Dufurbeaux Sollet y Dora. L. Marino Magdariaga, “Repercusión social de iatrogenias por el uso de recursos de diagnóstico en el laboratorio,” *Revista MEDISAN* no. 1, (2012): 146, consultado 13 mayo, 2021, [Repercusión social de iatrogenias por el uso de recursos de diagnóstico en el laboratorio clínico \(sld.cu\)](#).

²¹¹ Alfonso Velasco Martín y María Velasco Sendra, “Reacciones Adversas Medicamentosas (RAM) Interacciones Medicamentosas” (Conferencia impartida por motivo del Ciclo de Conferencias La Caixa, Facultad de Medicina de la Universidad de Valladolid, 22 de marzo de 2018).

Es menester señalar que este tipo de respuesta, pese a no ser atribuible al médico tratante, en algunos casos puede ser previsible. De igual manera, es importante diferenciar esta figura del efecto secundario, el cual, según los autores Valesco Martín y Valesco Sendra (2018), se trata de un efecto que es consecuencia directa de la acción principal de un medicamento, que no se produce por sobredosificación en su suministro, y que no se debe a las condiciones propias del paciente.

Comúnmente, la iatrogenia negativa tiene relación con la idiosincrasia fisiológica, toda vez que la toma de signos vitales, exámenes y entrevistas previas que se le realizan al enfermo no arrojan toda la información necesaria en el caso particular para que el médico pueda predecir la reacción alérgica del paciente, por lo que, si se conoce que no es un resultado habitual en la mayoría de las personas, se corre el riesgo, atendiendo al beneficio mayor que podría tener su aplicación. Asimismo, en los casos en los que esa respuesta atípica es absolutamente novedosa, no hay manera de que sea previsible por el médico, lo cual la convierte en insuperable.

Finalmente, cuando se habla de sensibilidad individual o reacciones no alérgicas, usualmente se hace referencia a la intolerancia o hipersensibilidad del paciente a ciertos medicamentos, la cual se trata de una respuesta que no se explica y que se debe a una reactividad alterada de ese enfermo, que se considera que es de tipo inmunológico. Estas reacciones pueden ser semi alérgicas o no alérgicas, es decir, reacciones variopintas no identificables con el sistema respiratorio, ni con el sistema epitelial. Verbigracia, la hipoglucemia²¹² provocada por una dosis de antidiabético.

Cabe destacar que la agrupación propuesta *supra* como resultado del estudio realizado es con miras a una categorización más sintética y sistemática, capaz de englobar mayor variedad de situaciones en cada categoría, con el objetivo de simplificar a los operadores

²¹² Afectación en la que el nivel de azúcar en la sangre es inferior de lo normal. Diccionario Real Academia Española, s.v. “hipoglucemia”, consultado 20 mayo, 2021, [hipoglucemia | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#).

jurídicos el estudio de la figura desde el derecho. Asimismo, permite reunir previamente las situaciones, de forma tal que sea posible determinar con mayor facilidad de qué tipo de iatrogenia se habla.

b. Sujetos intervinientes

Ahora bien, tal y como se observa en el acápite anterior, alrededor del concepto de iatrogenia existen una serie de cuestionamientos que poco tienen que ver con el significado de la figura propiamente, *a contrario sensu*, su análisis y estudio cobran relevancia en el examen cualitativo posterior de la misma, razón por la cual la presente investigación se ha dado a la tarea de indagar sobre el origen de estos cuestionamientos, logrando identificar que gran parte de las interrogantes evidenciadas desde la ética médica se refieren a los sujetos activos y pasivos intervinientes en la iatrogenia negativa²¹³:

- i) Sujetos activos intervinientes: tal y como se refirió *supra*, el origen etimológico de la palabra “iatrogenia” significa “aquella alteración ocasionada por el médico”, no obstante, conforme se ha desarrollado su conceptualización, la bioética se ha enfrentado con un cuestionamiento válido y relevante: ¿si en la atención hospitalaria intervienen varios sujetos (médicos, enfermeros, farmacéuticos, nutricionistas, psicólogos, psiquiatras, auxiliares, personal administrativo, personal de mantenimiento, limpieza, etc.), sigue siendo la iatrogenia únicamente atribuible al resultado de una intervención del médico tratante? Esta interrogante ha arrojado las dos afirmaciones que han dado origen a las tendencias mayoritarias extraídas de la teoría de la ética médica alrededor de la figura²¹⁴: i) la iatrogenia negativa únicamente se configura con la intervención del médico tratante; y ii) la iatrogenia negativa puede desarrollarse por un equipo interdisciplinario, parte de una maquinaria institucional unificada.

La primera afirmación, fundamentada en el concepto etimológico de la palabra, se basa principalmente en que la iatrogenia es propia del galeno, por lo que, de existir un resultado negativo en el cual el médico no haya intervenido, será un

²¹³Al respecto ver acápite anterior “Consideraciones conceptuales sobre la iatrogenia”.

²¹⁴Al respecto ver acápite anterior “Consideraciones conceptuales de la iatrogenia” sobre las tendencias conceptuales mayoritarias.

resultado casual de la práctica médica, mas no un resultado iatrogénico propiamente. No obstante, a pesar de que se trata de la inclinación mayoritaria, esta teoría presenta varias falencias importantes: a) que es absolutamente estrecha e inobservante de la naturaleza de la atención hospitalaria actual, lo cual, la limita a considerar única y exclusivamente la conducta del galeno como posible causa del resultado dañoso; b) que no muestra flexibilidad a los tipos de atención hospitalaria actual, toda vez que, dependiendo del centro de salud en cuestión, pueden darse intervenciones de varios profesionales sobre un mismo paciente; y c) que limita el estudio de responsabilidad, única y exclusivamente a los deberes del galeno encargado.

Por su parte, la segunda afirmación reconoce que el acto médico va más allá del galeno, toda vez que en su realización intervienen variedad de sujetos, verbigracia Montagud Rubio (2020)²¹⁵, quien es claro en afirmar que el profesional que causa el acto iatrogénico puede ser sanitario, médico, psicológico, enfermero, dentista, etc. De igual manera, David Tole y Nicole Cadavid (2018)²¹⁶ manifestaron que, si bien, es muchas veces el médico quien da las indicaciones, existen variedad de intervinientes en el procedimiento médico o terapéutico, los cuales son capaces de generar la iatrogenia.

Este trabajo de investigación sigue la tesis de esta segunda afirmación, pues se considera la más ajustada a la realidad, no obstante, es menester aclarar que en la investigación realizada se encontraron dos falencias a esta proposición: a) si actualmente es difícil reconocer cuando existe iatrogenia negativa médica, su clasificación, características y diferenciación de la mala praxis, con mayor razón será difícil identificar si en realidad se está en presencia de iatrogenia provocada

²¹⁵ Nahum Montagud Rubio, "Iatrogenia: qué es, características, y ejemplos" *Psicología y mente (blog) artículo avalado*, 2020, consultado 15 abril, 2020, párr.4, [Iatrogenia: qué es, características, y ejemplos \(psicologiaymente.com\)](https://psicologiaymente.com)

²¹⁶ Henry David Tole y Nicole Cadavid, "Instrumentador quirúrgico: iatrogenia, eventos frecuentes y responsabilidad en el quirófano," *Revista Repertorio de Medicina y Cirugía* no. 2, (2018): 125, consultado 13 mayo, 2021, [Instrumentador quirúrgico: Iatrogenia, eventos frecuentes y responsabilidad en el quirófano | Revista Repertorio de Medicina y Cirugía \(fucsad.edu.co\)](https://fucsad.edu.co).

por otros profesionales de la salud. Por ejemplo, en una intervención quirúrgica se comprueba que el médico actúa bajo los parámetros establecidos por la *lex artis*, no obstante, el resultado es negativo y gravoso para el paciente, por lo que se determina la existencia de iatrogenia negativa necesaria o innecesaria, dependiendo de la particularidad del caso. Ahora bien, se identifica la intervención de un enfermero en la operación, cuya actuación deberá individualizarse para ver si cometió un error (por ejemplo, si suministró la cantidad inadecuada de un medicamento, a pesar de lo prescrito por el médico, en cuyo caso podría dar origen a una responsabilidad personal del enfermero, o a una responsabilidad objetiva de la institución por mala praxis), o bien, si siguió los parámetros de la *lex artis* (suministró la cantidad adecuada del medicamento), pero por características propias del paciente se presentó una intolerancia impredecible -en cuyo caso se comprobaría una iatrogenia negativa innecesaria-. Posteriormente, habrá que individualizar también la intervención del auxiliar de enfermería, quien por ejemplo debía revisar la idoneidad de cada uno de los artefactos para suministrar el medicamento, y así sucesivamente con cada uno de los intervinientes, lo cual, sin duda, hace más complejo el análisis de responsabilidad personal en una figura tan inexplorada como lo es la iatrogenia.

b) Las intervenciones del resto de profesionales de salud (sea por error, mala práctica, o bien, por iatrogenia comprobada) son estadísticamente menos riesgosas que las intervenciones médicas, razón por la cual es difícil demostrar su nexo causal con el daño (máxime si es particularmente gravoso). De igual manera, muchas de esas intervenciones responden a protocolos administrativos hospitalarios, recursos disponibles, disposiciones jerárquicas, etc. Al respecto, las autoras Rodríguez Ortega y Herrera Rojas, en su artículo “*Iatrogenia relacionada con el acto de enfermería*”, indicaron que la iatrogenia es una figura básicamente inexplorada respecto de los actos de enfermería, y que la literatura existente apuntaba a los errores en la medicación, no obstante, a través de su estudio de campo logran comprobar que los actos iatrogénicos en enfermería se daban principalmente en la realización de procedimientos estandarizados por la

Administración, por lo que, usualmente no arrojaban consecuencias fatales para el paciente:

En la literatura revisada la iatrogenia relacionada con el acto de enfermería es la ocasionada por errores en la medicación, sin embargo en el estudio realizado en las unidades de cuidado intensivo se encontró que los errores eran de procedimientos estandarizados y de cuidado básico, que incluyen actividades de higiene y comodidad, control de signos vitales, control de peso, balance de líquidos, ingesta, inmovilización y fijación de sondas, tubos y sistemas de drenaje, traslado y/o movilización de pacientes y prevención de lesiones de piel y toma y marcación de laboratorios (...) Las implicaciones de la iatrogenia relacionada con el acto de enfermería para el paciente, no tuvieron consecuencias fatales, generaron repetición o realización de intervenciones de tratamiento o diagnóstico adicionales.²¹⁷

Sin duda, vale la pena cuestionarse si es necesario enfocar el acto iatrogénico y su eventual responsabilidad hacia otros profesionales de la salud intervinientes, cuyo encargo, usualmente, es menor que el del médico tratante, pues su margen de decisión es mucho más limitado. No obstante, esta consideración puede variar dependiendo del caso concreto, así como de la magnitud del daño ocasionado, ya que hay supuestos fácticos donde podría tener relevancia evaluar si la iatrogenia fue ocasionada por otro profesional interviniente. En consecuencia, a pesar de sus falencias y del estudio incipiente alrededor de este tema, esta investigación se inclina por la segunda afirmación, ya que no solo considera que es la más realista en el ámbito hospitalario actual, sino que además amplía toda una gama de posibilidades que pueden ser estudiadas e investigadas por la ética médica posteriormente.

- ii) Sujetos pasivos afectados: ahora bien, en lo que respecta a los sujetos pasivos afectados por un acto iatrogénico, se trata de un tema prácticamente inexplorado por la doctrina médica, lo cual no quiere decir que no existan cuestionamientos y consideraciones a su alrededor, que, de alguna manera, han llegado a permear el significado de iatrogenia. Sin embargo, estas consideraciones parecen ser más jurídicas que éticas, máxime que el daño y sus alcances en cuanto a afectación es

²¹⁷ Nancy Rodríguez Ortega y Janeth Herrera Rojas, “Iatrogenia relacionada con el acto de enfermería,” *Revista de actualizaciones en enfermería* no. 1, (2003): 10, consultado 20 mayo, 2021, [IATROGENIA EN ACTO DE ENFERMERÍA, REVISTAS MÉDICAS, SALUD \(encolombia.com\)](http://IATROGENIA EN ACTO DE ENFERMERÍA, REVISTAS MÉDICAS, SALUD (encolombia.com).).

un t3pico usualmente determinado desde el derecho. No obstante, investigaciones sobre este tema desde la 3tica m3dica han brindado dos afirmaciones antag3nicas: i) el acto iatrog3nico 3nicamente afecta al paciente tratado; y ii) el acto iatrog3nico puede afectar a los familiares cercanos del paciente.

La primera de las tesis expuestas no contempla la posibilidad de que el da1o causado por el acto iatrog3nico afecte a terceros como familiares cercanos, mientras que, por el contrario, la segunda de las tesis es partidaria de que la afectaci3n se extienda a familiares cercanos al paciente, tales como padres, hijos o cuidadores.

Ante lo anterior, en esta investigaci3n se ha considerado necesario recordar que existe una diferencia entre el da1o puro y simple (“afectaci3n”) y el da1o jur3dico (administrativo y penal):

Seg3n el Diccionario prehisp3nico del espa1ol jur3dico (avalado por la Real Academia Espa1ola)²¹⁸, el significado general de da1o es “perjuicio o lesi3n”, mientras que, su significado desde el derecho penal es “delito consistente en causar da1os de manera deliberada en la propiedad ajena”; finalmente, el mismo texto indica que, desde el derecho administrativo, da1o es “efecto lesivo de car3cter patrimonial, f3sico o moral que deriva de la actuaci3n de los poderes p3blicos o que se imputa a ella”.

Tal y como lo refiere el diccionario acad3mico de cita, da1o, en s3 mismo, 3nicamente se define como cualquier perjuicio o lesi3n, significado que parece compaginarse mayormente con la “afectaci3n a familiares” mencionada en algunas afirmaciones propuestas por estudiosos de la 3tica m3dica. Asimismo, es menester destacar que ninguna de las dos posiciones mencionadas ha ahondado en los alcances de la posible “afectaci3n” a familiares que puede ocasionarse a ra3z de un resultado iatrog3nico, 3nicamente, aquellos que afirman su existencia

²¹⁸Diccionario Prehisp3nico del Espa1ol Jur3dico, s.v. “da1o”, consultado 21 mayo, 2021, [Diccionario panhisp3nico del espa1ol jur3dico - Real Academia Espa1ola \(rae.es\)](#).

han mencionado vagamente una posible afectación de la integridad física y mental: “La iatrogenia abarca todos los efectos nocivos derivados de la gestión médica que tienen carácter no intencional y, en ocasiones, inconsciente, lo cual afecta la integridad física y mental de pacientes, familiares y otras personas”²¹⁹.

Ahora bien, si nos limitamos a lo propuesto por la ética médica y utilizamos la lógica y el sentido común, efectivamente puede concluirse que, dependiendo del caso, puede existir una afectación negativa sobre el núcleo cercano del paciente (usualmente la familia o el cuidador del paciente), no obstante, esta afectación parece ser principalmente de índole mental y psicológico, propio de aquellos que acompañan de cerca las dolencias de un enfermo. Al respecto, el Dr. Miguel Ángel Fernández Ortega (2004)²²⁰ indicó que los familiares cercanos pueden sufrir desajustes psicológicos y emocionales, dependiendo de la evolución del enfermo, los cuales se pueden traducir en aislamiento, conflictos de roles y límites, conflictos de pareja, problemas económicos, síndrome del cuidador²²¹, negación, cólera, miedo, ambivalencia afectiva, etc.

Lo anterior concuerda racionalmente con lo referido en el primer capítulo de la presente investigación, toda vez que una característica del daño desde el punto de vista jurídico es que este debe ser propio, es decir, solo puede ser reclamable por aquel que sufrió la lesión. Lo anterior parece dejar sin posibilidades la segunda afirmación a favor, de que los daños iatrogénicos se extiendan al paciente, ya que aquellos resultados de una iatrogenia negativa necesaria o innecesaria en principio afectarían únicamente al paciente. No obstante, algunos tipos de daño permiten la extensión de los efectos a terceros, tales como los daños morales subjetivos, o

²¹⁹ Yoandra Domecq Gómez, Josué Freire Soler, Odalis Querts Mendez y Juan Lorenzo Columbié Reyes, “Consideraciones actuales sobre la iatrogenia,” *MEDISAN* no. 5, (2020): 1, consultado 23 mayo, 2021, [Consideraciones actuales sobre la iatrogenia \(sld.cu\)](#).

²²⁰ Miguel Ángel Fernández Ortega, “El impacto de la enfermedad en la familia,” *Revista de la Facultad de Medicina UNAM* no. 6, (2004): 252, consultado 28 mayo, 2021. [El impacto de la enfermedad en la familia \(medigraphic.com\)](#).

²²¹ Según Fernández Ortega (2004), este síndrome refiere a las alteraciones psicofísicas de quienes cuidan constantemente un enfermo, tales como ansiedad, depresión, alteraciones del ritmo de sueño, dolores de cabeza, etc.

bien, los daños psicológicos, sin embargo, como lo refiere Bustamante (1998)²²², para que estos daños sean materializables deben tener la misma causa que aquella que lesionó directamente a la víctima. Por ejemplo, un galeno que prescribe una dosis del medicamento retroviral para un paciente con VIH, no obstante, esa dosis resulta ser incompatible con el paciente, pues, aunque a largo plazo impide la evolución del virus, provoca en el paciente efectos secundarios superiores a los evidenciados en otros pacientes: extrema debilidad, sudoración, fiebre, vómitos, etc. Lo anterior, al ser un daño corporal o fisiológico que afecta exclusivamente la integridad física del paciente, es imposible que se vea reflejado en cualquier otra persona, por más cercana que esta sea, *a contrario sensu*, los daños psicológicos no solo son capaces de manifestarse directamente en el damnificado, también pueden aparecer en la psiquis de los familiares cercanos al paciente.

Retomando el ejemplo anterior, la pareja del paciente con VIH sida, quien ha tenido que cuidarlo cada día después del suministro del medicamento, y que ha dejado su trabajo y su vida cotidiana para atender exclusivamente al paciente, encontrándose con depresión, ansiedad e insomnio, producto de la desmejora del paciente.

En consecuencia, a partir del análisis esgrimido, la presente investigación soporta la noción que afirma que sí es posible considerar a los familiares cercanos del paciente (o bien, aquellos que le sustituyen en el tratamiento) como sujetos pasivos de un acto iatrogénico, toda vez que estos pueden salir afectados en su integridad mental y emocional a causa de los resultados negativos del mismo, tratándose de un daño indirecto, ya reconocido por algunas corrientes jurisprudenciales de nuestro país. No obstante, esta investigación reconoce que existen pocas respuestas y muchas interrogantes alrededor de este tema, desde la ética médica, medicina y desde el derecho, no obstante, el objeto de la presente investigación no se centra en este tópico, por lo que, propone el análisis *supra*

²²² Álvaro Bustamante Ledesma. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. (Bogotá, Colombia: Leyer, 1998), 230.

como peldaño teórico base para avanzar en el conocimiento de la figura, evidenciando su necesidad de ser posteriormente estudiado a profundidad.

c. Iatrogenias

Ahora bien, desde la ética médica se han desarrollado una serie de tipologías alrededor de la iatrogenia (también llamadas iatrogenias), las cuales están estrechamente ligadas con las causas *supra* citadas, pues a partir de su caracterización se puede determinar si se está ante un mecanismo externo no atribuible al paciente, o bien, un mecanismo interno inherente al paciente. Es menester aclarar que tampoco existe consenso acerca de cuál es la tipología correcta, no obstante, vale la pena mencionar la mayormente reiterada por los autores como base teórica representativa.

En primer término, el médico Pedro Albujar (2004)²²³ ha reconocido la existencia de cuatro tipos de iatrogenia: i) la iatrogenia medicamentosa; ii) la psiquiatrogenia; iii) la iatrogenia quirúrgica; y iv) la iatrogenia en infectología. Según el autor, la primera de ellas se puede configurar cuando el médico prescribe medicamentos que influyen negativamente en el paciente. No obstante, si bien esto puede deberse a la idiosincrasia fisiológica novedosa o a la sensibilidad individual del paciente (mecanismos internos inherentes al paciente), el autor es tajante en afirmar que estos casos usualmente resultan del desconocimiento de la farmacología y toxicología de los medicamentos prescritos (error médico excusable²²⁴), así como de la influencia que ejercen los laboratorios farmacéuticos sobre los galenos. Este tipo de iatrogenia se puede producir por defectos posológicos²²⁵, toxicidad de la droga que produce efectos colaterales, propiedades teratogénicas²²⁶, etc. En el mismo sentido, el médico Oscar Vera (2013) confirmó que, a pesar de que se debe a una reacción indeseable o inesperada de un medicamento, “su morbilidad entre el 2% y 25%, el 28% **son evitables**. Por

²²³ Pedro Albujar, “Ética médica: iatrogenia,” *Revista Diagnostico* no. 5, (2004): 125, consultado 13 mayo, 2021, [Revista DIAGNOSTICO \(fihu.org.pe\)](http://Revista DIAGNOSTICO (fihu.org.pe)).

²²⁴ Al respecto ver capítulo anterior *Mala praxis médica* sobre las causas de exculpación.

²²⁵ Se trata de efectos farmacológicos que tratan de la dosis en la que deben administrarse los medicamentos. Diccionario Real Academia Española, s.v. “Posología”, consultado 28 mayo, 2021, [posología | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#).

²²⁶ Son propiedades capaces de producir malformaciones en un embrión o feto. Diccionario Real Academia Española, s.v. “Teratogénico”, consultado 28 mayo, 2021, [teratogénico, teratogénica | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#).

desconocimiento de la farmacología y toxicología del medicamento prescrito. Descuido en la revisión de la historia clínica.”²²⁷.

Por su parte, la psicoiatrogenia se produce cuando palabras o gestos debilitan la seguridad del paciente, o bien, provocan en él pensamientos de humillación, atentan contra su autoestima y crean o aumentan su desconfianza. Verbigracia, los diagnósticos precipitados que no son debidamente confirmados, y que quedan fijados en la psiquis del paciente:

Los comentarios imprudentes pueden provocar angustia al paciente. Con frecuencia durante las visitas o rondas hospitalarias, en la propia cabecera del enfermo, se expone desde su vida íntima hasta la gravedad de su enfermedad y la posible causa de su muerte, usando con ligereza términos como tumor, neoplasia, incurable, sin darse cuenta del daño psicológico a quien sigue atento los comentarios que se hacen a su alrededor. En este tipo de iatrogenia está incluido el personal paramédico²²⁸

Según Pedro Albujar (2004), la psicoiatrogenia puede producirse mediante comunicación verbal (iatrolalia) y no verbal (iatrominia). Al respecto, se refiere también el médico Oscar Vera (2013):

Verbal (iatrolalia): comentarios imprudentes en la ronda hospitalaria en la propia cabecera del enfermo que afectan la autoestima o causa angustia al paciente. En los hospitales docentes la disquisición clínica imprudente del profesor con sus alumnos delante del paciente. Explicación incompleta o inadecuada al paciente sobre su enfermedad.

No verbal (iatrominia): actitudes, gestos; no recibir al paciente con un saludo (hipócrates: "la amistad médica"); no hacer el examen físico, es un dependiente de la computadora.²²⁹

A simple vista se podría determinar que este tipo de iatrogenia encuentra su causa en los mecanismos externos no atribuibles al paciente, no obstante, eso no es del todo cierto, ya que, en realidad, los sentimientos de humillación, amenaza y desconfianza que puede percibir un enfermo respecto de la atención hospitalaria o del médico propiamente, pueden también responder a condiciones psicológicas propias del paciente, tales como padecimientos

²²⁷ Oscar Vera Carrasco, “Aspectos éticos y legales en el acto médico,” *La Paz no. 2*, (2013): 79, consultado 2 junio, 2021, [ASPECTOS ÉTICOS Y LEGALES EN EL ACTO MÉDICO \(scielo.org.bo\)](https://scielo.org.bo).

²²⁸ Pedro Albújar, “Ética médica: iatrogenia,” *Revista Diagnostico no. 5*, (2004): 125, consultado 13 mayo, 2021, [Revista DIAGNOSTICO \(fihu.org.pe\)](https://fihu.org.pe).

²²⁹ Oscar Vera Carrasco, “Aspectos éticos y legales en el acto médico,” *La Paz no. 2*, (2013): 79, consultado 2 junio, 2021, [ASPECTOS ÉTICOS Y LEGALES EN EL ACTO MÉDICO \(scielo.org.bo\)](https://scielo.org.bo).

previos diagnosticados de ansiedad, depresión, TOC, etc. Sin embargo, estos casos son minoría, pues, como bien lo refieren los autores, la psiquiatrogenia usualmente tiene su origen en comentarios imprudentes, actitudes o gestos inadecuados por parte del médico tratante.

Asimismo, la iatrogenia quirúrgica se puede dar por variedad de causas, tanto en la cirugía propiamente como en los cuidados pre y post operatorios. Según Pedro Albujar (2004)²³⁰, el resultado iatrogénico puede responder al diagnóstico inadecuado, errores en la técnica por insuficiente planeación prequirúrgica, insuficiente evaluación clínica preoperatoria, descuido postoperatorio, intervenciones innecesarias, incapacidad del cirujano, etc. Este tipo de iatrogenia es respaldado por los doctores Henry David Tole y Nicole Cadavid (2018)²³¹, quienes afirman que la iatrogenia quirúrgica también se puede producir por la posición inadecuada del paciente al momento de la intervención, lo cual puede causar lesiones osteomusculares, o bien, compresión en prominencias óseas. De igual manera, también puede reflejarse en la inexistencia del personal adecuado en una cirugía, verbigracia el instrumentador quirúrgico.

En ocasiones, la iatrogenia quirúrgica puede encontrar su causa en mecanismos internos inherentes al paciente, ya que ciertas características físicas y biológicas presentes en algunas personas son capaces de producir la complicación de una cirugía. No obstante, si se siguen los protocolos establecidos por la *lex artis*, las dificultades quirúrgicas acaecidas probablemente serán consecuencia de descuidos del médico tratante en el ínterin de operación, los cuales constituyen mecanismos externos no atribuibles al paciente, que, como queda evidenciado *supra*, son comunes en ocasionar este tipo de iatrogenia.

Finalmente, el último tipo mencionado por Pedro Albújar (2004)²³² es la iatrogenia en infectología, la cual se refiere a aquellos resultados negativos propios de una infección durante la instancia hospitalaria, que, según el autor, muchas veces se debe a procedimientos

²³⁰ Pedro Albújar, “Ética médica: iatrogenia,” *Revista Diagnostico* no. 5, (2004): 125, consultado 13 mayo, 2021, [Revista DIAGNOSTICO \(fihu.org.pe\)](http://Revista DIAGNOSTICO (fihu.org.pe)).

²³¹ Henry David Tole y Nicole Cadavid, “Instrumentador quirúrgico: iatrogenia, eventos frecuentes y responsabilidad en el quirófano,” *Revista Repertorio de Medicina y Cirugía* no. 2, (2018): 126, consultado 13 mayo, 2021, [Instrumentador quirúrgico: Iatrogenia, eventos frecuentes y responsabilidad en el quirófano | Revista Repertorio de Medicina y Cirugía \(fucsalud.edu.co\)](http://Instrumentador quirúrgico: Iatrogenia, eventos frecuentes y responsabilidad en el quirófano | Revista Repertorio de Medicina y Cirugía (fucsalud.edu.co)).

²³² Pedro Albújar, “Ética médica: iatrogenia,” *Revista Diagnostico* no. 5, (2004): 125, consultado 13 mayo, 2021, [Revista DIAGNOSTICO \(fihu.org.pe\)](http://Revista DIAGNOSTICO (fihu.org.pe)).

invasivos, uso de antibióticos (responsables del rápido incremento de las cepas resistentes), heridas quirúrgicas infectadas, etc. En este último supuesto, las causas de los resultados iatrogénicos por infección dentro de la atención hospitalaria se identifican con situaciones que el personal médico a cargo debe tener presentes (le sean evitables o no), razón por la cual, aunque las condiciones físicas y biológicas del paciente aumenten las posibilidades de infección, el galeno debe ofrecer las soluciones oportunas para evitar a toda costa el resultado infeccioso. Este tipo de iatrogenia tiene la particularidad de ser previsible en el 95% de los casos, aunque inevitable la mayoría de las veces, por lo que usualmente se identifica con iatrogenia negativa necesaria.

iii. Incorporación de la iatrogenia al ámbito jurídico

Tal y como se indicó en el apartado previo, el concepto de iatrogenia fue inicialmente asociado con la academia de la ética médica, por lo que su incorporación al ámbito jurídico fue progresiva, e inició con la deontología médico legal, la cual fundó los primeros puentes doctrinarios de esta figura con el derecho; posteriormente, la medicina legal propiamente fue adaptando el concepto a problemáticas jurídicas originadas en el accionar de los médicos, pero apartadas de los principios éticos y morales exigibles a los profesionales, fijando su enfoque en la mera legalidad de las conductas y sus efectos.

Los aportes de la deontología médico legal sobre la iatrogenia en un inicio se inclinaron a hacer consideraciones relativas a los deberes éticos y morales del médico, y cómo su cumplimiento era capaz de influir en la salud del paciente (principalmente de forma negativa). Verbigracia, los doctores Dennis Castro Bobadilla y Arema Dickerman Kraunick (1995)²³³ enfatizaron en que, en los casos de iatrogenia, el médico llevaba a cabo un ejercicio correcto de la profesión, cumpliendo con sus deberes éticos y principios exigidos (no dañar a otros, cuidar a los enfermos atendiendo a su condición humana, utilizar los conocimientos médicos contra las leyes de la humanidad, no hacer distinción de nacionalidad, religión, raza, clase, entre otros), por lo que si el resultado era negativo, esto se debía a razones externas que no podían desencadenar ningún tipo de consecuencia para los galenos, pues estos habían respetado los principios bioéticos exigibles.

²³³ Dennis A. Castro Bobadilla y Arema R. Dickerman Kraunick, *Compendio de medicina forense*. (Honduras, Tegucigalpa: ALIN EDITORA, S.A, 1995), 10.

Asimismo, otros especialistas fueron un poco más allá de los deberes éticos y principios exigidos a los galenos, entre ellos, el doctor Alberto Lifshitz Guinzberg (1998)²³⁴, quien hizo un estudio sobre las perspectivas desde las que podía tratarse la iatrogenia (también llamada yatrogenia): la perspectiva teleológica y la perspectiva deontológica. Según el autor, la primera de ellas se enfoca en el resultado o desenlace de la conducta, por lo que, si el paciente resultó dañado, la acción debe tomarse como incorrecta (independientemente de cómo fuera aplicada). Por su parte, la perspectiva deontológica se enfoca en analizar si los procedimientos se realizaron bien y si, a pesar de eso, hubo daño, pues lo que importa es la acción misma, no el resultado. Tal y como lo refiere el autor, la mezcla de estas dos perspectivas pudo generar alguna confusión en el estudio de la figura, no obstante, el reconocimiento de la perspectiva teleológica en las teorías bioéticas alrededor de la iatrogenia evidenció que también era importante enfocarse en el resultado dañoso, dando los primeros pasos hacia un estudio causal desde el derecho.

No obstante, conforme fue avanzando la investigación alrededor de este tema aparecieron nuevas teorías alternativas en la deontología médico legal, que buscaban de alguna manera separar la iatrogenia del derecho, indicando que su estudio solo correspondía a la ética médica o ética biomédica. Al respecto, FM García, GA García y FM García (2005) concluyeron que la iatrogenia en sí misma, como “consecuencia o efecto negativo de una acción correcta, adecuada, incluso, la indicada”²³⁵, conducía exclusivamente a la bioética, mientras que, “el daño como la consecuencia negativa del acto incorrecto, errático, negligente, imperito o impropio”²³⁶ era atribuible únicamente a la mala praxis médica, por lo que, eso era lo único de lo que se debía encargar el derecho.

Ahora bien, decir que la iatrogenia nos conduce a la bioética es plantearnos una concepción activa del sujeto receptor del diagnóstico o la terapéutica que obliga al médico para con su paciente en un sentido moral. Esto es, adicionar a sus actos otra serie de obligaciones que sobrepasan la atención del cuadro clínico para ocuparse de la persona. En este sentido, estamos hablando de la necesidad de la información, lo que constituye hoy en día uno de los derechos más importantes del ser humano para

²³⁴ Alberto Lifshitz Guinzberg, “Ética, yatrogenia y yatropatogenia.” *Revista CONAMED* no. 9, (1998): 16, consultado 3 abril 2021. [tps://www.medigraphic.com/pdfs/conamed/con-1998/con984h.pdf](https://www.medigraphic.com/pdfs/conamed/con-1998/con984h.pdf).

²³⁵ FM García, Ga García y FM García, “Iatrogenia y Dyspraxis Médica. Un enfoque bioético,” *Revista de la Facultad de Medicina de Caracas* no. 1, (2005): 1, consultado 5 abril, 2021, [Iatrogenia y Dyspraxis Médica: Un enfoque bioético \(scielo.org\)](https://doi.org/10.25408/revista-fmcc.v1n1.p1)

²³⁶ Ídem.

poder ejercer su autonomía, asumiendo con responsabilidad los efectos iatrogénicos en su relación con el médico, pues si no los conoce, se aproxima a ellos por la información que recibe. Al analizar uno de los deberes fundamentales del médico encontramos: "su obligación de estar informado de los avances del conocimiento médico"(8) y esto debería en consecuencia permitir al paciente, ser informado lo suficiente por parte del profesional, único camino para disminuir o contrarrestar los efectos iatrogénicos que pudiesen derivarse del acto o de la relación. **No es a través del derecho como se puede enfrentar la iatrogenia, sino que es a partir de una concepción integral del paciente como persona, lo que va a permitir el desarrollo de la obligación moral que tiene el médico con el paciente de informarlo;** contribuyendo así a disminuir los efectos iatrogénicos o a educarlo en el manejo de tales reacciones o adversidades. **Lo que no puede ocurrir es que el paciente sea sorprendido con esas manifestaciones.** Desde la bioética, la iatrogenia se enfrenta o se disminuye, con el desarrollo de una conciencia en el profesional y la educación al paciente respecto de lo que le puede acontecer a partir del procedimiento utilizado, o la terapéutica utilizada²³⁷ (Subrayado no es original)

A pesar de que la posibilidad de estudiar la perspectiva teleológica de la iatrogenia desde derecho no fue una decisión académica pacífica ni consensuada, pues los estudiosos de la ética médica y de la deontología médico legal mostraron resistencia, no pudo evitarse que las pesquisas realizadas desencadenaran en nuevas investigaciones, por lo que, de una manera casi espontánea, la medicina legal empezó a realizar referencias a la iatrogenia y, con ella, a la responsabilidad de los galenos en casos de iatrogenia, pues algunos especialistas comprendieron que la figura también podía tener efectos jurídicos, los cuales iban mucho más allá de sanciones por incumplimiento de la moral, los principios y las buenas costumbres médicas. Es importante destacar que los cuestionamientos realizados desde esta rama se enfocaron principalmente en la responsabilidad penal de los médicos en casos de iatrogenia, no obstante, esta vecindad estrecha con el derecho penal fue la que permitió que, posteriormente, surgieran cuestionamientos en otras áreas del derecho.

Las primeras aproximaciones desde la medicina legal fueron generalizadas, pues se enfocaron únicamente en la posibilidad de culpabilizar, o bien, responsabilizar a los galenos en casos en los que existieran resultados iatrogénicos negativos (iatrogenia negativa), verbigracia, el reconocido médico uruguayo, Dr. Álvaro Díaz Berenguer (2004), realizó una aproximación a la posible responsabilidad del médico en casos de iatrogenia, indicando que

²³⁷ Ídem.

las lesiones provocadas no eran producto del azar y, por lo tanto, debían tener un autor responsable:

Se ha sustituido la lesión que puede ser producto del azar o de causas no previsibles, por el daño que puede provocar la ciencia mal aplicada o iatrogenia. No hay azar, sino autor responsable del daño. Así como muchas personas piensan en la actualidad que la ciencia debe dar respuesta a todo, se piensa por añadidura que todo daño debe tener su responsable demostrable por la razón.²³⁸

Varios años después, la medicina legal llevó a cabo discusiones más profundas sobre el tema, abordando aspectos de responsabilidad del galeno en casos de iatrogenia y evidenciando cada vez más la necesidad de que se estudiaran profundamente desde el derecho. A modo de ejemplo, el reconocido especialista en medicina legal, Ramiro Palafox Vega (2013), quien demostró su posición en contra de que los médicos fueran responsabilizados en casos de iatrogenia, no obstante, también manifestó la necesidad de que estas interrogantes fueran tratadas desde la legalidad, con un análisis profundo de causalidad:

La iatrogenia no debería considerarse como un acto de responsabilidad médica, ya que “no hay médico sin iatrogenia, ni iatrogenia sin médicos”. Por su complejidad, la práctica de la medicina debería ser considerada bajo otros preceptos legales, bajo una legislación adecuada, con análisis profundos de las causas que dieron origen a un efecto dañino en el paciente.²³⁹

Dos años después, el también reconocido doctor Ismael García Garduza, de la Unidad Departamental de Medicina Legal de Ciudad de México, expresó de una manera más clara y precisa la necesidad de un abordaje más profundo de la figura desde la medicina, pero, además, desde el derecho, pues la manera en que se estaban aproximando al concepto y a sus consecuencias era generalizada e incipiente:

Tradicionalmente y hasta la actualidad, los profesionales de la medicina y abogados que han estudiado el tema de la responsabilidad profesional médica se han conformado con la expresión iatrogenia y su significado, el que sin embargo por sí mismo dice poco, porque al determinar que es “lo generado por el médico”, ello puede abarcar cualquier cambio que este origine y que pueda ser derivado de una conducta legal o ilegal.²⁴⁰

²³⁸ Álvaro Díaz Berenguer. *La medicina desalmada: aportes a una polémica actual*. (Montevideo, Uruguay: Ediciones Trilce, 2004), 57.

²³⁹ Ramiro Palafox Vega. *Fundamentos en la práctica de autopsia y medicina legal*. (México: Editorial Manual Moderno, 2013), 112.

²⁴⁰ Ismael García Garduza. *A propósito de los vocablos iatrogénico y iatropatogénico. Una reflexión*. (Ciudad de México, México: CONAMED, 2015), 133.

Algunas de estas consideraciones dieron origen a una serie de cuestionamientos jurídicos alrededor de la iatrogenia, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, sobre todo en la responsabilidad penal y personal del galeno, pues en la mayoría de los países de tradición romano-germánica el análisis sobre la responsabilidad de la Administración Pública en casos de iatrogenia ha sido primitivo.

El caso de Costa Rica

Por su parte, en nuestro país, la medicina legal tuvo un papel de suma relevancia en la incorporación de la iatrogenia al ámbito jurídico, toda vez que desde el año 1985 el Dr. Eduardo Vargas Alvarado, jefe del Departamento de Medicina Legal del Poder Judicial de Costa Rica y catedrático de Medicina Legal de la Universidad de Costa Rica, realizó estudios sobre las implicaciones legales de la iatrogenia, brindando una de las primeras consideraciones registradas en nuestro país:

Iatrogenia: Si a pesar de la diligencia, toda la prudencia, toda la pericia y toda la observancia de reglamentos ocurrió inevitablemente el shock. Desde el punto de vista médico-legal, aconsejamos realizar la prueba de sensibilidad, mientras el interrogatorio no la contraindique. Sabemos que hay inmunólogos que la objetan argumentando que si la persona esta sensibilizada, la prueba puede desencadenar el shock. Creemos que si, en efecto, ocurriera tal eventualidad, el médico tiene la excusa legal de que lo hizo en cumplimiento de todas las fases de prevención ante una medicación riesgosa.²⁴¹

Posteriormente, tan solo dos años después, en 1987, el Dr. Rodrigo Cordero Zúñiga, profesor emérito de la Universidad de Costa Rica, publicó el primer artículo nacional exclusivamente dedicado a la iatrogenia, el cual fue presentado en el XLIX Congreso Médico Nacional de Costa Rica en 1986, titulado “Iatrogenia”, mediante el cual el expositor explicó el origen etimológico de la palabra, así como la definición de la “enfermedad iatrogénica”, y afirmó: “esta situación debe ser conocida por el médico en forma amplia a fin de advertir los riesgos al paciente y evitar ser involucrado en injustificadas denuncias por malpraxis”²⁴².

Asimismo, en ese mismo año, el Consejo Médico Forense brindó la primera definición formal de iatrogenia a nivel nacional, la cual fue posteriormente refutada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 23-1993 del 21 de abril de 1993:

²⁴¹ Eduardo Vargas Alvarado. “Anafilaxia: Umbral de Iatrogenia y Malpraxis” *Revista Medicina Legal* (Abril. 1985):3.

²⁴² Rodrigo Cordero Zúñiga. “Iatrogenia” *Revista Medicina Legal* 4, no. 3 (Julio. 1987):2.

“La 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”²⁴³.

Esta primera definición amplió los paradigmas de la iatrogenia como figura exclusivamente médica, tejiendo un primer puente con el derecho. Ulteriormente, la medicina legal siguió evolucionando de la mano de la jurisprudencia civil, administrativa y penal, ampliando su conceptualización y realizando cuestionamientos sobre la posible responsabilidad de los galenos en casos de iatrogenia. Verbigracia, los aportes realizados por la doctora costarricense Gretchen Flores Sandí, especialista en medicina legal, quien en el 2006 amplió su definición de la siguiente manera:

No obstante haber aportado el médico todos sus medios, oportuna y adecuadamente, con la diligencia que imponía el caso, se produce un mal resultado no deseado, sobreviniendo complicaciones extraordinarias, imprevisibles o irreversibles. Las alteraciones que suelen producirse en el organismo a raíz de un hecho de esta naturaleza pueden ser directas o indirectas, orgánicas o funcionales y temporales o definitivas. Estos desórdenes iatrogénicos son producidos por efectos o, complicaciones y aparecen en el curso de un método diagnóstico, de un procedimiento preventivo o de una maniobra terapéutica.²⁴⁴

Finalmente, es menester aclarar que en nuestro país los principales aportes sobre la iatrogenia y su papel en la responsabilidad civil, administrativa o penal del galeno y de la institución han sido abordados por la jurisprudencia, razón por la cual en el siguiente acápite se llevará a cabo un análisis cronológico de las sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, así como de los Tribunales Contenciosos Administrativos, atendiendo únicamente a las consideraciones relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en casos de iatrogenia. Cabe destacar que, por escaparse del objeto de estudio, no se analizará la jurisprudencia sobre el tema en otras materias, dejando abierta la posibilidad para otras investigaciones jurídicas.

²⁴³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00023-1993; 21 abril 1993, 14:40 horas*, considerando, párr. 9, Nexus PJ.

²⁴⁴ Gretchen Flores Sandí. *Serendepia médica un error de prescripción: Un caso de denuncia por mala praxis médica*. (Costa Rica, San José: Colegio de Médicos y Cirujanos, 2006), 91-92.

Análisis jurisprudencial

a. Análisis jurisprudencial sobre la responsabilidad de la Administración Pública en casos de iatrogenia en Costa Rica

Tal y como se mencionó en el apartado *supra*, la primera sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia sobre la iatrogenia fue pronunciada el 21 de abril de 1993, mediante la resolución de un supuesto fáctico donde se discutía la responsabilidad objetiva de la Caja Costarricense de Seguro Social y de sus servidores de forma personal, por la deformación del pie izquierdo de un usuario. En este caso, a pesar de que se eligió la adecuada técnica terapéutica y se llevó a cabo su ejecución conforme a la pericia, el resultado fue negativo y absolutamente contrario a lo esperado; en consecuencia, el Tribunal de instancia determinó que se trataba de un caso de iatrogenia. No obstante, la demandada casó la sentencia, indicando que la iatrogenia no constituía eximente de responsabilidad, razón por la cual la Sala debía revocar la sentencia y exculpar a los demandados de toda responsabilidad patrimonial. Finalmente, la Sala decidió mencionar la figura de la iatrogenia únicamente para desechar su aplicación, por tratarse de una figura que, desde su perspectiva **no pertenecía al ámbito jurídico**, por lo que se debía categorizar la situación como un caso de fuerza mayor, que en virtud del artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, excluía a la Administración de responsabilidad patrimonial ante el damnificado:

IX.- El artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública establece, en su párrafo 1., lo siguiente: "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." (lo evidenciado no es del original). Cuando un tratamiento médico no surte los frutos esperados, pese a la elección adecuada de la técnica terapéutica y la ejecución de ella conforme a los procedimientos médicos conocidos, se puede excluir cualquier funcionamiento ilegítimo en la prestación del servicio profesional. Si la inventiva humana no ha establecido aún técnicas exentas de riesgos, para el tratamiento de enfermedades o deformaciones como el Hallux Valgus, y al actuar con los medios acreditados se producen lesiones como las analizadas en este proceso, ello obedece a la imposibilidad actual de prever todas las eventuales complicaciones de un caso y de afrontar adecuadamente las fuerzas de la naturaleza que gobiernan la integridad humana. En otras palabras, se trata de casos de fuerza mayor, incontrolables para la ciencia médica actual, de los cuales no puede derivar responsabilidad civil, conforme al precepto citado. **En el lenguaje médico legal, a esta situación se le suele denominar IATROGENIA, pero tal concepto no corresponde a la terminología utilizada por nuestra legislación. Por tal motivo, la discusión en torno a la forma como fue interpretado dicho vocablo por el Tribunal y el sentido dado a éste en los dictámenes de los médicos forenses no muta en nada la situación: se trata de un**

caso de fuerza mayor, donde no ha existido culpa alguna en la ejecución del tratamiento médico y no se puede pretender el resarcimiento del daño, conforme a lo preceptuado por el citado artículo 190, aplicado indebidamente en el fallo impugnado, junto con las disposiciones de fondo contenidas en esta Ley en los numerales 191 y 197. Al haber resuelto como lo hizo el Tribunal, incurrió en la violación de esas disposiciones, acusada por el recurrente, motivo suficiente para casar la sentencia impugnada, y proceder a dictar nuevo fallo.²⁴⁵ (subrayado no es original)

Es evidente que en un inicio los juzgadores mostraban cierto recelo ante la valoración de la iatrogenia como posible eximente de responsabilidad administrativa, o bien, simplemente como atenuante a la responsabilidad personal de los funcionarios; verbigracia, en este caso la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia simplemente excluyó su ponderación, indicando que la iatrogenia era únicamente el nombre médico legal que se le atribuía a los casos de fuerza mayor incontrolables para la ciencia médica actual, y que no correspondía a la terminología utilizada por la legislación costarricense, en consecuencia, no se podía simplemente tomar el término de los dictámenes médicos forenses en cada situación.

Esta orientación jurisprudencial se mantuvo por varios años y, con el pasar del tiempo, los Tribunales simplemente equipararon de forma automática el concepto de iatrogenia con el de fuerza mayor, por lo que, si consideraban que la iatrogenia estaba presente en el caso concreto, automáticamente se configuraba la fuerza mayor eximente de responsabilidad para la Administración Pública y, *a contrario sensu*, si por alguna razón no “calzaba” la fuerza mayor, inmediatamente se descartaba la iatrogenia y, en consecuencia, se configuraba la responsabilidad administrativa. Prueba de ello fue la sentencia 214-2007 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II:

VII.- Alega el apelante, que existe una eximente de responsabilidad, porque lo sucedido se debió a una causa de fuerza mayor, por ser una situación totalmente imprevisible, configurándose lo que se conoce como "iatrogenia". En realidad, lo acontecido no constituye fuerza mayor, sino un caso fortuito, el cual no es una eximente de responsabilidad contemplada en el artículo 190 párrafo primero de la Ley General citada, al ser un factor interno y no externo a la prestación del servicio médico. "El caso fortuito es frecuentemente equiparado con la "causa desconocida", cuando no se llega a conocer o probar el origen del accidente dañoso, Es obvio que el concepto comprende dicha hipótesis, pero que no se agota en ella. La característica del caso fortuito, de ser evento interior o interno en la organización del responsable,

²⁴⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00023-1993; 21 abril 1993, 14:40 horas*, considerando, párr. 9, Nexus PJ.

implica por sí la posibilidad -aunque no la necesidad de que sea también conocible-, precisamente por esa su interioridad. Pero, aunque el caso fortuito sea conocido y comprobado a posteriori, se presenta siempre una nota (que ya no es exclusiva sino compartida con la fuerza mayor, la cual tiene normalmente efecto liberatorio, y cuya diferencia fundamental con el caso fortuito es su carácter externo e incontrolable respecto del imputado o demandado), consistente en ser imprevisible in actu, lo que la hace inevitable.²⁴⁶

Esta línea jurisprudencial se mantuvo hasta el 14 de diciembre de 2007, cuando la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia se refirió al primer fallo *supra* citado, reformándolo y replanteándolo en todos los sentidos.

En un primer momento, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia define la iatrogenia como “toda alteración del estado de la paciente producida por el médico, patología de su intervención, por lo que ninguno estaría libre de producirlo”²⁴⁷, asimismo, agrega que “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”²⁴⁸. De igual manera, refiere que la iatrogenia puede resultar de otros profesionales que están vinculados de alguna u otra manera con las ciencias de la salud (dentistas, enfermeras, psicólogos, etc.). Asimismo, indica la Sala que la constitución, predisposición o sensibilidad del paciente también pueden contribuir a desencadenar la iatrogenia, aún en condiciones ideales.

Posteriormente, en este importantísimo fallo se menciona (por primera vez en la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia) la clasificación de la iatrogenia en dos tipos: iatrogenia positiva y iatrogenia negativa, así como su subclasificación en iatrogenia negativa necesaria e innecesaria:

Sus formas son variadas en su eventualidad y circunstancias, por lo que, como se dijo, se puede clasificar en dos tipos: positiva y negativa. En el primer caso, las alteraciones producidas en el estado del paciente son inocuas. En el otro, el estado del paciente sufre algún daño por la acción médica, que puede ser necesaria o innecesaria. En aquella, el médico tiene pleno conocimiento del riesgo de daño, es un riesgo esperado, previsto, que no produce sorpresa y el especialista lo reconoce como un riesgo propio a favor del paciente. En su decisión se ha ponderado el cociente beneficio/daño, es decir, el riesgo

²⁴⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, sección segunda, *Recurso de apelación: res. 000214-2007; 30 abril 2007, 11:10 horas*, considerando, párr. 7, Nexus PJ.

²⁴⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000875-2007; 17 diciembre 2007, 8:00 horas*, considerando, párr. 8, Nexus PJ.

²⁴⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000875-2007; 17 diciembre 2007, 8:00 horas*, considerando, párr. 8, Nexus PJ.

de producir una lesión para alcanzar un resultado conveniente para el paciente. Se evalúa la conveniencia de usar recursos que, por una parte, tendrán efectos benéficos, pero por otra causarán efectos indeseables, aunque inevitables para evitar un mal mayor. En ningún momento ha existido descuido, equívoco o ignorancia. La potencialidad de generar un menoscabo es inherente a la práctica de la medicina.²⁴⁹

Lo anterior evidencia cómo nuestro país, desde el principio, se encontraba orientado a las investigaciones que buscaban armonizar las dos principales concepciones de iatrogenia, acogiendo la definición dada por Pérez Tamayo en el año 1993 y por Vicente Cerecedo Cortina en el año 1997²⁵⁰. Asimismo, se destaca el elemento del riesgo consciente, esperado o previsto del médico en la iatrogenia negativa, es decir, la ponderación que debe realizar el especialista para alcanzar la situación más favorable al paciente. Consecuentemente, la Sala aclara que en ningún momento existe descuido, equívoco o ignorancia alguna por parte del médico, no obstante, “bajo el principio del doble efecto” el resultado final debe superar el mal accidental evitable.

Por lo tanto, en ese momento la Sala Primera define la iatrogenia negativa innecesaria como aquella en la que se produce un daño a pesar de que el médico actuó con absoluta diligencia y prudencia, su ciencia, arte, oficio y experiencia de forma correcta y conforme a las condiciones de modo, tiempo y lugar, indicando que el origen del daño en estos casos puede ser una situación del paciente reactiva, inmunológica, anatómica o fisiológica particular imprevisible.

De igual manera, esta importante sentencia realiza por primera vez una diferenciación entre mala praxis médica y iatrogenia, indicando que la primera es el resultado dañoso producido por una conducta imprudente o negligente por parte del médico, la cual es contraria a la *lex artis*. En este caso, el médico no anticipa ni prevé el daño, a pesar de previsible. Mientras que la segunda resulta de un accionar diligente y prudente, acorde con la *lex artis*, que el médico no prevé ni anticipa siendo esta imprevisible, y que sucede por condiciones propias del paciente.

Asimismo, tal y como se mencionó anteriormente, este fallo cambia totalmente la línea jurisprudencial que hasta el momento existía sobre la iatrogenia, toda vez que finalmente la

²⁴⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000875-2007; 17 diciembre 2007, 8:00 horas*, considerando, párr. 8, Nexus PJ.

²⁵⁰ Al respecto ver acápite supra: *consideraciones conceptuales sobre la iatrogenia*.

diferencia de la fuerza mayor y, a su vez, la excluye de ser considerada eximente de responsabilidad para la Administración Pública:

VII.- De conformidad con lo expuesto, y partiendo del anterior esquema, si bien la lesión producida en la pierna izquierda del señor Araya Cortés era imprevisible e inevitable, lo que descarta en tesis de principio una mala praxis, **no puede ignorarse que se produjo como consecuencia directa de la prestación del servicio médico (Caja Costarricense de Seguro Social). Así, a pesar de que lo sucedido se ubique dentro de la denominada iatrogenia negativa innecesaria, no se debió a un hecho extraño o exterior -fuerza mayor-. Lo que no se puede anticipar, por ser desconocido o inconocible, no se puede evitar. De tal forma que, del cuadro fáctico no se infiere que se constituya una causal eximente de responsabilidad, según lo dispuesto por el numeral 190, párrafo primero, de la Ley General de la Administración Pública.** En ese orden de ideas, el Tribunal apreció de forma correcta las pruebas allegadas al expediente y aplicó adecuadamente la normativa citada, descartándose la causa de exención alegada. (subrayado no es original).²⁵¹

Es de suma relevancia cómo el fragmento referido recalca que la causa eximente de responsabilidad de fuerza mayor no se corresponde con la iatrogenia negativa innecesaria, principalmente porque se trata de un hecho extraño o externo, que tal y como lo indica Ortiz Ortiz (1976), citado en el capítulo anterior²⁵², está fuera de la empresa responsable y es ajeno a los riesgos normales creados por la misma. En el caso de marras, el profundo análisis de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia concluye que la iatrogenia, pese a arrojar un resultado imprevisible e inevitable, se da dentro de los riesgos de la Caja Costarricense de Seguro Social, razón por la cual no la excluye de responsabilidad objetiva ante el damnificado, ni mucho menos la homologa a los eximentes de responsabilidad contemplados por el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública.

El análisis y la caracterización realizada en la sentencia detallada sin duda sentó las bases de la utilización teórica de la figura de la iatrogenia por parte de los operadores jurídicos; no obstante, a pesar de dar un giro jurisprudencial importante en cuanto a su equiparación con la fuerza mayor como eximente de responsabilidad, esto no representó un consenso, por el contrario, en ese momento comenzaron las interpretaciones judiciales variopintas y, por supuesto, muchos tribunales continuaron apegándose a la valoración realizada por la sentencia del 21 de abril de 1993, por lo que en casos claros de iatrogenia

²⁵¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000875-2007; 17 diciembre 2007, 8:00 horas*, considerando, párr. 7, Nexus PJ.

²⁵² Al respecto ver: *capítulo primero, eximentes de responsabilidad, fuerza mayor.*

negativa innecesaria (iatrogenia), o bien, mala praxis médica, declararon la existencia de fuerza mayor y, por ende, eximieron de responsabilidad a la Administración. Verbigracia la sentencia 00093-2009 del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, sección VII, que interpretó:

VI.- En el dictamen pericial solicitado para mejor resolver, este Tribunal hizo dos preguntas concretas al Departamento de Medicina Legal del Poder Judicial. En la primera, se le pedía indicar, en términos generales y a la luz de la literatura y de la ciencia médica, si la paraplejía puede considerarse o no como un riesgo razonablemente previsible en procedimientos quirúrgicos como al que fue sometido el actor Luis Inocente Vásquez Canales (excluyendo, desde luego, una hipótesis de mala praxis dolosa o culposa). Y, en caso afirmativo, indicar si se conoce alguna estadística o porcentaje de probabilidad al respecto. La respuesta del departamento técnico comienza por recalcar las dificultades técnicas involucradas en una operación de esta naturaleza, incluyendo la existencia de un riesgo importante de dañar la médula espinal, complicación que puede surgir “*a pesar de la adecuada elección de la técnica y de su correcta realización*”. Añade además que la presencia de otras enfermedades, alergias o alteraciones generales puede incrementar las complicaciones del procedimiento y su gravedad. A pesar de lo escueto del criterio vertido, entendemos entonces los suscritos que, a falta de algún elemento probatorio que incline a suponer otra cosa, la paraplejía sí es un posible resultado –aunque lamentable, sin duda– de un procedimiento quirúrgico realizado por demás de manera intachable por parte de los galenos y restante personal médico a cargo de él. Dicho desenlace es, por ende, una consecuencia inevitable en muchos casos, a pesar de ser previsible. Esta característica lo convierte, entonces, en un típico supuesto de fuerza mayor, eximente de responsabilidad en la medida en que destruye el nexo de causalidad entre la conducta desplegada por el agente administrativo (en este caso, los médicos y demás servidores de la accionada) y el resultado pernicioso.-
253

El criterio judicial mencionado confunde la fuerza mayor con un posible caso de iatrogenia negativa innecesaria por el resultado propio de las características especiales del paciente, o bien, de mala praxis; dicho análisis debió realizarse de forma exhaustiva, para determinar cuál de las dos figuras era aplicable. No obstante, el Tribunal consideró la existencia de fuerza mayor, tal y como en la primera sentencia aquí estudiada, pues concluyó que era suficiente con que se tratara de una consecuencia inevitable (a pesar de ser previsible), sin atender al carácter interno de la conducta, que fue precisamente realizada en las instalaciones de la Caja Costarricense de Seguro Social, dentro de los riesgos creados por su

²⁵³ Tribunal Contencioso Administrativo, sección séptima, *Recurso de apelación: res. 00093-2009; 30 setiembre 2009, 01:50 horas*, considerando, párr. 6, Nexus PJ.

giro, lo que en principio la excusaría de poderse entender como eximente de responsabilidad para la Administración.

De igual manera, se mantuvieron orientaciones jurisprudenciales como la del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II, que estaban a favor de considerar la iatrogenia negativa innecesaria como caso fortuito, en tales casos no se configuraba el eximente de responsabilidad para la Administración Pública, por considerarse que se trataba de una conducta interna y no externa, como en los casos de fuerza mayor. En ese sentido, la resolución 18-2009-S-VIII del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VIII²⁵⁴.

Posteriormente, la sentencia 00925-F-S1-2009 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia precisó un poco más el concepto de iatrogenia y sus características, a partir del supuesto fáctico de una paciente que, en tesis de principio, se intervino oportuna y eficientemente; no obstante, producto de la cercanía anatómica de su útero con los vasos ilíacos, se produjo una hemorragia que causó su muerte. En este caso el casacionista alegó que el Tribunal de instancia se equivocó en su valoración al considerar que la conducta en cuestión se fundaba en el deber de reparar un funcionamiento anormal por el resultado, y no así en la iatrogenia, que era evidente que en el caso concreto existía iatrogenia y, en consecuencia, fuerza mayor, por lo que debía eximirse de responsabilidad a la Administración Pública, con fundamento en la sentencia número 23 del 21 de abril de 1993.

No obstante, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia indicó que, a pesar de lo indicado por el casacionista, debía realizarse un análisis conjunto, por lo que promueve una diferenciación detallada entre la iatrogenia negativa necesaria e innecesaria:

La diferencia entre la iatrogenia negativa necesaria y la innecesaria radica en que, en la primera, el posible daño es un riesgo esperado (sopesado contra los eventuales beneficios), pero que de producirse, sería consecuencia del tratamiento elegido, mientras que en la segunda, este se da por las particularidades propias del paciente, las cuales son desconocidas al momento de elegir los medios a emplear para curar o aliviar la enfermedad. Dicho en forma más clara, en una, el médico está consciente de los posibles daños que, de acuerdo con las reglas de la técnica y de la experiencia, pueden producirse al seguir un determinado procedimiento médico, las pondera en una relación beneficio/daño, y escoge aquella en donde, según el caso particular, la probabilidad de obtener un resultado positivo justifica asumir los riesgos previstos. En la otra, el

²⁵⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, sección octava, *Recurso de apelación: res. 18-2009-S-VIII; 13 marzo 2009, 14:00 horas*, considerando, párr. 2, Nexus PJ.

menoscabo es imprevisible, siendo que este se da por una situación anatómica o fisiológica del paciente que le es particular, distinta del común denominador de las personas. A partir de lo expuesto hasta este punto, en ambos supuestos se requiere, como presupuesto, el que la persona tratante haya adoptado todas las previsiones del caso, y aplicó el tratamiento en forma correcta, de acuerdo con las reglas propias de la técnica correspondiente (lo contrario implicaría un supuesto de mala praxis).²⁵⁵

A partir del análisis anteriormente expuesto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia realizó una distinción clara entre la previsibilidad y la anticipación, con el objetivo de limitar los resultados imprevisibles y diferenciarlos de aquellos que no se pueden anticipar:

En este sentido, si bien el doctor Fernández, al referirse a este último punto, aunque indicó que era imprevisible, no cabe duda de que lo hizo refiriéndose a que no se podía anticipar, previo a la operación, si se iba a dar. Empero, fue claro al indicar que es uno de los riesgos propios de este tipo de intervención, debido a las dificultades que le son propias, lo cual hace suponer que, de acuerdo con la terminología jurídica, se trata en realidad de un daño previsible.²⁵⁶

La distinción *supra* citada cobra importancia para la clasificación de la iatrogenia, toda vez que la imprevisibilidad del resultado se identificará con la iatrogenia negativa innecesaria y, *a contrario sensu*, la previsibilidad con la iatrogenia negativa necesaria. En la sentencia de marras se determinó que existía iatrogenia negativa necesaria, pues de la prueba se desprendía que el resultado dañoso de la cirugía en cuestión era previsible (aunque no se pudiera anticipar). No obstante, ello no significó que la Sala estableciera la existencia de la eximente de responsabilidad de fuerza mayor como consecuencia directa de la iatrogenia - como lo alegó el recurrente-, por el contrario, la Sala realizó un nuevo análisis que resultó en responsabilidad para la Caja Costarricense de Seguro Social:

En este último caso, aún y cuando el comportamiento realizado se ajuste a los parámetros exigidos por las reglas de 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. Se trata de un funcionamiento normal con un efecto o resultado lesivo, el cual es indemnizable en la medida en que concurren las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico (artículo 194 ya citado), a saber, la especial intensidad de la lesión o la pequeña proporción de afectados.** (En igual sentido, puede observarse el voto 211-F-2005 de las 9 horas 40 minutos del

²⁵⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000925-F-2009; 10 setiembre 2009, 14:40 horas*, considerando, párr. 9, Nexus PJ.

²⁵⁶ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000925-F-2009; 10 setiembre 2009, 14:40 horas*, considerando, párr. 9, Nexus PJ.

7 de abril de 2005). **La anormalidad, en este escenario, es consecuencia de la ausencia de un deber de soportar el daño, existiendo una doble implicación con la antijuridicidad de base.** Con base en lo expuesto, y referido al cuadro fáctico que se analiza, la aplicación correcta del procedimiento quirúrgico, así como la necesidad del legrado, no eliminan la acción productora del daño y la relación de causalidad entre el actuar médico y la muerte de la paciente. En el proceso se encuentra acreditado que la causa del fallecimiento fue la perforación del útero y de los vasos ilíacos, lo que derivó en una serie de complicaciones fisiológicas. La lesión producida, se insiste, es parte del riesgo propio de este tipo de operaciones. Resulta desproporcionado que en el tratamiento de un sangrado vaginal se produzca la muerte de la paciente, desencadenada por la ruptura de la arteria y vena iliaca derecha. Por los motivos expuestos, el agravio debe ser rechazado. (Subrayado no es original)²⁵⁷

La resolución de cita dio origen a una nueva orientación jurisprudencial, esta vez sin centrar el análisis en la fuerza mayor, ni en ningún otro eximente de responsabilidad. Por el contrario, en este caso, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia se enfocó en los criterios de imputación de responsabilidad para la Administración Pública y su configuración en el supuesto concreto, indicando que la iatrogenia negativa necesaria se trataba de una conducta normal con resultado lesivo, la cual era indemnizable en tanto existiera particular intensidad del daño y pequeña proporción de afectados, así como una antijuridicidad de base.

Sin embargo, esta importante sentencia no puso fin a la discusión alrededor de la iatrogenia, verbigracia, el voto 18-2010-SVII emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Séptima, se refirió a la iatrogenia esta vez como un eximente de responsabilidad administrativa, retrocediendo en el análisis conceptual realizado el año anterior por la Sala, veamos:

Entendemos entonces los suscritos (como lo hizo también el *a quo*) que, a falta de algún elemento probatorio que incline a suponer otra cosa, la infección posquirúrgica que sufrió el accionante es un posible resultado –lamentable, sin duda– de un procedimiento realizado por demás de manera intachable por parte de los galenos y restante personal médico a cargo de él. **Dicho desenlace es, por ende, una consecuencia inevitable en muchos casos, a pesar de ser previsible. La iatrogenia opera aquí como una dispensa de responsabilidad, en la medida en que destruye el nexo causal entre la conducta desplegada por el agente administrativo (en este caso, los médicos y demás servidores del ente accionado) y el resultado pernicioso. En esos casos, es el perjudicado el llamado a soportar el daño y, por ende, se deniega la posibilidad de resarcimiento sobre la base de mala praxis. Y así como esa eximente no permite establecer en el *sub examine* una responsabilidad por daño material a cargo de la institución demandada,**

²⁵⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000925-F-2009; 10 setiembre 2009, 14:40 horas*, considerando, párr. 9, Nexus PJ.

tampoco permite fijarla, por los mismos motivos, por daño moral. No es que se esté negando que el demandante haya sufrido un daño físico y moral. Éstos son innegables. Lo que se quiere decir es que no existe un nexo de causalidad entre la conducta administrativa y dichas consecuencias, por ser éstas el resultado de una iatrogenia y no de una conducta imputable a los médicos o del restante personal hospitalario, quienes tuvieron a su cargo la atención del paciente, visto que el título de atribución imputado es solo subjetivo.²⁵⁸

En el caso de marras, el Tribunal consideró que el carácter de previsibilidad únicamente se identificaba con la mala praxis médica, mas no con la iatrogenia negativa necesaria, lo cual codujo al Tribunal a un yerro conceptual. No obstante, lo que no queda realmente claro de la sentencia de cita es la manera en la que el Tribunal elimina la antijuridicidad de base y alega que el paciente estaba llamado a soportar ese daño; asimismo, indica que la misma iatrogenia es la que actúa como eximente de responsabilidad para la Administración, eliminando de alguna manera el nexo causal entre la conducta administrativa y el daño.

Posteriormente, en el año 2011 la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia tuvo un nuevo pronunciamiento importante, mediante el cual mencionó las sentencias 875-2007 y 925-2009 *supra* citadas. En este caso, la Sala analizó una intervención quirúrgica odontológica en la que a pesar de haberse cumplido a cabalidad con los protocolos de *lex artis*, se originaron consecuencias negativas propias de las características individuales de la paciente, las cuales, según el informe del Departamento de Medicina Legal del OIJ, no era posible anticipar, por ser desconocidas. En consecuencia, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia determinó que se trataba de un caso de iatrogenia negativa innecesaria, y que, contrario a lo que alegaba el recurrente, no se trataba de una situación equiparable a la fuerza mayor, por lo que no existía rompimiento alguno del nexo causal y la Caja Costarricense de Seguro Social debía responder por los daños causados. Asimismo, determinó que la responsabilidad de la entidad demandada se originaba en la anormalidad del resultado de la conducta, tal y como lo refirió la sentencia 925-2009 de la misma cámara:

De acuerdo a lo dispuesto en el considerando anterior y con base en lo tenido por demostrado, es claro, que en el particular se está en presencia de una **iatrogenia negativa innecesaria**, pues las consecuencias de la intervención médica, son debidas a la condición particular de la paciente, tal y como lo explica el informe transcrito, y a

²⁵⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, sección séptima, *Recurso de apelación: res. 00018-2010-SVII*; 26 febrero 2010, 11:45 horas, considerando, párr. 4, Nexus PJ.

que en el caso de la señora Rosaura Ramírez, sus ápices radiculares estaban en contacto con el canal mandibular, lo cual, no sólo no es lo usual, sino que además, tampoco era previsible. **Lo que no se puede anticipar, por ser desconocido, no se puede evitar.** Es justo debido a esta situación que se produce la fractura de la raíz y uno de sus ápices, dañando el paquete vasculo-nervioso. Vale aclarar que las prácticas usuales que se mencionan en dicho documento se refieren a los procedimientos que se deben seguir en caso de que se presente esta situación específica, pero también queda evidenciado que no es la condición normal de una pieza dental. En este sentido, es claro que se causó una patología lesiva que era imprevisible, **con lo cual queda comprobado la existencia del nexo causal, entre el daño causado a la actora y la conducta desplegada por un médico de la CCSS.** Esta consideración no es objeto de discusión por el casacionista; sino la de que no obstante estar ante esta situación, no se le haya eximido de responsabilidad, pues la asimila a la fuerza mayor. Al respecto cabe considerar que conforme al precepto del artículo 190 de la LGAP, la Administración deberá responder por todos los daños que cause por su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero. **Conforme se indicó en las líneas anteriores, resulta evidente que la iatrogenia negativa innecesaria no es un supuesto equiparable a la fuerza mayor,** la cual se ha definido como, aquella consistente en un hecho imprevisible, inevitable pero provocado por la acción de la naturaleza, extraño y exterior, en donde el daño no es efecto de una conducta humana, sino que es la consecuencia de un hecho que se particulariza por su inevitabilidad e irresistibilidad. (En ese sentido puede consultarse la resolución número 213 de las 8:20 horas del 25 marzo de 2008 de esta Sala). **Entonces, es claro que ambos conceptos no son equiparables, teniéndose en cuenta que la iatrogenia se produce con ocasión de la intervención humana (galeno), debido a un tratamiento o procedimiento médico.** No se cumple así ninguno de los supuestos establecidos en la ley como causales de eximente de responsabilidad, en tanto obviamente, la iatrogenia no se configura como tal. Al respecto debe recordarse que al tenor de lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Política, nuestro sistema prevé un régimen de responsabilidad objetiva, sustentado en el daño, no en el elemento subjetivo –culpabilidad por dolo o negligencia- de quién causa el daño; de manera que el Estado (la Administración) debe responder frente al particular que haya sufrido una lesión antijurídica que no tiene la obligación de soportar. La anormalidad, como parámetro de imputación de responsabilidad objetiva en relación con la actividad material o prestacional de los entes públicos, puede ser analizada desde dos puntos de vista; la primera: en la forma cómo se prestó el servicio, en el sentido de si hubo o no falta y, la segunda, cuando el funcionamiento fue normal pero el resultado no, en otras palabras *“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 medida exigible, la consecuencia de este no se ajusta con la naturaleza y función del servicio”* (sentencia número 925-F-S1-2009, supra citada). **En el caso, por el tipo de conducta desplegada por la Administración –la CCSS- y los efectos causados –parestesia- se está frente a un funcionamiento normal de la Administración que tuvo como consecuencia un resultado anormal, que es indemnizable en la medida en que concurren las condiciones establecidas en el ordenamiento jurídico, a saber, el numeral 194 de LGAP, a saber la especial intensidad de la lesión o la pequeña**

proporción de afectados. (En este sentido, se pueden consultar las sentencias de este Órgano números 211 de las 9 horas 40 minutos del 7 de abril de 2005 y la ya referida 925-2009). Al tenor de lo cual, en este escenario, **la anormalidad es consecuencia de la ausencia de un deber de soportar un daño causado, existiendo una doble implicación con la antijuridicidad de base.** El sometimiento al tratamiento quirúrgico impuesto a la señora Rosaura Ramírez Solís conforme a los protocolos establecidos para ello, así como la necesidad de su intervención, no eliminan la acción productora del daño y la relación de causalidad entre el actuar médico y la parestesia causada con ocasión de aquella. En virtud de lo indicado, esta parte del reparo deberá ser rechazada. (Subrayado no es original)²⁵⁹

Lo particularmente relevante de este precedente radica en la fusión y síntesis de los razonamientos de las sentencias 175-F-2007 y 925-F-S1-2009 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que toca los tres ejes de análisis fundamentales: *i*) la diferencia entre la figura de la iatrogenia y los eximentes de responsabilidad (particularmente con el eximente de fuerza mayor); *ii*) la clasificación y caracterización de la iatrogenia negativa innecesaria, así como su diferenciación conceptual con la iatrogenia positiva, la iatrogenia negativa necesaria y la mala praxis médica; y *iii*) la determinación del criterio de imputación de responsabilidad para la Administración Pública, identificado como funcionamiento normal con resultado anormal.

No obstante, en enero del año 2013, el Tribunal Contencioso Administrativo, sección IV, emitió una resolución nuevamente desorientada de lo analizado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, considerando que la iatrogenia se correspondía con la figura del caso fortuito, razón por la cual no podía considerarse como eximente de responsabilidad para la Administración. Lo anterior, de alguna manera, reforzó la corriente jurisprudencial minoritaria de la resolución 18-2009-S-VIII del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VIII *supra* citada: “De manera complementaria, debe tomarse en consideración que, para esta cámara, la existencia de iatrogenia no es un eximente de responsabilidad, habida cuenta que la misma se equipara a un “*caso fortuito*””.²⁶⁰

Asimismo, el Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, sección I, mediante la sentencia 51-2013-I, volvió a contradecir el parecer de la

²⁵⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 0001431-2011; 21 noviembre 2011, 9:10 horas*, considerando, párr. 9, Nexus PJ.

²⁶⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, sección octava, *Recurso de apelación: res. 18-2009-S-VIII; 13 marzo 2009, 14:00 horas*, considerando, párr. 2, Nexus PJ.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, dejando en evidencia una vez más la falta de consenso alrededor de la iatrogenia médica y su ambivalencia en cuanto a aplicación:

Ante la ausencia de prueba para respaldar su posición, el Juez de primera instancia tomó una sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (N°875-F-2007 de las 8:00 horas del 14 de diciembre del 2007), en la cual se abordó el tema de la iatrogenia, e incurriendo en grave contradicción por la naturaleza del instituto, argumentó que *"la acción iatrogénica (en este caso negativa necesaria por ser un efecto esperado o previsto) en tesis de la jurisprudencia sí puede ser generadora de responsabilidad de la institución que presta el servicio médico."* **Para este Tribunal, el razonamiento es absolutamente contradictorio e insustentado. Dado el contenido y la naturaleza de lo que significa la iatrogenia, es inconsistente desde todo punto de vista afirmar que existe tal y al mismo tiempo admitir que existe responsabilidad de la Administración, dado que la iatrogenia supone que el médico empleó en forma correcta su arte y procedimientos, pero finalmente se produce un daño en la salud.** Ese daño en algunos casos es previsible pero al fin de cuentas inevitable, porque surge como efecto o resultado de una intervención quirúrgica que es necesario realizar con el fin de evitar o suprimir un daño aún mayor a la salud (iatrogenia negativa necesaria), y en otros casos, el daño es del todo imprevisible (iatrogenia negativa innecesaria) pues la lesión finalmente se genera como consecuencia de factores desconocidos o por la condición del paciente. **Ergo, si un Juez considera que hubo iatrogenia negativa, irremediamente debe concluir que la Administración no incurrió en responsabilidad, pues los hechos imprevisibles, o bien, previsibles pero inevitables, se ubican dentro de la fuerza mayor, y de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, la fuerza mayor claramente constituye una causa eximente de responsabilidad, independientemente de que haya habido funcionamiento normal o anormal, sin necesidad de mayor discusión.** Por tanto, la tesis del Juzgador de instancia es insostenible. Debe tenerse en cuenta que el argumento sobre la existencia de una posible iatrogenia no es aplicable ni útil para sustentar una responsabilidad por funcionamiento normal del servicio de salud, sino todo lo contrario, la razón de ser de este postulado es convencer al Juez sobre la existencia de motivos de fuerza mayor que excluyen la responsabilidad que se atribuye, así sea por funcionamiento normal o anormal. **Por ello es que, quién la invoca generalmente es el demandado, a quién se le atribuye la responsabilidad del daño ocasionado, no el actor, quién más bien pretende sostener la tesis de que el proveedor del servicio de salud produjo el daño (...)**²⁶¹ (Subrayado no es original).

Posteriormente, en el año 2014, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia volvió a pronunciarse sobre la iatrogenia, respaldando la tesis adoptada en resoluciones previas e indicando que no era posible considerar la iatrogenia como un caso de fuerza mayor, toda vez que no se trataba de una conducta extraña ni exterior, por el contrario, se trataba de un

²⁶¹ Tribunal Contencioso Administrativo, sección primera, *Recurso de apelación: res. 00051-2013; 31 mayo 2013, 08:25 horas*, considerando, párr. 6, Nexus PJ.

efecto de una conducta humana. De igual manera, la sentencia de cita realiza un análisis exhaustivo sobre el tipo de iatrogenia presentado en el caso concreto, concluyendo que se estaba ante la presencia de iatrogenia negativa necesaria, pues el resultado negativo era previsible y del elenco probatorio no era posible desprender que la lesión fuera consecuencia de la situación del paciente:

Sin embargo, no es de recibo la argumentación de la casacionista en el sentido de que dicha circunstancia debe ser considerada como una fuerza mayor. Tal y como se desprende de ambos fallos, lo acontecido no puede calificarse como imprevisible, por cuanto, como ya se dijo, se trata de una iatrogenia negativa necesaria, en donde se conocía y se admitió como posible, el resultado lesivo de la prescripción. El daño se podía anticipar, no era desconocido o inconocible, incluso en cierto modo se podía evitar. Tampoco el daño es extraño y exterior, pues es efecto de una conducta humana. De tal forma que, del cuadro fáctico no se infiere que se constituya una causal eximente de responsabilidad, según lo dispuesto por el numeral 190, párrafo primero, de la LGAP. Cabe destacar, tal y como se indica en el fallo que se revisa, que el paciente no se encontraba en el deber jurídico de soportar el daño sufrido, existiendo, en consecuencia, una antijuridicidad de base que justifica, en el régimen de responsabilidad objetiva, la imposición del deber de reparar la lesión a cargo de la Caja, pero bajo la figura de la responsabilidad objetiva por funcionamiento normal (artículos 190, 194 y 197 de la LGAP).²⁶²

Para entonces, parecían existir tres líneas jurisprudenciales: i) la seguida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que identificaba la iatrogenia como una figura con características propias, que no se correspondía con ningún eximente de responsabilidad; ii) la adoptada por la mayoría de secciones del Tribunal Contencioso Administrativo, que identificaban a la iatrogenia como un caso de fuerza mayor, que rompía completamente el nexo causal entre la conducta administrativa y el daño causado; y, finalmente, iii) la seguida por el Tribunal Contencioso Administrativo (secciones IV y VIII), que adoptaron una posición media, pues identificaban a la iatrogenia como un caso fortuito no compatible con los eximentes de responsabilidad para la Administración.

A partir del fallo del año 2014 *supra* citado, la jurisprudencia se mantuvo sin resoluciones relevantes sobre la iatrogenia por aproximadamente cinco años, no obstante, hubo un par de resoluciones de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia que reiteraron

²⁶² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00527-2014; 10 abril 2014, 2:12 horas*, considerando, párr. 9, Nexus PJ.

su posición. Verbigracia, mediante la resolución 00114-2015²⁶³ se reiteraron las diferencias entre iatrogenia negativa necesaria y mala praxis, indicando que, en el caso concreto se había producido el daño como consecuencia directa de la ejecución de una cirugía de cesárea, en la que el galeno realizó un corte excesivo y dañó al feto, por lo que las condiciones de peso de la paciente, alegadas por la Caja Costarricense de Seguro Social, no tenían cabida en el funcionamiento anormal de la institución. Asimismo, en la resolución 00705-2016²⁶⁴ se reiteró que en los casos de iatrogenia negativa innecesaria la Sala entendía la presencia de un funcionamiento normal del centro de salud, no obstante, en virtud de la antijuridicidad del daño, su intensidad y singularidad, la Administración debía ser responsable.

Asimismo, en el año 2019, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia se refirió al tema a partir de un caso en el que se solicitaba la responsabilidad patrimonial de la Caja Costarricense de Seguro Social por prescribir un medicamento llamado Tramadol a un paciente para aliviar el dolor que le producía su hernia discal y su fibrosis epidural normal, toda vez que, con el tiempo, el paciente desarrolló un grado de adicción severo como efecto secundario, a pesar de que la dosis indicada por el centro de salud era la adecuada. Ante este supuesto fáctico, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia emitió un considerando absolutamente interesante, pues clasificó la actuación de la Caja como iatrogenia negativa necesaria, toda vez que las consecuencias adversas del medicamento suministrado eran conocidas y previsibles. No obstante, posteriormente la Sala continúa indicando que el hecho de que los resultados negativos sean previsibles para la utilización del medicamento en general, lo cierto es que eran imprevisibles para el caso concreto, lo que de alguna manera deja entredicho que, dependiendo de la interpretación, podría considerarse el caso concreto como iatrogenia negativa innecesaria:

El *subexamine* se ubica concretamente en la iatrogenia negativa necesaria. Nótese, el uso del Tramadol fue el correcto para alcanzar el fin pretendido: eliminar o atenuar el dolor que sufría don [Nombre 027], producto de su problema lumbar. Así, el efecto principal fue benéfico para él. No obstante, este aparejaba una consecuencia adversa: su efecto adictivo, el cual se tornaba como un riesgo conocido o previsible. **Ahora bien, hay repercusiones que pueden ser previstas y necesarias para el caso concreto, como sucede en el ejemplo allí citado (amputación de un miembro para erradicar**

²⁶³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00114-2015; 29 enero 2015, 11:15 horas*, considerando, párr.5, Nexus PJ.

²⁶⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00705-2016; 29 junio 2016, 8:45 horas*, considerando, párr.7, Nexus PJ.

un tumor maligno), pero también hay otras que son previsibles de manera general, mas no para el caso concreto, tal como sucede en la especie. Obsérvese, los médicos sabían que el Tramadol, al ser un opiáceo, puede producir farmacodependencia; no obstante, de previo a que don [Nombre 027] lo utilizara, no sabían si a él le provocaría tal condición. En todo caso, en cualquier escenario, el experto en medicina debe informar debidamente al paciente sobre los riesgos, efectos directos e indirectos que reporta la literatura médica sobre el tratamiento o acto médico por aplicar, a fin de que el enfermo pondere el efecto principal en contraposición con los secundarios, posibles y eventuales y, a partir de ello, consienta o no su utilización (principio del doble efecto). En el caso de marras, según se explicó, la información brindada a don [Nombre 027] fue incompleta y deficiente, por lo que el efecto generado no fue un riesgo consentido y asumido previamente por él.²⁶⁵ (Subrayado no es original)

El fragmento de cita evidencia cómo la misma Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de tener una sólida línea jurisprudencial respecto al análisis general de la iatrogenia y sus características, necesitaba de un perfilamiento adecuado y específico de la misma, pues, dependiendo del caso, podía estarse ante iatrogenia negativa necesaria, o bien, innecesaria, toda vez que, hasta ese momento, no se había definido si la previsibilidad del resultado era adaptable al caso concreto y a las condiciones del paciente, o si, por el contrario, se trataba de una anticipación general para todo administrado al que se le aplicara un determinado tratamiento o intervención particular. Este hueco en los precedentes provocó que se ampliara aún más el margen de interpretación de la figura.

Así se confirmó posteriormente en la resolución 4166-F-S1-2019, en la cual la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia examinó un caso en el que se le realizó una cirugía a una paciente con el objetivo de extirparle un quiste en su uretra, no obstante, a pesar de que la intervención se hizo absolutamente acorde con los parámetros y lineamientos de la *lex artis*, las condiciones de tejido de la actora impidieron que estos se volvieran a unir, por lo que se separaron y crearon una fistula que comunicó la uretra con la vagina. Esta situación, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia la calificó como un caso de iatrogenia negativa innecesaria, pues indicó que, a pesar de que la actora había firmado un consentimiento informado, y de que el Tribunal de instancia había indicado que existía culpa de la víctima porque la misma no guardó el reposo prescrito, a la misma se le causaron, con la intervención, daños peores que los que ya padecía, los cuales no tenía el deber de soportar:

²⁶⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00259-2019; 20 marzo 2019, 4:33 horas*, considerando, párr. 13, Nexus PJ.

No hay duda, en esa operación de remoción del quiste, la cirugía se realizó bajo los estándares correspondientes, y en todo momento los médicos a cargo trabajaron bajo los lineamientos de la “*lex artis*”. Pero también es cierto que a la señora [Nombre 004] se le causaron males peores a los que ya padecía, con esta intervención, su estado de salud se vio desmejorado, siendo este un caso de iatrogenia negativa innecesaria, la cual generó daños a la actora que no tenía por qué soportar, se trata de un funcionamiento normal de la Administración con resultado estadísticamente aberrante. De tal manera, está comprobado el nexo de causalidad entre la cirugía y los daños causados a la actora. Establecido lo anterior, importa hacer mención sobre la culpa de la víctima señalada en el fallo cuestionado. No acepta esta Cámara la tesis del Tribunal, quien aún y cuando resolvió la no existencia del nexo de causalidad, adujo al mismo tiempo la presencia de una eximente de responsabilidad como lo es la culpa de la víctima.²⁶⁶

En esta ocasión se presenta la particularidad de un voto salvado por parte de una de las magistradas de la Sala Primera, en favor de la tesis que exime de responsabilidad a la Administración por considerar que no existía nexo causal entre la actuación de la Caja Costarricense de Seguro Social y el resultado de la cirugía, al respecto:

El resultado de la cirugía no es consecuencia de la intervención realizada por la CCSS, sino de las condiciones particulares de sus tejidos, lo que no puede ser atribuido al ente demandado, quien no causó un daño a la intervenida de especial intensidad que no estaba obligada a soportar; por el contrario, intervino para mejorar su dolencia -lo que logró parcialmente con éxito- y en resultado final que se produjo la actora si estaba obligado a soportarlo, ya que no es producto directo de la actividad médica sino de la condición de los tejidos y su cuadro clínico anterior, de su total conocimiento. La falta de intervención oportuna, según el criterio médico experto del galeno presentado por la CCSS-puede inclusive causar muerte en una paciente con este tipo de padecimiento, y la intervención de la demandada evitó ese resultado tenido como probable por su médico tratante. En razón de lo anterior, no estimo que estemos en presencia de un caso en que pueda atribuírsele a la demandada responsabilidad administrativa y, por ello declaro sin lugar el recurso²⁶⁷

Esta reciente sentencia evidencia una vez más que no hay consenso en el tratamiento que los Tribunales dan a la figura, pues siguen existiendo juzgadores que consideran que en los casos de iatrogenia se está ante un rompimiento del nexo causal, que en principio no es capaz de conectar la conducta de la Caja Costarricense de Seguro Social con el resultado dañoso. De igual manera, si se hace un análisis de lo expuesto por la magistrada Rojas

²⁶⁶ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 04166-2019; 28 noviembre 2019, 3:35 horas*, considerando, párr. 8, Nexus PJ.

²⁶⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 04166-2019; 28 noviembre 2019, 3:35 horas*, considerando único, Nexus PJ.

Morales, se puede concluir que el razonamiento no es totalmente descabellado, no obstante, el día de hoy ya se encuentra superado, toda vez que la jurisprudencia previa se ha referido en otras ocasiones a la iatrogenia negativa innecesaria y a que las condiciones particulares de un paciente pueden desmejorar el resultado y, si bien esto no es un factor atribuible al personal médico tratante, tampoco es atribuible a alguna intervención o accionar del paciente, pues se debe precisamente a esas características propias del cuerpo humano, incontrolables e impredecibles (mecanismos internos inherentes al paciente). Es por lo anterior que, al no encontrarse dentro de un eximente de responsabilidad, conforme al artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, es arriesgado negar la responsabilidad preeminentemente objetiva de la Administración, por lo menos hasta el día de hoy, ya que se está ante un resultado dañoso de especial intensidad y de pequeña proporción de afectados (tal y como lo menciona la Sala Primera en variedad de ocasiones).

En consecuencia, es posible afirmar que, a pesar del posicionamiento claro de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, siguen existiendo cuestionamientos alrededor de la iatrogenia, máxime en lo que respecta a su potencialidad para configurarse como conducta generadora de responsabilidad para la Administración Pública, que, por tratarse del tema central de estudio, estas interrogantes serán analizadas detalladamente en el capítulo tercero de la presente investigación

b. Aproximación jurisprudencial de la iatrogenia en el derecho comparado

Finalmente, con el objetivo de brindar un marco contextual general del posicionamiento de nuestro país respecto al derecho internacional, a continuación se analizarán algunas sentencias desde el derecho comparado. No obstante, es menester aclarar que en la investigación realizada se determinó que no existe un desarrollo ni afín ni profuso sobre la materia; los únicos países que han hecho referencia concreta al tema en la sede contenciosa administrativa propiamente son España y Colombia, por lo que el presente trabajo de investigación se limitará al análisis jurisprudencial de esos dos países, pues constituyen muestras muy representativas que, por afinidad con el sistema nacional, conviene desarrollar.

En primer término, España ha tenido algunos acercamientos con la figura de la iatrogenia propiamente desde el derecho administrativo, no obstante, la jurisprudencia no

evidencia un examen exhaustivo de las posibilidades alrededor de figura, por el contrario, se ha mantenido la tesis de que se trata de un resultado normal del accionar del galeno, producto de la ciencia médica misma, por lo que su comprobación es capaz de eximir de responsabilidad a la Administración, verbigracia la sentencia 8/2010 de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (sección cuarta), mediante la cual se exime de responsabilidad al Hospital Valencia al Mar S.L, por considerarse que la lesión causada sobre la recurrente (daño en el nervio sensitivo lingual derecho) era imprevisible e inevitable, la cual constituía en un daño iatrogénico no equiparable con la mala praxis, por lo que no podía responsabilizarse al centro de salud:

El motivo debe ser igualmente rechazado. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define el vocablo iatrogénico como "toda alteración del estado del paciente producida por el médico", sea ésta positiva o negativa y ello, como señala la recurrida Hospital Valencia al Mar, S.L., con independencia del correcto hacer del médico, por lo que no cabe identificar iatrogenia con mala praxis: la alteración negativa del estado del paciente provocada por un acto iatrogénico será considerada como daño antijurídico si el mismo no se ajusta a la *lex artis ad hoc* y no lo será si se ajusta a la misma, pues, como se dice en la Sentencia de 9 de diciembre de 2.008, que acabamos de citar en el anterior fundamento de Derecho (recurso de casación núm. 6.580/2.004), «La concepción del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial que se mantiene por la parte recurrente no se corresponde con la indicada doctrina de esta Sala y la que se recoge en la sentencia de 22 de abril de 1994 , que cita las de 19 enero y 7 junio 1.988 , 29 mayo 1.989 , 8 febrero 1.991 y 2 noviembre 1.993 , según la cual: "esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar" (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2.000 y 30-10-2.003). Debiéndose precisar que, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, **la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex Artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.**²⁶⁸ (Subrayado no es original)

En el mismo sentido, la sentencia 807/2018 de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (sección quinta), se refiere a la iatrogenia en un caso

²⁶⁸ Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, *Recurso de casación: res. 08-2010; 19 setiembre 2012*, considerando párr. 11, STS, 19 de Septiembre de 2012 (ucr.ac.cr).

en el cual se reclama una indemnización por daños y perjuicios al Hospital Universitario la Princesa de Madrid, lo anterior, debido a las secuelas producidas al recurrente por penetración intraocular de corticoide, resultante de daño difuso retiniano en el ojo derecho. Ante este supuesto fáctico el Tribunal identificó la posibilidad de la existencia de iatrogenia en el resultado de la intervención realizada al paciente, no obstante, igual que en el caso anterior, no se consideró suficiente para atribuir responsabilidad al centro médico tratante, por el contrario, automáticamente se descartó la mala praxis y, en consecuencia, se eximió de responsabilidad al Hospital en cuestión:

Añade este Perito en sus consideraciones que la pérdida de agudeza visual tuvo un origen intraquirúrgico y que, pese a que la intervención realizada (inyección infraorbitaria) es una técnica "ciega", la complicación de la perforación productora de la ceguera puede considerarse "una complicación iatrogénica causada por la impericia o falta de cuidado». Una afirmación que termina el Dr. Arcadio por mantener -frente a la oposición de la demandada que dice que es una hipótesis probable pero no probada con certeza- pero añadiendo que "Para poder ejercer la demostración con certeza la afectada debería someterse a un estudio anatomopatológico con enucleación incluida, pero preguntada al efecto manifiesta no estar dispuesta. Quizás la respuesta de *res ipsa loquitur* sea la más acertada".²⁶⁹

A contrario sensu, en una sentencia reciente de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, número 412/2020, se consideró que, a pesar de existir la posibilidad de iatrogenia en un caso de sepsis post operatoria, la misma debía descartarse, pues los resultados negativos del paciente se debían a una mala praxis médica comprobada, lo que sí constituía una clasificación suficiente para responsabilizar al centro médico de FREMAP (Mutua Colaboradora de Seguridad Social en España) por los daños y perjuicios causados al recurrente:

Es cierto que el paciente se accidente en un lugar séptico, lo que es la explicación más plausible de que ese sea el origen de su proceso séptico, sin poder descartar totalmente una posible iatrogenia séptica en los centros en donde fue atendido. (...) No obstante, la imputación de responsabilidad a la Administración pública sanitaria solo procede en aquellos casos en que se puede imputar el resultado dañoso a la infracción de la *lex artis ad hoc*, de acuerdo con lo establecido en los artículos 106.2 de la Constitución Española y 139 y siguientes de la LPAC, en relación con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia.(..)Por todo ello debemos

²⁶⁹ Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Quinta, Recurso de casación: res. 807-2018; 21 mayo 2018, considerando párr. 7, STS 807/2018, 21 de Mayo de 2018 (ucr.ac.cr)

considerar que la praxis asistencial aplicada a este paciente, se aparta totalmente de las más básicas características de normopraxis exigibles en el tratamiento de un paciente grave como este, ocasionando un GRAVE daño desproporcionado, con un severo sufrimiento sobreañadido a un paciente que en circunstancias de normo-praxis asistencial, no debería haber agotado más de un año de tratamiento, incluido el periodo de adaptación a las prótesis.²⁷⁰

Es evidente que en España se ha asumido la iatrogenia como un eximente de responsabilidad para la Administración, y se deduce que se trata de una línea jurisprudencial bastante sólida, la cual se fundamenta en la necesaria comprobación de la mala praxis, pues, de lo contrario, considera que se llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable. De igual manera, en las sentencias analizadas se puede observar que los Tribunales españoles entienden la iatrogenia como iatrogenia negativa innecesaria, sin hacer mayores consideraciones sobre su clasificación ni su tipología.²⁷¹

Ahora bien, en el caso de Colombia, el desarrollo teórico de la figura de la iatrogenia en la jurisprudencia contenciosa administrativa ha sido ligeramente mayor que en España. Por ejemplo, la sentencia número 19001-23-31-000-2000-03791-01 (28133) del Consejo de Estado de la Sala Contenciosa Administrativa (sección tercera), analizó un caso en el que un joven bebió un refresco llamado Pony Malta, mezclado con un tóxico que le causó malestares estomacales que lo obligaron a acudir al Centro de Salud de Argelia, donde lo remitieron al Hospital Universitario San José de Popayán, en donde fue atendido en urgencias y trasladado a sala de recuperación; no obstante, posteriormente el joven sufrió una parálisis cerebral infantil espástica, con secuelas irreversibles, consecuencia de la intoxicación con organofosforados. En este caso, a pesar de comprobarse el daño causado, la Sala indicó que se debió a las sustancias ingeridas por el menor, no así por iatrogenia, mala praxis, o imprudencia médica. Para justificarlo, los juzgadores hicieron un acercamiento a la figura y la diferenciaron de las otras clasificaciones de la conducta médica:

Se define como **Iatrogenia** el daño en el cuerpo o en la salud producido por el acto médico, mediado por buena o mala práctica. Complicación: Es un evento tórpido, no deseado pero que estadísticamente pudo presentarse. Ejemplo: un procedimiento de toracotomía en un porcentaje (x) determinado, puede lesionarse en una arteria

²⁷⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia de Illes Balears, *Procedimiento Ordinario: res. 412-2020; 14 setiembre 2020*, considerando párr. 4, STSJ Islas Baleares 412/2020, 14 de Septiembre de 2020 (ucr.ac.cr).

²⁷¹ En el mismo sentido, las sentencias 688-2015 y 128-2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Décima.

intercostal. Existiendo buena práctica médica. Accidente: Es un evento inesperado: muchas veces incontrolable que genera un resultado igualmente no deseado y desfavorable. Ejemplo: cuando un cirujano está operando y se va el fluido eléctrico de la sala y al manipular su bisturí incide un vaso arterial en el paciente y genera un shock hemorrágico. Mala Praxis: Cuando el acto médico o quirúrgico no observa el conocimiento, las técnicas y protocolos establecidos para determinado procedimiento. Es decir, se vulneró la norma de atención. (...) La parálisis cerebral infantil espástica, fue consecuencia directamente de la ingesta del tóxico fosforado y no del acto médico. El acto médico propendía por restablecer las condiciones de salud previamente alteradas del menor; por ello el daño no se adecúa a los conceptos de Iatrogenia, Complicación, Accidente ni Mala-Praxis y las secuelas igualmente son producto del tóxico ingerido.²⁷²

A pesar de lo anterior, Colombia -al igual que España- tampoco ha considerado la posibilidad de responsabilizar a la Administración en los casos en los que se compruebe la existencia de iatrogenia, verbigracia la sentencia reciente número 68-001-23-000-1999-00048-01 del Consejo de Estado de la Sala Contenciosa Administrativa (sección tercera), que valoró un caso mediante el cual una paciente demandó a la División de Salud de Magdalena Medio en Bogotá, por realizarle una colecistectomía laparoscópica con el objetivo de extirparle un cálculo único en la vesícula, la cual se complicó por el corte de la vía biliar principal. Lo anterior provocó que se le tuviera que realizar una cirugía abierta para extraérsele la vesícula biliar, misma que acarreó como consecuencia que la señora fuera sometida a nuevas cirugías con nuevas complicaciones, entre ellas pérdida de peso considerable, colangitis, ictericia, acolia total e inflamación del hipocondrio derecho, así como que se le catalogara como persona con invalidez permanente.

En este caso, los dictámenes periciales demostraron que la existencia de iatrogenia en la cirugía laparoscópica ejecutada a la paciente era muy probable, y que, muchas veces, esos resultados se debían a diversos factores de riesgo que podían ostentar los pacientes, tales como obesidad, variantes anatómicas, condiciones patológicas que predisponen a las lesiones en las vías biliares, enfermedades poliquísticas del hígado, úlcera duodenal, etc. En consecuencia, la Sala Contenciosa Administrativa determinó que no se podía probar la mala praxis y, en consecuencia, tampoco podía responsabilizarse al centro de salud accionado:

²⁷² Consejo de Estado de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, *Recurso de apelación: res. 19001-23-31-000-2000-03791-01 (28133); 20 febrero 2014*, conclusión, párr. 2, Sentencia nº 19001-23-31-000-2000-03791-01(28133) de Consejo de Estado - Sala Contenciosa Administrativa - SECCIÓN TERCERA, de 20 de Febrero de 2014 (ucr.ac.cr).

El diccionario de la real academia de la lengua española define la palabra “iatrogenia” como la “*alteración, especialmente negativa, del estado del paciente producida por el médico*”; sin embargo, en relación con las lesiones iatrogénicas de las vías biliares, estudios científicos han indicado que (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores): “*El desarrollo de la cirugía laparoscópica trajo como consecuencia la utilización de potentes y peligrosos instrumentos muy cerca de la vía biliar, como el electrocoagulador, el láser, la utilización de grapas metálicas para clipar la arteria y el conducto cístico. Se ganó en magnificación, pero se perdió la estéreo visión y se perdieron grados de libertad de movimiento*”. La literatura médica y científica también ha indicado que existen diversos factores de riesgo que coadyuvan en la producción de lesiones iatrogénicas de las vías biliares, como la obesidad, variantes anatómicas y una serie de condiciones patológicas que predisponen a las lesiones de las vías biliares, como la colecistitis aguda, enfermedad poliquística del hígado, úlcera duodenal y algunos agentes agresores, como el uso excesivo del electrocauterio y el láser que pueden producir coagulación de los vasos que la irradian. Adicionalmente, en relación con la forma en la que el médico debe proceder en caso de presentarse una lesión de las vías biliares, la literatura médica indica lo siguiente (se transcribe de forma litera, incluidos posibles errores): “*Si se confirma la lesión y el cirujano actuante no tiene experiencia en reparaciones complejas de la vía biliar, es recomendable que solicite el auxilio de un especialista en dicho proceder; si esto no es posible en el transoperatorio, es preferible dejar un catéter de drenaje en la vía biliar identificada (si es posible) y drenajes subhepáticos para aspiración y remitir el paciente a un especialista*”. Descendiendo al caso concreto, la Sala advierte que con el material probatorio aportado al proceso no es posible determinar la existencia de la falla médica alegada. Si bien se probó que hubo una lesión causada por el médico de Ecopetrol S.A., del dictamen pericial y de la literatura médica no es posible establecer si la lesión ocurrió como consecuencia de una mala praxis, de variantes anatómicas, condiciones patológicas o por alguna de las herramientas empleadas durante la cirugía.²⁷³

En conclusión, desde el derecho administrativo colombiano, la iatrogenia también exime de responsabilidad a la Administración Pública²⁷⁴; incluso, desde el derecho civil de ese país se le ha llamado “iatrogenia inculpable”, bajo el entendido de que “no puede soslayarse que el quehacer médico, pese a estar ajustado a los métodos científicos, ocasione un daño en el cuerpo o en la salud del enfermo, el cual no podría atribuirse al profesional de la medicina, en la medida en que no hubiere concurrido culposamente en su producción o

²⁷³ Consejo de Estado de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, *Recurso de apelación: res. 68-001-23-000-1999-00048-01, 12 agosto 2019*, considerando, párr. 6, Sentencia nº 68001-23-31-000-1999-00048-01 de Consejo de Estado - Sala Contenciosa Administrativa - SECCIÓN TERCERA, de 12 de Agosto de 2019 (ucr.ac.cr)

²⁷⁴ En el mismo sentido las sentencias número 73001-23-31-000-2006-01304-01 y 05001-23-25-000-1994-02074-01 (21859) del Consejo de Estado de la Sala Contenciosa Administrativa (sección tercera),

agravamiento”²⁷⁵ No obstante, desde el punto de vista teórico, la jurisprudencia colombiana se ha dado a la tarea de conceptualizar la iatrogenia, posicionarla y diferenciarla de figuras como la mala praxis médica, complicación médica y accidente médico, lo cual resulta de gran utilidad desde el punto de vista práctico, pese a omitir su caracterización detallada.

A partir de lo anterior es posible concluir que, *a contrario sensu* del análisis teórico doctrinario, nuestro país se encuentra bastante avanzado en cuanto al desarrollo jurisprudencial de la iatrogenia, su caracterización y el estudio de la figura, a la luz de los criterios de imputación de responsabilidad para la Administración Pública, pues esos cuestionamientos no han sido posibles en países como España y Colombia, que han limitado su análisis al examen de la figura como eximente de responsabilidad para la Administración.

Capítulo 3: Criterios de aplicación de la iatrogenia negativa en la responsabilidad administrativa costarricense

i. Alcances y limitaciones conceptuales de la noción actual de iatrogenia

Una vez realizado el examen teórico de la iatrogenia, procede realizar el análisis práctico correspondiente a los criterios de aplicación de la iatrogenia negativa en la responsabilidad administrativa costarricense, objeto principal de la presente investigación. No obstante, anterior a su desarrollo, es importante establecer algunos alcances conceptuales que se extraen del estudio realizado, y que son necesarios de previo al análisis práctico de la figura.

Sin duda alguna, la definición propia de iatrogenia sigue siendo absolutamente abstracta, tanto desde la ética médica como desde el derecho. Tal y como se indicó en el apartado *consideraciones conceptuales sobre la iatrogenia*, dentro de las definiciones propuestas por la ética médica, la más aceptada por el derecho es la posición armonizadora brindada por

²⁷⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, *Recurso de casación: res. 05001-3103-008-1999-00797-01, 01 diciembre 2011*, considerando, párr. 5.6, SENTENCIA de Corte Suprema de Justicia - SALA DE CASACIÓN CIVIL n° exp. 05001-3103-008-1999-00797-01 del 01-12-2011 (ucr.ac.cr)

Pérez Tamayo en 1993²⁷⁶, posteriormente ampliada por Carecedo Cortina en 1997²⁷⁷, la cual divide la iatrogenia en positiva y negativa y, a su vez, fracciona la última en necesaria e innecesaria. No obstante, una vez analizadas las definiciones aportadas por la jurisprudencia nacional, donde nuestros Tribunales se dieron a la tarea de diferenciar la figura de la mala praxis, se considera necesario establecer algunos límites conceptuales, atendiendo a lo desarrollado en las sentencias examinadas:

En primer término, es menester aclarar que la iatrogenia positiva, a pesar de ser un concepto básico de diferenciación entre las clasificaciones, es un término que tiene poca relevancia respecto de la responsabilidad administrativa, ya que, si bien produce un resultado, este último no es dañoso, por lo que se excluye uno de los requisitos esenciales de la responsabilidad: la existencia del daño²⁷⁸. En consecuencia, nuestra jurisprudencia nacional ha reconocido como suficiente la definición brindada por la ética médica, que afirma que la **iatrogenia positiva** es toda alteración favorable producida en el estado del paciente como consecuencia de una intervención médica. *A contrario sensu* en lo que respecta a la iatrogenia negativa, la ética médica da una definición correcta pero insuficiente para diferenciarla de la figura generadora de responsabilidad médica por antonomasia: la mala praxis médica. Lo anterior queda demostrado en la sentencia 000925-F-2009 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, donde surge la necesidad del juez de agregar a la definición jurídica de iatrogenia negativa el elemento de la *lex artis* como diferenciación entre esta y la mala praxis. En ese sentido, esta investigación considera necesario basarse en el concepto jurídico brindado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, el cual permitirá avanzar en el análisis práctico de la figura: “En ambos supuestos, se requiere como presupuesto el que la persona tratante haya adoptado todas las previsiones del caso, y aplicó el tratamiento en forma correcta, de acuerdo con las reglas propias de la técnica correspondiente (de lo contrario implicaría un supuesto de mala praxis)”²⁷⁹.

²⁷⁶ Ruy Pérez Tamayo, “Iatrogenia” (Simposio realizado en la Facultad de Medicina de la Universidad Autónoma de México, 3 de setiembre 1993) 8.

²⁷⁷ Vicente Carecedo Cortina, “Iatrogenia y error médico,” *Revista Médica Hosp. Gral Mex* no.60 (2), (1997):76, consultado 14 mayo 2021. Vol. 60 Núm.2. Abril-Junio 1997 (imbiomed.com.mx).

²⁷⁸ Ver capítulo primero, *régimen de responsabilidad de la Administración Pública en Costa Rica*, apartado c: *La acción generadora, el daño y el nexo de causalidad*.

²⁷⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000925-F-2009; 10 setiembre 2009, 14:40 horas*, considerando, párr. 9, Nexus PJ.

En consecuencia, debe entenderse la **iatrogenia negativa** como toda alteración dañosa o desfavorable producida sobre el estado del paciente en el marco de una acción o intervención médica o de salud que se encuentra apegada a los parámetros de *lex artis*.

Ahora bien, en cuanto a la diferenciación entre iatrogenia negativa necesaria e innecesaria existe más convulsión conceptual, toda vez que no existe consenso biomédico ni jurídico que logre armonizar las características de ambas figuras, veamos:

a. Iatrogenia negativa innecesaria

La definición brindada por el doctor Vicente Cerecedo Cortina en el año 1997²⁸⁰, afirma que la iatrogenia negativa innecesaria es aquel resultado negativo imprevisible e inevitable, producto de la intervención médica, que se debe a condiciones propias del paciente, o bien, a los resultados extraordinarios que no se pueden anticipar, propios de la naturaleza de las ciencias médicas. Por su parte, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia²⁸¹ indicó que la iatrogenia negativa innecesaria es aquella que se da por las particularidades propias del paciente, las cuales son desconocidas al momento de elegir los medios a emplear para curar o aliviar la enfermedad, por lo que el menoscabo es imprevisible, pues se da por una condición anatómica o fisiológica del paciente, que le es particular y que difiere del común denominador de las personas.

Ahora bien, si bien esta investigación entiende ambas premisas como verídicas, ninguna contempla situaciones importantes y manifiestas en el capítulo anterior:

- i) la iatrogenia negativa innecesaria prevé la existencia de una conducta o intervención médica apegada a la *lex artis*.
- ii) a pesar de desarrollarse bajo el contexto médico-hospitalario, el verdadero origen de la iatrogenia negativa innecesaria no es la intervención médica *per se*, por el contrario, el daño es resultado de la interacción entre el acto médico y las condiciones biológicas inherentes al paciente.

²⁸⁰ Vicente Carecedo Cortina, "Iatrogenia y error médico," *Revista Médica Hosp. Gral Mex* no.60 (2), (1997):76. consultado 14 mayo 2021. Vol. 60 Núm.2. Abril-Junio 1997 (imbiomed.com.mx).

²⁸¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000925-F-2009; 10 setiembre 2009, 14:40 horas*, considerando, párr. 9, Nexus PJ.

iii) Algunos autores, desde la ética médica, afirman que la iatrogenia negativa innecesaria no siempre se da por una condición anatómica o fisiológica del paciente, también puede darse por mecanismos externos no atribuibles al paciente, como las fallas institucionales imprevisibles e inevitables²⁸² por el galeno o por el personal de salud, o bien, previsibles pero inevitables para el personal de salud, verbigracia, una falla energética, o bien, la falla de equipo médico²⁸³. Lo anterior presupone dos perspectivas distintas del fenómeno: la de la víctima y la del personal hospitalario, perspectiva que, hasta la fecha, no ha sido estudiada por el derecho.

Es por lo anterior que los conceptos *supra* pueden parecer insuficientes, pues han pasado por alto investigaciones y paradigmas nuevos desarrollados a partir del estudio de la figura desde la doctrina médica y desde el derecho, lo cual no solo impide el acercamiento a una unidad conceptual, sino que también limita la aplicación de la figura a situaciones conocidas, dejando por fuera supuestos fácticos que necesitan amparo jurídico.

b. Iatrogenia negativa necesaria

Por su parte, la iatrogenia negativa necesaria ha sido definida por Vicente Carecedo Cortina (1997)²⁸⁴ como aquel resultado negativo previsible, en el cual el galeno decide correr el riesgo para alcanzar el resultado más conveniente para el paciente. Mientras que, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia 000925-F-2009²⁸⁵ indicó que la iatrogenia negativa necesaria es aquella en la que el daño es un riesgo esperado, pero que, de producirse, sería consecuencia del tratamiento elegido, por lo que el galeno o el personal de salud a cargo pondera en una relación daño/beneficio y escoge aquella donde la probabilidad

²⁸² En este punto es importante recordar que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia realizó una diferenciación entre **lo previsible y lo anticipable** en su sentencia 000925-F-2009, mediante la cual, indicó que previsible son aquellos riesgos propios de un tipo específico de intervención médica que son conocidos por el personal institucional, mientras que, los anticipables son aquellos riesgos previsible, que el personal médico es consciente que se pueden presentar en el caso concreto.

²⁸³ Es importante diferenciar aquello que es imprevisible para el médico y aquello que es imprevisible para la institución, toda vez que, por ejemplo, una falla energética en un hospital es un riesgo imprevisible para el personal de salud, no obstante, no lo es para la institución, que a partir de sus planes de mantenimiento institucional es capaz de prever el riesgo y tener una planta energética de respaldo en buen estado que entre en funcionamiento cuando suceda dicha situación. Lo anterior, cobra importancia pues, en estos casos, podríamos estar ante un simple funcionamiento anormal de la Administración.

²⁸⁴ Vicente Carecedo Cortina, "Iatrogenia y error médico," *Revista Médica Hosp. Gral Mex* no.60 (2), (1997):76. consultado 14 mayo 2021. Vol. 60 Núm.2. Abril-Junio 1997 (imbiomed.com.mx).

²⁸⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000925-F-2009; 10 setiembre 2009, 14:40 horas*, considerando, párr. 9, Nexus PJ.

de obtener un resultado positivo justifica asumir los riesgos previstos. Asimismo, en la sentencia 00527-2014 amplía la definición, refiriéndose a la evitabilidad del daño, afirmando: “se trata de una iatrogenia negativa necesaria, en donde se conocía y se admitió como posible el resultado lesivo de la participación. El daño se podía anticipar, no era desconocido o inconocible, incluso en cierto modo se podía evitar”²⁸⁶.

En este punto es evidente que en ambas definiciones hay dos elementos que no se toman en consideración. Veamos:

i) la iatrogenia negativa necesaria prevé la existencia de una conducta o intervención médica u hospitalaria apegada a la *lex artis*.

ii) no hay duda de que el daño es previsible y anticipable, no obstante, no se realiza un análisis que brinde certeza de si se trata de un daño evitable o no.

En este último punto, parece ser que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia afirma que el daño es evitable “en cierto modo”, y de su análisis se extrae la premisa de que como es un daño conocido, ponderado y aceptado por el galeno, este es capaz de evitarlo. Sin embargo, al igual que en la iatrogenia negativa innecesaria, la concepción aceptada y normalizada por la jurisprudencia ha pasado por alto elementos que deberían incorporarse a su análisis, lo cual limita una vez más la aplicación práctica de la figura.

En virtud de todas las limitaciones *supra*, que ostentan ambas subclasificaciones de la iatrogenia negativa, esta investigación observa la necesidad de cuestionar los consensos conceptuales adoptados y proponer nuevas nociones que atiendan a todas las aristas que ostentan las figuras, razón por la cual en el siguiente apartado se ensayará un nuevo planteamiento terminológico.

ii. Propuesta de una nueva clasificación y conceptualización de la iatrogenia negativa

Si bien la ética médica y la doctrina biomédica acogen tres tesis terminológicas alrededor de la iatrogenia (explicadas en el capítulo anterior), la jurisprudencia nacional ha adoptado

²⁸⁶ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00527-2014; 10 abril 2014, 2:12 horas*, considerando, párr. 9, Nexus PJ.

el enfoque híbrido brindado por Carecedo Cortina en 1997²⁸⁷, que fracciona la iatrogenia negativa en necesaria e innecesaria. Según Carecedo Cortina, la iatrogenia negativa innecesaria es aquella en la que a pesar de que el galeno interviene conforme a la *lex artis*, el resultado negativo sucede por situaciones externas ajenas a su control, como las condiciones propias del paciente, o condiciones externas al galeno, mientras que la iatrogenia negativa necesaria es aquella en la que el médico pondera cuál es el procedimiento más favorable para el paciente y, con base en ello, atendiendo al principio del doble efecto, decide cuál intervención realizar. Esta clasificación ha llegado a un nivel de consenso tan alto en nuestra jurisprudencia que ha blindado su cuestionamiento en cuanto a terminología, no obstante, el presente trabajo de investigación encuentra necesario disputar y replantear la caracterización de “necesaria e innecesaria”, así como las nociones conceptuales que las cobijan:

a. ¿Iatrogenia negativa innecesaria?

Desde el consenso conceptual dado, la iatrogenia negativa innecesaria presupone un resultado dañoso inevitable que se produce en el marco de una intervención médica apegada a la *lex artis* y que responde a condiciones que se escapan del control del profesional de la salud, atribuibles a las condiciones propias del paciente. Ahora bien, la palabra *innecesario* es un adjetivo que niega la existencia de lo necesario, es decir, aquello de lo que se puede prescindir, o bien, que se puede evitar²⁸⁸, en ese sentido, la iatrogenia negativa innecesaria parece ser aquella que se puede evitar, que no es necesaria; lo anterior empieza a perder sentido una vez que atendemos al concepto dado, pues, parece que la definición de iatrogenia negativa innecesaria contraría directamente esa terminología: el resultado dañoso es inevitable tanto para el médico o profesional de la salud como para el paciente, entonces, ¿para quién es innecesaria? Parece ser que para ninguno de los sujetos intervinientes en la iatrogenia le es posible evitar o prescindir el resultado dañoso. Asimismo, desde el enfoque de la víctima no es posible afirmar que este tipo de iatrogenia se puede evitar o prescindir, por el contrario, se escapan cabalmente de su control.

De igual manera, es menester reiterar las limitaciones que ostenta este concepto, mencionadas en el apartado anterior, tales como: i) la omisión de que prevé una conducta o

²⁸⁷ Vicente Carecedo Cortina, “Iatrogenia y error médico,” *Revista Médica Hosp. Gral Mex* no.60 (2), (1997):76, consultado 14 mayo 2021. Vol. 60 Núm.2. Abril-Junio 1997 (imbiomed.com.mx).

²⁸⁸ Diccionario, s.v. “Innecesario”, consultado 9 de octubre, 2020, [¿Qué es innecesario? Definición, concepto y significado. \(diccionarioactual.com\)](http://www.diccionarioactual.com)

intervención médica apegada a la *lex artis*, y ii) la confusión respecto de su origen, el cual no se identifica en la actuación médica *per se*, sino con una multiplicidad de factores que convergen en una intervención médica.

b. ¿Iatrogenia negativa necesaria?

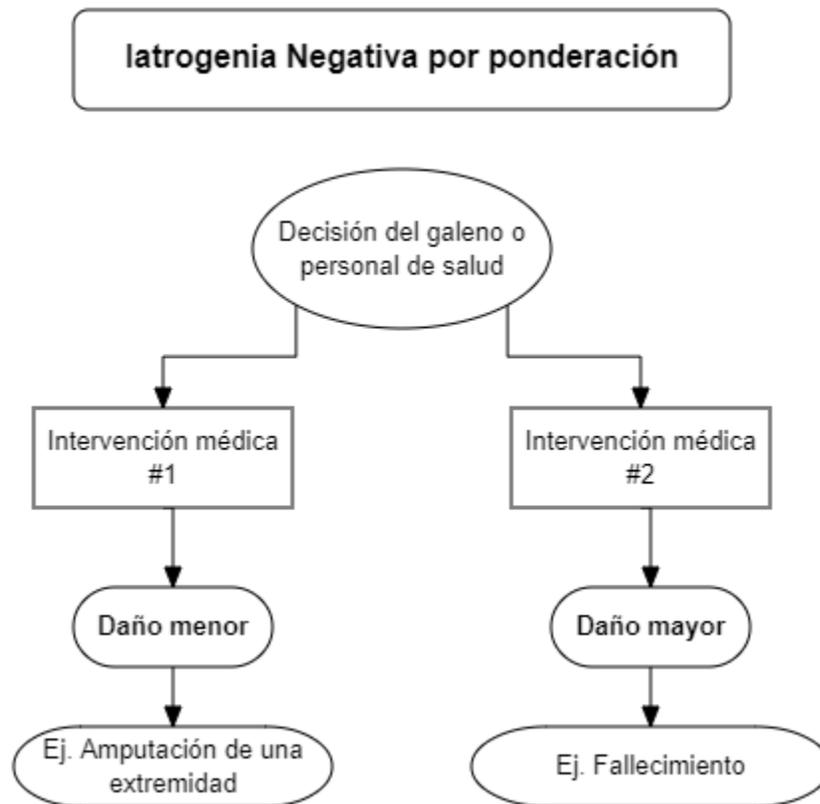
Por su parte, el consenso conceptual de iatrogenia negativa necesaria afirma que se trata de aquel resultado dañoso que se origina en el marco de una intervención médica apegada a la *lex artis*, mediante la cual el galeno o profesional de salud pondera cuál es el resultado más favorable para el paciente y, a partir del principio del doble efecto, escoge cuál procedimiento realizar. *A contrario sensu* de la definición brindada *supra*, lo necesario es aquello de lo que no se puede prescindir, es decir, lo que no se puede evitar. Parece ser que este concepto sí se corresponde con la terminología, toda vez que ninguno de los dos sujetos intervinientes en la relación iatrogénica puede prescindir del resultado dañoso: i) desde el enfoque de la víctima necesariamente deberá sufrir el daño menor para su bien mayor, no está en su poder evitar el resultado; y ii) desde el enfoque del galeno o del personal de salud, tampoco está en su poder evitar el daño y, aunque a simple vista no parece tan claro, veamos el siguiente análisis:

Tal y como se refirió en el apartado anterior, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia afirma que el daño es evitable “en cierto modo”, indicando que como se trata de un daño conocido, ponderado y aceptado por el galeno, este es capaz de evitarlo²⁸⁹. No obstante, esta investigación es contraria a dicha afirmación, pues:

a. El resultado negativo ya está implícito dentro de la llamada iatrogenia negativa necesaria, por lo que la atribución de la figura a un caso concreto implica irreparablemente la presencia de un daño.

b. ese daño es inevitable, toda vez que cualquiera que sea la acción que el personal de salud elija realizar, se va a producir un menoscabo del que no se va a poder prescindir respecto del otro; para mayor comprensión del lector, se elaboró el siguiente diagrama:

²⁸⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00527-2014; 10 abril 2014, 2:12 horas*, considerando, párr. 9, Nexus PJ.



Como se evidencia del diagrama realizado, en el momento en el que el galeno elija uno de los dos caminos, dejará “en descubierto” el riesgo de que el otro daño se produzca, razón por la cual, si este se produce (como sucede en la llamada iatrogenia negativa necesaria) no podrá evitarse, pese a haberse anticipado. Lo que varía, por supuesto, es que el conocimiento previo que ostenta el personal de salud llevará a ponderar cuál es el daño menor, sin embargo, esto no convierte el resultado iatrogénico en innecesario, ni para el galeno ni para el administrado.

En consecuencia, si ambas subclasificaciones contemplan un resultado necesario, tanto para el galeno como para el paciente carece de sentido mantener en el ámbito jurídico la división consensuada y aceptada por la ética médica, pues no se corresponde con la realidad.

Ahora bien, ¿cuál es, entonces, la clasificación adecuada? En este momento no existe alternativa a la categorización brindada por la ética médica y ratificada por el derecho, razón por la cual la presente investigación ensayará una nueva clasificación de la iatrogenia negativa, en función de sus particularidades y no así de su evitabilidad. Es menester destacar que la sistematización que aquí se propone es únicamente para facilitar el análisis práctico

de la figura en la presente investigación, por lo que de ninguna manera deviene en inamovible para el operador jurídico, o bien, para investigaciones posteriores.

- **Iatrogenia negativa:** aquel resultado negativo o dañoso, producto de un evento imprevisible e inevitable, que responde a la interacción entre los mecanismos internos inherentes al paciente (idiosincrasia fisiológica o sensibilidad individual) y una intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis*.
- **Iatrogenia negativa por ponderación:** aquel resultado negativo o dañoso, ocasionado por un evento previsible y anticipable, pero inevitable, producto de la intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis*, en la cual, mediante el principio del doble efecto, el galeno decide correr un riesgo para alcanzar el resultado más conveniente para el paciente.

iii. Iatrogenia negativa como eximente de responsabilidad administrativa

Por otra parte, tal y como se evidenció en el capítulo previo, si bien la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha tenido una posición conteste sobre este tema, lo cierto es que la jurisprudencia nacional ha sido oscilante en cuanto a la posibilidad de considerar la iatrogenia negativa como un eximente de responsabilidad para la Administración Pública y para el funcionario. Además, anterior a la presente investigación se llevó a cabo un trabajo final de graduación que trató el tema de la iatrogenia negativa bajo la premisa de que la iatrogenia debe considerarse como un eximente de responsabilidad para la Administración y para el funcionario,²⁹⁰ por lo que hay suficiente respaldo para evaluar esta posibilidad dentro de los criterios de aplicación de la figura en el ordenamiento jurídico costarricense.

A raíz de lo anterior, se considera de suma relevancia para el objeto de estudio realizar un análisis sobre la iatrogenia negativa como eximente de responsabilidad administrativa (tanto para el ente público como para el funcionario), tomando en consideración los estudios anteriores sobre el tema.

²⁹⁰ Sergio Villalobos Campos, “La iatrogenia como eximente de responsabilidad para el Estado”. (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2010).

a. Iatrogenia negativa como eximente de responsabilidad para la Administración Pública

Como se indicó en el primer capítulo de la presente investigación, en nuestro país²⁹¹, para que se exima de responsabilidad a la Administración debe existir rompimiento del nexo causal existente entre la conducta generadora y el daño ocasionado, razón por la cual la Ley General de la Administración Pública, en su artículo 190, inciso 1, contempla aquellos supuestos capaces de romper la cadena de causalidad, cuya presencia es necesaria para que se excuse a la Administración respecto de los daños causados. En consecuencia, para que la iatrogenia negativa sea considerada como eximente de responsabilidad para la Administración, en nuestro país debe, irreparablemente, identificarse como un caso de fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero, discusión que aún se encuentra vigente en tribunales nacionales. Por lo anterior, con base en los recursos teóricos brindados en los dos primeros capítulos, se llevará a cabo un análisis sobre la correspondencia de la iatrogenia con los eximentes contemplados en la Ley General de la Administración Pública.

Iatrogenia negativa como fuerza mayor

En primer término, es imperioso recordar la definición conceptual de fuerza mayor dada en el capítulo inicial de la presente investigación: aquel evento exterior o de la naturaleza incapaz de preverse, o que, en caso de preverse, no puede evitarse. Asimismo, es importante destacar el carácter externo e insuperable de la figura, toda vez que, tal y como lo refirió Brenes Córdoba (1984)²⁹², es precisamente eso lo que la diferencia del caso fortuito. De igual manera, es menester señalar que esas características particulares que la identifican y difieren de otras figuras, son precisamente las que le atribuyen su carácter de eximente de responsabilidad, pues al tratarse de un evento con origen exterior a la Administración imposible de evitar, rompe absolutamente el nexo de causalidad entre el daño y la conducta originaria, máxime al comprender que esta última se encuentra fuera del control institucional.

²⁹¹ Es menester recordar que tal y como se evidencia en el análisis jurisprudencial de derecho comparado anteriormente realizado, en otros países, como Colombia y España, no es necesario el cumplimiento de presupuestos legales para considerar la iatrogenia como un eximente de responsabilidad, *a contrario sensu*, únicamente debe probarse la inexistencia de mala praxis médica.

²⁹² Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de las Obligaciones*. (San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1984), 108.

En otro orden de ideas, cuando se habla de iatrogenia negativa (entendida bajo el acuerdo conceptual *supra*) nos referimos a aquellos daños que se producen sobre el estado del paciente por una acción o intervención médica que se encuentra apegada a los parámetros de *lex artis*. Asimismo, tal y como se refirió en el concepto propuesto previamente, en la iatrogenia negativa por ponderación (comúnmente llamada necesaria), el galeno (o el personal de salud) tiene conocimiento del riesgo que conlleva la conducta que va a realizar, por lo que es previsible y anticipable, no obstante, en virtud del principio del doble efecto²⁹³, se provoca el menoscabo en garantía de un bien mayor, lo que hace el daño finalmente inevitable; mientras que en la iatrogenia negativa propiamente (comúnmente llamada innecesaria), el riesgo es desconocido e imprevisible, por lo tanto, el daño deviene en insuperable y, en caso de ser previsible, no es anticipable al caso concreto, lo cual convierte el menoscabo en igualmente inevitable.

Ahora bien, a simple vista parece ser que la iatrogenia negativa se identifica con la fuerza mayor, toda vez que es una conducta imprevisible e insuperable, o bien, en caso de ser previsible, es inevitable. Inicialmente, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia se inclinó por categorizar a la iatrogenia como un caso de fuerza mayor, indicando: “Se trata de un caso de fuerza mayor, donde no ha existido culpa alguna en la ejecución del tratamiento médico y no se puede pretender el resarcimiento del daño, conforme a lo preceptuado por el artículo 190”²⁹⁴. Posteriormente, hubo algunos jueces contenciosos que siguieron esta teoría y, con el pasar del tiempo, la ampliaron, afirmando:

Dicho desenlace es, por ende, una consecuencia inevitable en muchos casos, a pesar de ser previsible. Esta característica lo convierte entonces en un típico supuesto de fuerza mayor, eximente de responsabilidad en la medida en que destruye el nexo de causalidad entre la conducta desplegada por el agente administrativo (en este caso los médicos y demás servidores) y el resultado pernicioso²⁹⁵

²⁹³ “Según este principio es lícito realizar una acción de la que se siguen dos efectos, uno bueno y otro malo, pero en el que el bueno tiene que ser proporcionado, es decir, el resultado final, el bien obtenido, debe superar al mal accidental acumulado”

Pedro Albújar, “Ética médica: iatrogenia,” *Revista Diagnostico* no. 5, (2004): 125, consultado 13 mayo, 2021, [Revista DIAGNOSTICO \(fihu.org.pe\)](http://Revista DIAGNOSTICO (fihu.org.pe)).

²⁹⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00023-1993; 21 abril 1993, 14:40 horas*, considerando, párr. 9, Nexus PJ.

²⁹⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, sección séptima, *Recurso de apelación: res. 00093-2009; 30 setiembre 2009, 01:50 horas*, considerando, párr. 6, Nexus PJ.

Ergo, si un juez considera que hubo iatrogenia negativa, irremediamente debe concluir que la Administración no incurrió en responsabilidad, pues los hechos imprevisibles, o bien, previsibles pero inevitables, se ubican dentro de la fuerza mayor claramente constituye una causa eximente de responsabilidad, independientemente de que haya habido funcionamiento normal o anormal sin necesidad de mayor discusión.²⁹⁶

Asimismo, después del fallo *supra*, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia cambió su línea jurisprudencial, indicando que la iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria) no podía considerarse un caso de fuerza mayor, al respecto indicó:

Así, a pesar de que lo sucedido se ubique dentro de la denominada iatrogenia negativa innecesaria, no se debió a un hecho extraño o anterior -fuerza mayor-. Lo que no se puede anticipar por ser desconocido o inconocible, no se puede evitar. De tal forma que, del cuadro fáctico no se infiere que se constituya una causal eximente de responsabilidad, según lo dispuesto por el numeral 190, párrafo primero, de la Ley General de Administración Pública.²⁹⁷

Conforme se indicó en las líneas anteriores, resulta evidente que la iatrogenia negativa innecesaria no es un supuesto equiparable a la fuerza mayor, la cual se ha definido como, aquella consistente en un hecho imprevisible, inevitable pero provocado por la acción de la naturaleza, extraño y exterior, en donde el daño no es efecto de una conducta humana, sino que es consecuencia de un hecho que se particulariza por su inevitabilidad e irresistibilidad. Entonces, es claro que ambos conceptos no son equiparables, teniéndose en cuenta que la iatrogenia se produce con ocasión de la intervención humana (galeno), debido a un tratamiento o procedimiento médico. No se cumple así ninguno de los supuestos establecidos en la ley como causales de eximente de responsabilidad, en tanto, obviamente, la iatrogenia no se configura como tal.²⁹⁸

En igual sentido, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia afirmó que tampoco la iatrogenia negativa por ponderación (comúnmente llamada necesaria) podía categorizarse como fuerza mayor:

No es de recibo la argumentación de la casacionista en el sentido de que dicha circunstancia debe ser considerada como fuerza mayor. Tal y como se desprende de ambos fallos, lo acontecido no puede clasificarse como imprevisible, por cuanto, como ya se dijo, se trata de una iatrogenia negativa necesaria. (...) Tampoco el daño es extraño y exterior, pues es efecto de una conducta humana. De tal forma que, del

²⁹⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, sección primera, *Recurso de apelación: res. 00051-2013; 31 mayo 2013, 08:25 horas*, considerando, párr. 6, Nexus PJ

²⁹⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000875-2007; 17 diciembre 2007, 8:00 horas*, considerando, párr. 7, Nexus PJ.

²⁹⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 0001431-2011; 21 noviembre 2011, 9:10 horas*, considerando, párr. 9, Nexus PJ.

cuadro fáctico no se infiere que se constituya una causal eximente de responsabilidad, según lo dispuesto por el numeral 190, párrafo primero de la LGAP.²⁹⁹

Por su parte, en el estudio previo realizado sobre este tema, Sergio Villalobos Campos (2010)³⁰⁰ concluyó que no existe una definición unificada en torno al concepto de fuerza mayor, lo cual no permite establecer con certeza si se puede incluir o no la iatrogenia dentro de esta clasificación. La presente investigación difiere en este último punto, toda vez que, tal y como se indicó en el capítulo primero y en el párrafo inicial *supra*, sí existe una definición establecida con características específicas que permite diferenciar si una conducta determinada es o no fuerza mayor.

En consecuencia, lo realmente relevante en este tema es definir cuál de las dos concepciones que ha seguido la jurisprudencia es la mayormente acertada: aquella que considera la iatrogenia negativa como fuerza mayor, o aquella que no. En ese sentido, es menester anotar que el análisis en cuanto a la iatrogenia negativa por ponderación (comúnmente llamada necesaria) solo se ha realizado desde la postura jurisprudencial mayoritaria de la Sala, es decir, aquella que no considera la iatrogenia negativa como fuerza mayor. Por lo anterior, a continuación, se analizarán las subclasificaciones de la iatrogenia negativa a la luz de la fuerza mayor, como eximente de responsabilidad administrativa:

En primer término, **la iatrogenia negativa** (comúnmente llamada innecesaria), entendida bajo el concepto propuesto en el presente trabajo de investigación, es aquel resultado negativo o dañoso producto de un evento imprevisible e inevitable que responde a mecanismos internos inherentes al paciente (idiosincrasia fisiológica o sensibilidad individual), en el marco de una intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis*. Teniendo esto claro, podemos analizar si las características de la fuerza mayor citadas *supra* son consecuentes con ella, veamos:

Primera premisa. *Es un evento imprevisible, o bien, en caso de ser previsible, es inevitable.*

²⁹⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00527-2014; 10 abril 2014, 2:12 horas*, considerando, párr. 9, Nexus PJ.

³⁰⁰ Sergio Villalobos Campos, “La iatrogenia como eximente de responsabilidad para el Estado”. (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2010), 216.

Respecto de esta premisa, podría afirmarse que se cumple, ya que la iatrogenia negativa es imprevisible e inevitable, o bien, previsible pero inevitable, lo cual se corresponde con las características de la fuerza mayor; no obstante, hilando fino procederemos a analizar el evento capaz de producir el resultado propiamente, es decir, la causa (tal y como lo refiere la fuerza mayor), la cual, en la iatrogenia negativa, puede identificarse como la interacción entre los mecanismos internos inherentes al paciente (idiosincrasia fisiológica o sensibilidad individual) y la intervención galena que se lleva a cabo en todo procedimiento médico, que de hecho es esperada y previsible en la iatrogenia negativa, pues cumple con la característica de estar acorde con la *lex artis*. No obstante, tal y como se explicó previamente, la intervención médica inicial no es la causa *per se* del daño iatrogénico, por lo que se estaría hablando de una “causa compuesta” quizá, razón por la cual corresponde analizar la equivalencia entre la causa de la iatrogenia negativa y la fuerza mayor:

Tal y como se indicó anteriormente, la intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis* que se presenta en la iatrogenia es previsible pero inevitable, lo cual se corresponde con la fuerza mayor, no obstante, en la iatrogenia negativa simple necesariamente el resultado dañoso contempla la interacción entre el acto médico y las condiciones propias biológicas del paciente, por lo que la principal causa del daño se puede ubicar en anatomía y tipología del sujeto pasivo:

a. La idiosincrasia fisiológica, según Velasco Martín y Velasco Sendra (2018)³⁰¹, es una respuesta atípica de un enfermo a un tratamiento, que habitualmente no se produce al administrarlo a la mayoría de las personas y que atiene a unas bases genéticas determinadas. Según los citados autores, la idiosincrasia fisiológica puede ser previsible, pues pueden haber casos aislados previos de reacciones genéticas especiales a algún tratamiento o medicamento, que es deber del médico conocer antes de suministrarlo, no obstante, no es una situación anticipable, ya que el estudio realizado al caso concreto no le permite al médico saber con certeza si la genética del paciente va a ocasionar idiosincrasia fisiológica, por lo que, pese a ser previsible

³⁰¹ Alfonso Velasco Martín y María Velasco Sendra, “Reacciones Adversas Medicamentosas (RAM) Interacciones Medicamentosas” (Conferencia impartida por motivo del Ciclo de Conferencias La Caixa, Facultad de Medicina de la Universidad de Valladolid, 22 de marzo de 2018).

deviene en inevitable. Además, también existe la mínima posibilidad de que sea la primera vez que un paciente presenta una respuesta atípica a un determinado tratamiento o medicamento, lo cual, en definitiva, convierte la idiosincrasia fisiológica en un evento en imprevisible e inevitable, o bien, previsible pero inevitable, lo cual se corresponde con la primera premisa de la fuerza mayor.

b. Ahora bien, en el caso de la sensibilidad individual o reacciones no alérgicas, se refieren a la intolerancia o hipersensibilidad de un paciente a ciertos medicamentos o tratamientos, la cual no se explica, pues se debe a una reactividad inmunológica activada que no se presenta en otros pacientes, lo cual vuelve la sensibilidad individual en un evento previsible más no anticipable para el caso concreto, por lo que deviene en inevitable, correspondiéndose también con la primera premisa de fuerza mayor.

En consecuencia, la primera premisa de la fuerza mayor se corresponde con la iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria), pues sus causas son imprevisibles e inevitables, o bien, en caso de ser previsibles no son anticipables, por lo cual devienen en insuperables.

Segunda premisa. *Es un evento exterior o de la naturaleza.*

Ahora bien, la segunda característica de la fuerza mayor es, precisamente, que se trata de un evento exterior o de la naturaleza, que, tal y como lo indica Eduardo Ortiz Ortiz (1976), es “totalmente externo a la cosa o a la empresa responsable, ajena a los riesgos normales creados por la empresa dentro de los cuales éstas, por su propio giro, se desenvuelven”³⁰². En el mismo sentido, Jesús González Pérez (1996)³⁰³ lo definió como aquel suceso que está fuera del círculo de actuación del obligado, el cual es capaz de romper la relación de causalidad. Esta característica cobra vital importancia al considerar si la iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria) podría identificarse como fuerza mayor y, en consecuencia, como eximente de responsabilidad:

³⁰² Eduardo Ortiz Ortiz, *Derecho Administrativo. Tomo 2. Tesis XXIV*, (San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 1976), 123.

³⁰³ Jesús González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, (Madrid, España: Editorial Civitas, 1996), 289.

En primer término, la intervención médica apegada a la *lex artis* se desarrolla a lo interno de la Administración Pública, razón por la cual no cumple con la segunda premisa de la fuerza mayor. Ahora bien, no puede olvidarse que el resultado dañoso se debe a la interacción entre el acto médico o de salud y las condiciones propias del paciente, razón por la cual deben analizarse dichas causas:

En el caso de la idiosincrasia fisiológica y la sensibilidad individual, entendidas bajo las concepciones expuestas *supra*, ambas responden a condiciones biológicas e inmunológicas atípicas que se presentan en el paciente, las cuales se encuentran fuera del ámbito de actividad del galeno, más no de la institución, pues son propias de la naturaleza de las ciencias médicas. Lo anterior nos arroja la respuesta en cuanto a su externalidad, toda vez que se trata de riesgos creados dentro del servicio hospitalario, lo cual los identifica como eventos internos.

Lo anterior fue debidamente analizado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en una de las sentencias citadas anteriormente:

Así, a pesar de que lo sucedido se ubique dentro de la denominada iatrogenia negativa innecesaria, no se debió a un hecho extraño o anterior -fuerza mayor-. Lo que no se puede anticipar por ser desconocido o inconocible, no se puede evitar.³⁰⁴

En consecuencia, la segunda premisa de la fuerza mayor no se corresponde con la iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria), pues sus causas originadas en la víctima son internas, propias de los riesgos creados por el servicio hospitalario.

Conclusión general

La iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria) no se corresponde con la fuerza mayor, toda vez que no cumple con la totalidad de sus premisas.

Por otra parte, corresponde analizar la concordancia entre la **iatrogenia negativa por ponderación** (comúnmente llamada necesaria) y la fuerza mayor, asimilando el concepto brindado *supra* y definiéndola como como aquel resultado negativo o dañoso ocasionado por

³⁰⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000875-2007; 17 diciembre 2007, 8:00 horas*, considerando, párr. 7, Nexus PJ.

un evento previsible y anticipable pero inevitable, producto de la intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis*, en la cual, mediante el principio del doble efecto, el galeno o personal de salud decide correr un riesgo para alcanzar el resultado más conveniente para el paciente. A partir de esto puede analizarse si las premisas de la fuerza mayor se ajustan a este tipo de iatrogenia:

Primera premisa. *Es un evento imprevisible, o bien, en caso de ser previsible, es inevitable.*

En el caso de la iatrogenia negativa por ponderación, tal y como se explicó anteriormente, el evento capaz de provocar el daño deviene en inevitable, pese a ser previsible y anticipable, toda vez que el galeno, bajo el principio del doble efecto, debe escoger cuál intervención es mayormente beneficiosa para el paciente, asumiendo el riesgo conocido, previsible y anticipable de que se cause un daño menor. Verbigracia, el caso de un parto en el que el médico decide intervenir para salvar al feto, consciente de que en el proceso la madre puede fenecer.

Ahora bien, es menester resaltar que, en la iatrogenia negativa por ponderación, la causa del daño sí se corresponde únicamente con la intervención del médico, la cual, a pesar de estar apegada a la *lex artis*, es la que origina el menoscabo inevitable. En consecuencia, al igual que en la iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria), parece ser que la iatrogenia negativa por ponderación es capaz de identificarse con la primera premisa de la fuerza mayor, pues, a pesar de que la intervención es previsible y anticipable, el resultado dañoso deviene insuperable.

En consecuencia, es posible concluir que la primera premisa de la fuerza mayor se corresponde con la iatrogenia negativa por ponderación, pues es previsible y anticipable, no obstante, deviene en insuperable.

Segunda premisa. *Es un evento exterior o de la naturaleza.*

Por otra parte, en lo que respecta a la segunda premisa de la fuerza mayor, la cual afirma que debe tratarse de un evento exterior o de la naturaleza, no se cumple en la iatrogenia negativa por ponderación, toda vez que, al igual que en la iatrogenia negativa, se trata de un riesgo que suele producirse dentro del servicio hospitalario, que es provocado dentro de la

institución (por lo que es interno) y su causa es atribuible a la intervención del galeno y a su ponderación del daño (no a la naturaleza).

En consecuencia, es posible concluir que la segunda premisa de la fuerza mayor no se corresponde con la iatrogenia negativa por ponderación, pues se debe a un evento interno producido por la intervención médica, propio de los riesgos creados en el servicio hospitalario.

Conclusión general

La iatrogenia negativa por ponderación no se corresponde con la fuerza mayor, toda vez que no cumple con la totalidad de sus premisas.

En este punto es menester aclarar que, pese a que esta investigación alcanza el mismo resultado de la Sala Primera de la Corte Suprema, no concuerda totalmente con su análisis, pues en la resolución 00527-2014 del 10 de abril de 2014 la Sala afirmó que la iatrogenia negativa por ponderación (comúnmente llamada necesaria) no podía categorizarse como fuerza mayor porque lo acontecido no podía calificarse como imprevisible, no obstante, tal y como se ha desarrollado a lo largo de la investigación, es claro que en la fuerza mayor no necesariamente debe existir una causa o un evento imprevisible, por el contrario, puede ser previsible pero inevitable, sin embargo, esta investigación sí reconoce la segunda parte del análisis de la Sala, en el cual afirma: “tampoco el daño es extraño y exterior, **pues es efecto de una conducta humana**” (subrayado es agregado).³⁰⁵ Esta afirmación refuerza que, efectivamente, no se trata de un evento extraño o exterior, sino de un evento interno, propio de una conducta humana (intervención médica) que se desarrolla dentro del giro normal del servicio hospitalario.

A raíz del análisis esgrimido se puede concluir que la iatrogenia negativa desde el enfoque de la víctima no se corresponde con la fuerza mayor, toda vez que ninguna de sus clasificaciones cumple con su segunda premisa, la cual afirma que debe tratarse de un evento externo, exterior o de la naturaleza.

³⁰⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00527-2014; 10 abril 2014, 2:12 horas*, considerando, párr. 9, Nexus PJ.

Iatrogenia como culpa de la víctima o hecho de un tercero

Los eximentes de responsabilidad “culpa de la víctima” y “hecho de un tercero” han sido apenas mencionados en la jurisprudencia nacional relativa a la iatrogenia, mientras que, el foco de la discusión se ha centralizado en la fuerza mayor (analizada *supra*); no obstante, en la presente investigación será evaluada la posibilidad de que la iatrogenia negativa se corresponda con alguno de estos eximentes de responsabilidad administrativa, en busca de aplacar (al menos parcialmente) las dudas existentes alrededor de este tópico:

i) Culpa de la víctima

Tal y como lo refirió Ortiz Ortiz (1976)³⁰⁶, la culpa de la víctima es una causa exoneratoria de responsabilidad, en tanto se compruebe que la víctima participó (en mayor o menor medida) en la producción del daño. Es decir, la culpa de la víctima se constituye como eximente de responsabilidad administrativa, pues es capaz de romper el nexo de causalidad que liga la conducta pública con el daño, toda vez que el daño pasa a tener su origen en la actuación de la propia víctima, desplazando cualquier otra conducta presentada³⁰⁷.

Ahora bien, pese a ser una tesis muy minoritaria y excepcional, en la sentencia 04166-2019 del 18 de noviembre del 2019, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia³⁰⁸ afirmó que el Tribunal de instancia resolvió que existía culpa de la víctima en un caso de iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria), pues, según el Tribunal, la paciente damnificada había firmado un consentimiento informado y, además, no había guardado el reposo prescrito, razón por la cual era necesario eximir de responsabilidad a la Caja Costarricense de Seguro Social. En este caso particular, la Sala resuelve en contra de lo alegado por el Tribunal, indicando que los daños causados a la administrada eran provenientes de la cirugía realizada, no así de su “omisión de guardar reposo”, sin embargo, en este caso existió también la particularidad de un voto salvado, en el cual uno de los magistrados consideró que no podía responsabilizarse a la Caja Costarricense de Seguro Social porque el resultado de la cirugía no era proveniente de la intervención médica

³⁰⁶ Eduardo Ortiz Ortiz, *Derecho Administrativo. Tomo 2. Tesis XXIV*, (San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 1976), 123.

³⁰⁷ Es menester recordar que existe una excepción explicada en el capítulo primero de la presente investigación, según la cual, es posible que no medie culpa exclusiva de la víctima, y que, exista culpa concurrente, en este caso, subsiste la responsabilidad administrativa en la medida en la que participe en la generación del daño.

³⁰⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 04166-2019; 28 noviembre 2019, 3:35 horas*, considerando, párr. 8, Nexus PJ.

realizada, sino de la particularidad de los tejidos de la paciente, lo cual no era posible atribuir a la institución demandada.

En este caso -obviando la discusión existente alrededor de las causas de la iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria)- entra al escenario la culpa de la víctima, principalmente porque la demandada alegó que la paciente no guardó el reposo prescrito por el galeno y el personal de salud, sin embargo, es menester aclarar que en ningún momento se compara la iatrogenia negativa con la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad, toda vez que se asume que la existencia de una, necesariamente, desplazaría a la otra. Esta afirmación asimilada por el fondo en la sentencia es un criterio absolutamente compartido en esta investigación, toda vez que, a diferencia del eximente de fuerza mayor, las características de la culpa de la víctima, entendida como *aquella causa exoneratoria de responsabilidad capaz de desplazar la conducta administrativa y romper el nexo causal, en tanto se compruebe que la víctima participó (en mayor o menor medida) en la producción del daño*, no se identifican en absoluto con la iatrogenia negativa, veamos:

Primera premisa. *Es una conducta realizada por la víctima, capaz de producir el daño total o parcialmente.*

La **iatrogenia negativa** (comúnmente llamada innecesaria), tal y como se ha reiterado en varias ocasiones a lo largo de este capítulo, responde a la interacción entre los mecanismos internos inherentes al paciente (idiosincrasia fisiológica o sensibilidad individual), propios de sus características biológicas o fisiológicas y una intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis*, por lo que basta con atender a su definición para dilucidar que en el ínterin de su realización no existe la intervención de ninguna conducta activa u omisiva realizada por el paciente (víctima) capaz de producir total o parcialmente el daño, razón por la cual esta premisa no se cumple en la iatrogenia negativa.

En el caso de la **iatrogenia negativa por ponderación** (comúnmente llamada necesaria), el daño es producto de una intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis*, en la cual, mediante el principio del doble efecto, el galeno decide correr un riesgo para alcanzar el resultado más conveniente para el paciente, en consecuencia, tampoco existe conducta activa u omisiva de la víctima que medie total o parcialmente en la consecución del

daño, razón por la cual tampoco se cumple esta primera premisa en la iatrogenia negativa por ponderación.

En consecuencia, la primera premisa de la culpa de la víctima no se corresponde con la iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria) ni con la iatrogenia negativa por ponderación (comúnmente llamada necesaria), pues no media conducta activa u omisiva de la víctima capaz de producir total o parcialmente el daño.

Segunda premisa. *Es una conducta capaz de desplazar total o parcialmente la conducta potencialmente generadora del daño.*

En la **iatrogenia negativa** (comúnmente llamada innecesaria) el resultado dañoso es producido por la interacción entre la intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis* y los mecanismos internos inherentes al paciente (idiosincrasia fisiológica o sensibilidad individual) propios de sus características biológicas o fisiológicas, por lo que, en tesis de principio, para que exista iatrogenia negativa no puede existir una conducta activa u omisiva de la víctima, capaz de desplazar total o parcialmente la conducta generadora, pues, en ese caso, estaríamos en presencia de otra figura, mas no de iatrogenia negativa.

Por su parte, en el caso de la **iatrogenia negativa por ponderación** (comúnmente llamada necesaria) sucede exactamente lo mismo, el daño es producto de una intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis*, en la cual, mediante el principio del doble efecto, el galeno decide correr un riesgo para alcanzar el resultado más conveniente para el paciente. Es decir, para que exista este tipo de iatrogenia debe cumplirse necesariamente con el acto médico descrito, capaz de evaluar cuál es la intervención más beneficiosa para el paciente y, precisamente, este será el acto causante del daño inevitable (mayor o menor) que se presente, razón por la cual, si interviniera conducta activa u omisiva de la víctima, capaz de desplazar total o parcialmente este acto médico generador del daño, estaríamos igualmente en presencia de otra figura, mas no de iatrogenia negativa por ponderación.

En consecuencia, la segunda premisa de la culpa de la víctima no se corresponde con la iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria) ni con la iatrogenia negativa por ponderación (comúnmente llamada necesaria), pues no media conducta activa u omisiva de la víctima, capaz de desplazar total o parcialmente la conducta generadora del daño.

Conclusión general

La iatrogenia negativa no se corresponde con este eximente de responsabilidad, toda vez que no cumple con sus premisas.

Ahora bien, el hecho de que no se equiparen o identifiquen una con la otra (iatrogenia negativa y iatrogenia negativa por ponderación con culpa de la víctima) no quiere decir que esta investigación rechace que sean capaces de concurrir en un mismo caso; verbigracia, en una intervención quirúrgica en la que el daño sea 50% producido por una iatrogenia negativa originada en las características propias del paciente y 50% producido por una conducta activa u omisiva de la víctima (en media intervención de forma consciente se desconectó de la vía respiratoria o de algún artefacto médico necesario para su intervención). En este caso se considera posible la concurrencia de las figuras, por lo que se podría valorar eximir en un 50% del daño a la Administración por la presencia en un 50% de una figura eximente (culpa de la víctima), no obstante, lo que no se discurre posible es que el 50% atribuido a la iatrogenia negativa se identifique como culpa de la víctima, por lo que habría que hacer un análisis exhaustivo de las figuras presentadas en cada caso concreto, así como su grado de participación.

ii) Hecho de un tercero

Tal y como lo explica Ortiz Ortiz (1976)³⁰⁹, se trata de un hecho ajeno causado por una persona distinta a las partes en un contradictorio, o bien, en una relación obligacional de responsabilidad; de igual manera, la Procuraduría General de la República (1997)³¹⁰ aclaró que, bajo el contexto de eximente de responsabilidad administrativa, el *tercero* debe ser necesariamente una persona física o jurídica ajena a la Administración Pública, es decir, que no tenga ningún vínculo de subordinación, y que debe tratarse de un accionar suficiente para restringir o apaciguar cualquier consideración contra la Administración.

³⁰⁹ Eduardo Ortiz Ortiz. *Derecho Administrativo. Tomo 2. Tesis XXIV*, (San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 1976), 127.

³¹⁰ Procuraduría General de la República. “Dictamen: C-175-1997.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica 18 setiembre 1997*. Consultado 20 septiembre, 2020, párr. 2, [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr)).

Según Ortiz Ortiz (1976)³¹¹, se trata de un eximente poco usual, toda vez que, en la mayoría de los casos, los administrados se incorporan a la Administración como sujetos pasivos de una relación prestacional, en la cual escasas veces se ve involucrado un tercero. Esta situación de alguna manera es capaz de explicar por qué en el estudio jurisprudencial realizado sobre la iatrogenia, en sede contenciosa administrativa, no se menciona siquiera la posibilidad de equiparar la figura con un hecho de un tercero, y es que, en realidad, a simple vista parecen no ser compatibles en ningún caso. Sin embargo, con el objetivo de realizar un análisis completo de los eximentes de responsabilidad contemplados en el artículo 190, inciso 1, de la Ley General de la Administración Pública, se realizará la comparación pertinente entre ambas figuras:

Primera premisa. *Es una conducta causada por un tercero ajeno a la Administración Pública, capaz de producir el daño.*

Como se refirió anteriormente, la **iatrogenia negativa** (comúnmente llamada innecesaria) responde a la interacción entre los mecanismos internos inherentes al paciente (idiosincrasia fisiológica o sensibilidad individual), propios de sus características biológicas o fisiológicas, y una intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis*; es decir, en el ínterin de su realización no existe la intervención de ninguna conducta externa a la Administración o de un tercero que pueda constituirse como su causa, razón por la cual esta premisa no se cumple en la iatrogenia negativa.

Es menester recordar que en la iatrogenia negativa el médico recomienda el tratamiento y lo realiza, pero no es su conducta aislada la única causante del daño, sino su interacción con las características biológicas inherentes al paciente. Es decir, en este caso, si extraordinariamente existiera una conducta de una persona externa a la Administración Pública en el ínterin del servicio dado por la institución y esta conducta fuera la causante del daño, se estará en presencia de otra figura, mas no de iatrogenia negativa.

Ahora bien, podría cuestionarse: ¿y si la intervención médica apegada a la *lex artis* es ocasionada por un profesional en medicina privada que entra a la Administración y realiza el procedimiento sin ser funcionario? En estos casos en particular, la iatrogenia negativa se

³¹¹ Eduardo Ortiz Ortiz., *Derecho Administrativo. Tomo 2. Tesis XXIV*, (San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 1976), 127.

adaptaría con la primera premisa del hecho de un tercero, pues se trata de una conducta ajena a la Administración, capaz de interactuar con las condiciones biológicas propias del paciente para producir el daño.

En consecuencia, la primera premisa del hecho de un tercero sí puede cumplirse en la iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria), según sea el caso.

Ahora bien, en el caso de la **iatrogenia negativa por ponderación** (comúnmente llamada necesaria), el daño solamente es producto de una intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis*, en la cual, mediante el principio del doble efecto, el galeno decide correr un riesgo para alcanzar el resultado más conveniente para el paciente, por lo que, en este caso, el análisis tiende a ser similar al anterior, veamos:

¿Qué sucedería si el galeno que toma la decisión más beneficiosa para la paciente, apegada a los parámetros de la *lex artis*, es un médico privado externo a la institución pública de salud demandada? En este caso sí pudiese afirmarse que se trata de una conducta realizada por un tercero externo a la Administración Pública, que es capaz de provocar el daño. Es evidente que, aunque este no es un caso recurrente e, igual que en el caso de la iatrogenia negativa propiamente, los actos médicos capaces de provocar iatrogenia negativa por ponderación son usualmente realizados por médicos institucionales, existe la posibilidad de que intervenga un médico externo, capaz de llevar a cabo el hecho generador, lo cual equiparía la causa a la de la iatrogenia negativa por ponderación.

En consecuencia, la primera premisa del hecho de un tercero sí pudiera cumplirse en la iatrogenia negativa por ponderación (comúnmente llamada necesaria), según sea el caso.

Segunda premisa. *Es una conducta capaz de desplazar la conducta potencialmente generadora del daño.*

Tal y como se indicó en el análisis de la premisa anterior, la **iatrogenia negativa** (comúnmente llamada innecesaria) responde a la interacción entre los mecanismos internos inherentes al paciente (idiosincrasia fisiológica o sensibilidad individual) propios de sus características biológicas o fisiológicas y una intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis*, por lo que, en principio, no media intervención de ninguna conducta externa a la Administración Pública que pueda constituirse como su causa, razón por la cual, en la

mayoría de los casos, tampoco existe conducta de un tercero capaz de desplazar la conducta generadora del daño.

No obstante, volviendo al cuestionamiento: ¿qué sucedería si el galeno que toma la decisión más beneficiosa para la paciente, apegada a los parámetros de la *lex artis*, es un médico privado, externo a la institución pública involucrada? Tal y como se indicó previamente, en este caso sí pudiere afirmarse que se trata de una conducta realizada por un tercero externo a la Administración Pública, que es capaz de provocar el daño, no obstante, es menester cuestionarse si esa conducta también es capaz de desplazar la conducta generadora del daño.

La respuesta a esta pregunta, sin duda varía, dependiendo de cómo funcione el sistema de salud en el país en el que ocurre la situación, y si existe o no regulación al respecto. En nuestro país existe una muy clara tendencia doctrinaria y jurisprudencial a entender la intervención de profesionales externos a la institución como *prestación indirecta del servicio de salud*³¹², la cual es definida como: aquella intervención realizada por un tercero independiente a la Administración Pública, cuya asistencia suple la falta de medios y recursos públicos para prestar un servicio en particular, y que, para adquirirlo, la Administración deberá seguir las normas relativas a la Contratación Administrativa. De igual manera, se ha indicado que se trata de un servicio restrictivo y excepcional, que debe ser fiscalizado y supervisado por la Administración contratante, por lo que debe apegarse necesariamente al Reglamento para la contratación de servicios médicos especializados por medio de terceros, emitido por la Caja Costarricense de Seguro Social (2000)³¹³, que indica claramente que la provisión de servicios de salud por sujetos externos debe determinarse por la necesidad, insuficiencia, o bien, la inexistencia de la capacidad resolutive de los servicios de salud de la institución, que deben demostrarse para cada caso, según estudios técnicos y financieros. En estos casos, el reglamento *supra* no establece la posibilidad de responsabilizar al proveedor por casos de mala praxis médica, pues se deduce que es la Administración la responsable,

³¹² Al respecto ver *capítulo primero*, apartado iv, titulado *Responsabilidad de la Administración Pública por Conducta Médica*.

³¹³ Caja Costarricense de Seguro Social, No. 7421: *Reglamento para la contratación de servicios médicos especializados por medio de terceros*. [Aprobado 9 marzo, 2000]: art. 1 bis, Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr).

atendiendo a sus deberes de vigilancia y elección (derivados de la culpa *in eligendo* e *in vigilando*).

Ahora bien, aunque la iatrogenia negativa es una conducta con características propias no equiparables a un caso de mala praxis, lo cierto es que involucra -al igual que la mala praxis- un acto médico de base que se constituye como una de las causas del daño, razón por la cual, aplicando el razonamiento lógico por analogía, se podría concluir que si un médico externo interviene en la Administración, y de su intervención resulta un daño por iatrogenia negativa, esa conducta no será capaz de romper el nexo causal entre la conducta Administrativa y el daño, pues existe un deber de elección y vigilancia contemplado en la normativa que responde a aquellos casos de prestación indirecta del servicio de salud. Es por lo anterior que esta investigación considera que en nuestro país (por tratarse de un sistema de responsabilidad preeminente objetiva de la Administración) la conducta de un galeno externo, que funge como tercero interviniente en la causa de la iatrogenia negativa, es incapaz de desplazar la conducta del galeno funcionario de vigilar la intervención del médico externo, así como el deber objetivo de la Administración de elegir al médico adecuado e igualmente vigilar su intervención. Es por lo anterior que, sin importar si el acto del tercero influye total o parcialmente en el resultado dañoso de la iatrogenia negativa, nunca será capaz de desplazar la conducta administrativa originaria.

En consecuencia, al no poder desplazar la conducta originaria del daño, el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad no es equiparable a la iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria), razón por la cual no se cumple la segunda premisa.

En el caso de la **iatrogenia negativa por ponderación** (comúnmente llamada necesaria), el daño únicamente es producto de una intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis*, en la cual, mediante el principio del doble efecto, el galeno decide correr un riesgo para alcanzar el resultado más conveniente para el paciente, razón por la cual podría llegarse a la conclusión lógica que la conducta generadora del daño la realizará un médico, necesariamente de la Caja Costarricense de Seguro Social o de la institución pública involucrada; no obstante, igual que en la iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria), existe la posibilidad de que esto no sea así, pues podría intervenir un tercero externo (galeno o personal de salud), contratado por la Administración para un caso en

particular. No obstante, tal y como fue explicado en el caso de la iatrogenia negativa propiamente, en nuestro país esto no podría considerarse eximente de responsabilidad, toda vez que, si bien en la prestación indirecta del servicio de salud interviene un tercero independiente a la Administración Pública, cuya asistencia suple la falta de medios y recursos públicos para prestar un servicio en particular, se ha indicado que se trata de un servicio restrictivo y excepcional que debe ser fiscalizado y supervisado por la administración contratante, por lo que se deduce que es la Administración Pública la responsable, atendiendo a sus deberes de vigilancia y elección (derivados de la culpa *in eligendo* e *in vigilando*), razón por la cual la conducta del tercero interviniente no es capaz de desplazar la actuación administrativa potencialmente generadora del daño

En consecuencia, al no poder desplazar la conducta originaria del daño, el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad no es equiparable a la iatrogenia negativa por ponderación (comúnmente llamada necesaria), razón por la cual no se cumple la segunda premisa.

Conclusión general

La iatrogenia negativa no se corresponde con el hecho de un tercero, toda vez que no cumple con la totalidad de sus premisas.

b. ¿Y qué sucede con el caso fortuito?

Ahora bien, el tesista Sergio Villalobos Campos (2010)³¹⁴ se refirió concretamente a la posibilidad de identificar la iatrogenia negativa como caso fortuito, lo cual no es para nada descabellado, pues en realidad en la jurisprudencia nacional constan resoluciones que de alguna manera respaldan la identidad entre ambas figuras, no obstante, en este trabajo de investigación se hará el ejercicio de analizar su equivalencia, teniendo claro que el resultado influye poco en el objeto de estudio, pues el caso fortuito no se contempla dentro de los eximentes de responsabilidad para la Administración, ni tampoco es un excluyente *sine qua non* del dolo o la culpa de un funcionario frente al daño, sin embargo, se reconoce la

³¹⁴ Sergio Villalobos Campos, “La iatrogenia como eximente de responsabilidad para el Estado”. (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2010), 216.

necesidad de tomarlo en cuenta como un ejercicio académico capaz de aportar cabalidad al presente estudio.

Tal y como se explicó en el primer capítulo, el caso fortuito se puede definir como un hecho humano interno e imprevisible que, aun siendo diligente, es capaz de producir un daño. A diferencia de la fuerza mayor, el caso fortuito es provocado en una empresa o círculo cerrado y, a pesar de ser imprevisible, no se trata de un evento insuperable. Ahora bien, tal y como se indicó *supra*, las secciones IV y VIII del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda mantuvieron por un tiempo la tesis de que la iatrogenia negativa se podía igualar al caso fortuito, verbigracia, la sentencia 18-2009-S-VIII³¹⁵ y, aunque parece ser una equiparación adecuada, a continuación se analizará la posibilidad de identificarla con la iatrogenia negativa:

En primer término, se analizará la compatibilidad del caso fortuito con **la iatrogenia negativa** (comúnmente llamada innecesaria), entendida como aquel resultado negativo o dañoso, producto de un evento imprevisible e inevitable, que responde a la interacción entre los mecanismos internos inherentes al paciente (idiosincrasia fisiológica o sensibilidad individual) y una intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis*:

Primera premisa. *Es un evento interno provocado por el ser humano.*

En primer término, es menester recordar que la causa de la iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria) está compuesta por dos partes: el acto médico apegado a la *lex artis* y los mecanismos internos inherentes al paciente (condiciones biológicas). Ahora bien, el acto médico interviniente sí es un evento interno provocado por el ser humano, no obstante, en lo que respecta a los mecanismos internos inherentes al paciente, estos se originan espontáneamente en el paciente, según su anatomía, tipología o genética, por lo que no cumplen con la primera premisa del caso fortuito, pues, ni la idiosincrasia fisiológica ni la sensibilidad individual son provocadas por el ser humano (a pesar de ser un evento interno), por el contrario, responden a condiciones incontrolables atribuibles a las condiciones físicas de cada persona.

³¹⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, sección octava, *Recurso de apelación: res. 18-2009-S-VIII; 13 marzo 2009, 14:00 horas*, considerando, párr. 2, Nexus PJ.

No obstante, en este punto podría cuestionarse: ¿y si en realidad es el acto médico el que ocasiona que esas condiciones afloren en el paciente? Sería entonces únicamente un evento interno provocado por el ser humano. Esta tesis es lógica y respetable, no obstante, esta investigación se inclina hacia el pensamiento que afirma que el acto médico no ocasiona que esas condiciones biológicas afloren, pues, lo cierto es que ya están en el paciente, muchas veces desde su nacimiento, razón por la cual no puede atribuirse su causa únicamente al accionar galeno.

En consecuencia, la primera premisa del caso fortuito no se corresponde con la iatrogenia negativa.

Segunda premisa. *Es un evento imprevisible, pero superable.*

Ahora bien, la segunda característica del caso fortuito es que es un evento imprevisible pero superable, es decir, evitable, y en lo que respecta a la intervención médica apegada a la *lex artis*, interaccionada con los mecanismos internos inherentes al paciente (idiosincrasia fisiológica y sensibilidad individual), responde a condiciones biológicas e inmunológicas atípicas que se presentan en el paciente, las cuales, tal y como se explicó *supra*, pueden ser imprevisibles y previsibles, pero, sin duda, son insuperables (inevitables tanto para el paciente como para el galeno). Es por lo anterior que no se corresponde con la segunda premisa del caso fortuito.

En consecuencia, no es posible equiparar la segunda premisa del caso fortuito con la iatrogenia negativa.

Conclusión

La iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria) no se corresponde con el caso fortuito, toda vez que no cumple con sus premisas.

Ahora bien, corresponde analizar la concordancia entre la **iatrogenia negativa por ponderación** (comúnmente llamada necesaria) y el caso fortuito, entendiendo la primera como aquel resultado negativo o dañoso, ocasionado por un evento previsible y anticipable, pero inevitable, producto de la intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis*, en la cual, mediante el principio del doble efecto, el galeno decide correr un riesgo para alcanzar el resultado más conveniente para el paciente:

Primera premisa. *Es un evento interno provocado por el ser humano.*

Tal y como se ha indicado en numerosas ocasiones *supra*, en la iatrogenia negativa por ponderación, la causa del daño únicamente se corresponde con la intervención del galeno, por lo que, efectivamente, se trata de un evento humano interno, que se da dentro del giro normal del servicio hospitalario. Por lo que es posible concluir que la primera premisa del caso fortuito se corresponde con la iatrogenia negativa por ponderación, pues se trata de un evento interno provocado por el ser humano, en este caso, por el galeno (acto médico).

Segunda premisa. *Es un evento imprevisible pero superable.*

Ahora bien, con respecto a la previsibilidad y evitabilidad del evento, el análisis cambia, toda vez que, tal y como se explicó en la consolidación de conceptos, en la iatrogenia negativa por ponderación el galeno prevé todo el evento (el acto médico a realizar y el daño que va a causar si aplica una u otra opción bajo el principio del doble efecto), no obstante, no puede evitarlo, es decir, el resultado dañoso es absolutamente insuperable.

En consecuencia, la segunda premisa del caso fortuito no se corresponde con la iatrogenia negativa por ponderación, pues se debe a un evento previsible pero insuperable.

Conclusión

La iatrogenia negativa por ponderación (comúnmente llamada necesaria) no se corresponde con la figura del caso fortuito, toda vez que no cumple con la totalidad de sus premisas.

Conclusión general

La iatrogenia negativa no se corresponde con la figura del caso fortuito, toda vez que no cumple con la totalidad de sus premisas.

c. Iatrogenia negativa como eximente de responsabilidad para el funcionario

Ahora bien, tal y como se indicó en el capítulo primero de la presente investigación, a diferencia de la responsabilidad de la Administración, que es preeminentemente objetiva, la responsabilidad del funcionario es subjetiva, razón por la cual, según el artículo 211 de la Ley General de la Administración Pública, necesariamente debe probarse el dolo o culpa

grave para atribuir al funcionario responsabilidad administrativa o disciplinaria según el caso. Es decir, tanto el funcionario como sus superiores (responsabilidad por jerarquía o delegación de funciones) serán responsables del daño, siempre y cuando en el procedimiento administrativo seguido en el seno de la Administración Pública, o bien, en sede jurisdiccional, se pruebe la existencia de esos elementos subjetivos, razón por la cual, para eximir su responsabilidad deberá acreditarse que no existió ni dolo ni culpa grave por parte del funcionario público involucrado.

Tal y como lo ha indicado la Procuraduría General de la República, en su dictamen C-071-2011³¹⁶, existirá dolo cuando haya conocimiento de la infracción y voluntad de dañar por parte del funcionario, mientras que, habrá culpa grave cuando se pruebe la existencia de una violación a las reglas elementales sobre el desempeño del cargo que se ha hecho intencionalmente o corriéndose un riesgo de forma indebida, imprudente o descuidada.³¹⁷

Ahora bien, esta investigación es fiel partidaria de que por tratarse de criterios plenamente subjetivos deben analizarse según el caso concreto, sin embargo, con el objetivo de hacer un ejercicio académico capaz de completar el análisis de la iatrogenia a la luz de la responsabilidad administrativa, se examinará la posibilidad de que la iatrogenia negativa desplace los criterios subjetivos de imputación de responsabilidad del funcionario. De igual manera, es menester aclarar que el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII, en su resolución 00018-2010, ya se refirió sobre este tema, indicando:

La iatrogenia opera aquí como una dispensa de responsabilidad, en la medida en que destruye el nexo causal entre la conducta desplegada por el agente administrativo (en este caso, los médicos y demás servidores del ente accionado) y el resultado pernicioso. (...) Lo que se quiere decir es que no existe un nexo de causalidad entre la conducta administrativa y dichas consecuencias, por ser éstas el resultado de una iatrogenia y no de una conducta imputable a los médicos o del restante personal hospitalario, quienes tuvieron a su cargo la atención del paciente, visto que el título de atribución imputado es solo subjetivo. (el subrayado es agregado)³¹⁸

³¹⁶ Procuraduría General de la República. “Dictamen: C-071-2011.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica* 24 marzo 2011. Consultado 20 agosto, 2021, párr. 2, [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr))

³¹⁷ Se entiende culpa leve o profesional/habitual como esos descuidos explicables en un funcionario (esos no se sancionan), mientras que, se entiende como culpa grave ese olvido de las reglas elementales de prudencia en el desempeño.

³¹⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, sección séptima, *Recurso de apelación: res. 00018-2010-SVII; 26 febrero 2010, 11:45 horas*, considerando, párr. 4, Nexus PJ.

Teniendo presente esta consideración, a continuación, se analizarán ambas subclasificaciones de manera independiente:

a) iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria): tal y como se ha referido anteriormente, la iatrogenia negativa es aquel resultado dañoso producto de un evento imprevisible e inevitable, que responde a la interacción entre los mecanismos internos inherentes al paciente (idiosincrasia fisiológica o sensibilidad individual) y una intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis*. Es decir, la figura de la iatrogenia negativa ostenta una causa compuesta entre el acto médico y las características biológicas propias del paciente, las cuales se analizarán a la luz de los elementos subjetivos de imputación de responsabilidad del funcionario (culpa y dolo):

Con respecto a la conducta médica interviniente, esta debe ser siempre apegada a la *lex artis*, por lo que no media conocimiento ni voluntad del funcionario de causar el daño (dolo), ni tampoco olvido de las reglas de la prudencia en su realización (culpa grave), pues, en caso de probarse lo contrario, se estaría ante un supuesto de mala praxis médica y no así de iatrogenia negativa. No está de más recordar que el requisito por excelencia para la presencia de una iatrogenia negativa es la existencia de una conducta médica acorde con las normas de la ciencia y la pericia exigibles al caso concreto. De igual manera, los mecanismos internos inherentes al paciente, con los que interacciona el acto médico en la iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria), es decir, aquellas características biológicas propias capaces de provocar que la intervención médica resulte en daño, no dan lugar a la existencia de dolo o culpa grave atribuible a los funcionarios involucrados, pues, en estos casos, la reacción iatrogénica es un resultado imprevisible e inevitable, o bien, previsible pero no anticipable para los funcionarios involucrados, por lo que deviene en inevitable.³¹⁹ Lo anterior excluye la posibilidad de analizar criterios subjetivos de imputación.

³¹⁹ Es menester aclarar que esta investigación no obvia de ninguna manera la obligación de los funcionarios de realizar los exámenes de alergias e intolerancia previos a una intervención médica, o bien, de consultar a los pacientes sobre las condiciones biológicas especiales que ellos conozcan. No obstante, es importante entender que, si el funcionario omite realizar esos exámenes o consultar al paciente previo a la intervención, podríamos estar frente a una mala praxis, pues, la omisión de los protocolos de la *lex artis* sería la causa del daño y no así los mecanismos internos inherentes al paciente. Es por lo anterior, que no se incluyen situaciones en las que el

En consecuencia, es posible afirmar que la existencia de iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria) es capaz de desplazar los criterios de dolo y culpa grave necesarios para atribuir responsabilidad administrativa a los funcionarios involucrados.

b) iatrogenia negativa por ponderación (comúnmente llamada necesaria): por su parte, la iatrogenia negativa por ponderación se entiende como aquel resultado negativo o dañoso ocasionado por un evento previsible y anticipable, pero inevitable, producto de la intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis*, en la cual, mediante el principio del doble efecto, el galeno decide correr un riesgo para alcanzar el resultado más conveniente para el paciente. A diferencia de la iatrogenia negativa, en este supuesto la causa directa del menoscabo es la acción realizada por el médico, la cual se presume acorde a la *lex artis*, en consecuencia, es posible evaluar si tanto al médico como los funcionarios involucrados se les puede atribuir algún criterio subjetivo de imputación de responsabilidad, veamos:

En el caso del galeno que tomó la decisión, tal y como se indicó anteriormente, debe partirse del hecho de que en la iatrogenia negativa se presume una intervención acorde con la *lex artis* médica, es decir, adecuada con los parámetros de la ciencia, la pericia y la ética médica. Lo anterior, en principio, excluye la posibilidad de atribuir dolo o culpa al funcionario médico encargado de tomar la decisión más favorable para el paciente, no obstante, podría surgir la interrogante: ¿qué sucede si la ponderación realizada por el galeno es incorrecta, y en lugar de ocasionarse el daño menor se ocasiona el daño mayor? o bien, ¿si el procedimiento electo por el galeno sí es capaz de evitar el daño mayor, sin embargo ocasiona un daño más grande que el que se hubiese provocado con la elección de otro procedimiento?

En el primer caso, sin duda nos encontraríamos ante un supuesto de mala praxis médica, pues el resultado demostraría que el accionar galeno transgredió el principio del doble efecto, que debe respetar el médico según los parámetros de *lex artis*, lo cual desplazaría la iatrogenia negativa por ponderación. Asimismo, en el segundo caso, aunque parece no ser tan claro, también estaríamos ante un supuesto de mala praxis médica, pues, aunque se esté evitando el daño mayor, el procedimiento escogido por el médico no es el más

funcionario tenga un deber de acción u omisión que incumpla, pues, ello se escapa del objeto de estudio, ya que, la iatrogenia presume el seguimiento de las reglas de la ciencia y pericia propias de la *lex artis*.

adecuado para el paciente, lo que desplazaría una vez más los parámetros adecuados de la *lex artis* necesarios para la existencia de iatrogenia por ponderación. Solo en el caso en el que el galeno cumpla todo lo requerido y se demuestre que el procedimiento electo era el más adecuado para el paciente, bajo el principio del doble efecto, y que, aun así, el daño fue inevitable (como lo es), se estará en presencia de iatrogenia negativa por ponderación. Y es que, claramente, el médico tiene conocimiento y voluntad de causar el daño, pero para evitar el daño mayor, lo que aparta la conducta del dolo, y, por supuesto, tampoco existe descuido habitual (culpa leve), ni mucho menos olvido de las reglas elementales de la prudencia por parte del galeno (culpa grave), pues, de lo contrario, se estaría en presencia de mala praxis médica.

Es menester destacar que, si bien en la iatrogenia negativa por ponderación intervienen otros profesionales de la salud, lo cierto es que en principio los riesgos de esa mediación son contemplados por el médico a la hora de ponderar resultados iatrogénicos dañosos, propios del desarrollo de la intervención, no obstante, si una de esas actuaciones se sale del riesgo común creado, también estaríamos en presencia de otra figura, mas no de iatrogenia, por lo que el funcionario interviniente (enfermero, psicólogo, farmacéutico) en su procedimiento administrativo o judicial no podrá alegar la existencia de iatrogenia como causa de exculpación, pues el acto médico se habrá salido de los parámetros de la *lex artis*, así como del riesgo común creado y contemplado por el médico tratante.

En consecuencia, es posible afirmar que la existencia de iatrogenia negativa por ponderación es capaz de desplazar los criterios de dolo y culpa grave necesarios para atribuir responsabilidad administrativa a los funcionarios involucrados.

Conclusión general

La iatrogenia negativa es capaz de actuar como causa de exculpación para el funcionario, pues desplaza los criterios de dolo y culpa grave necesarios para su imputación.

iv. Iatrogenia negativa como conducta generadora de responsabilidad para la Administración Pública

Ahora bien, una vez excluida la posibilidad de contemplar la iatrogenia negativa como eximente de responsabilidad para la Administración, de acuerdo con el régimen observado por la Ley General de la Administración Pública, en su artículo 190, se analizará la posibilidad de identificar la iatrogenia negativa con alguno de los criterios de imputación de responsabilidad igualmente contemplados en el artículo *supra* citado.

a. Iatrogenia negativa como conducta lícita o ilícita de la Administración Pública

Tal y como se indicó en el primer apartado de la presente investigación, se considera lícito aquel acto administrativo conforme al ordenamiento jurídico e ilícito aquel que es contrario al ordenamiento. De igual manera, tal y como lo ha indicado el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda (2003)³²⁰, el funcionamiento legítimo o ilegítimo (lícito o ilícito) se refiere principalmente a la actividad formal de la Administración Pública, situándose en el plano del puro derecho, por lo que se refiere a un vicio en el acto administrativo que lo convierte en inconforme con el ordenamiento. No obstante, no debe confundirse con la antijuricidad de base necesaria para la reparación del daño, la cual se configura cuando la víctima no tiene el deber de soportar la lesión. Ahora bien, teniendo claro este concepto, se analizará si la iatrogenia negativa puede identificarse como conducta lícita o ilícita.

a) Tal y como se ha indicado varias veces a lo largo del presente capítulo, la **iatrogenia negativa propiamente** (comúnmente llamada innecesaria) es aquel resultado negativo o dañoso, producto de un evento imprevisible e inevitable, que responde a la interacción entre los mecanismos internos inherentes al paciente (idiosincrasia fisiológica o sensibilidad individual) y una intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis*.

En primer término, es menester aclarar que la iatrogenia negativa no encuentra su causa en el acto médico propiamente, sino, por el contrario, en la interacción entre este y los mecanismos internos inherentes al paciente. Por lo que conviene analizar uno por uno los elementos involucrados:

³²⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, sección primera, *Recurso de apelación: res. 00304-2003; 08 agosto 2003, 10:35 horas*, considerando, párr. 8, Nexus PJ.

1. En este tipo de iatrogenia se excluye la intervención médica independiente como única causa del daño, pues, en realidad, la causa responde a su interacción con los mecanismos internos inherentes al paciente ya indicados (idiosincrasia fisiológica, sensibilidad individual); no obstante, si se valorara la intervención médica propiamente, debe recordarse que la misma debe ser apegada a la *lex artis* (de lo contrario se estaría ante un supuesto de mala praxis médica), lo cual presupone que el accionar médico es acorde con el ordenamiento jurídico, entiéndase, consecuente con la Constitución Política de Costa Rica, Reglamento General de Hospitales Nacionales, Reglamento del Seguro Social de la Caja Costarricense de Seguro Social, las normas y reglamentos del Colegio de Médicos y Cirujanos, el Código de Moral Médica, etc. Lo anterior convierte la iatrogenia negativa en una intervención acorde con los parámetros de licitud/legitimidad.

2. Por su parte, los mecanismos internos inherentes al paciente son complicaciones propias de las condiciones biológicas del administrado intervenido, las cuales, pese a poder ser previsibles por el médico, no son anticipables para el caso concreto; lo anterior excluye cualquier parámetro de ilicitud en la conducta administrativa. Inclusive podría hacerse el siguiente cuestionamiento: ¿si el mecanismo interno inherente al paciente era previsible en general por los galenos a cargo, y si, además los exámenes de laboratorio arrojaron un resultado que permitía al médico anticipar el resultado dañoso para el caso concreto, debía incluirse en el consentimiento informado? Probablemente sí, no obstante, en el supuesto de no incluirse, esa actuación ya sería propia de una mala praxis médica, pues estaría contrariando los parámetros normativos y éticos propios de la *lex artis*, ya que el resultado podría ser evitable. Los mecanismos internos inherentes al paciente son causa de la iatrogenia negativa en tanto sean imprevisibles, o bien, previsibles mas no anticipables para el caso concreto, lo cual los convierte en insuperables. Lo anterior refuerza que el marco de intervención médica es lícita o legítima.

En consecuencia, la iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria) presupone que la conducta Administrativa es lícita o legítima, es decir, conforme con el ordenamiento jurídico.

b) En el caso de la **iatrogenia negativa por ponderación** (comúnmente llamada necesaria) entendida como aquel resultado negativo o dañoso ocasionado por un evento

previsible y anticipable pero inevitable, producto de la intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis*, en la cual, mediante el principio del doble efecto, el galeno o personal de salud decide correr un riesgo para alcanzar el resultado más conveniente para el paciente, la causa del daño es propiamente el acto médico, el cual, al igual que en la iatrogenia negativa simple, se presupone acorde con el ordenamiento jurídico (Constitución Política de Costa Rica, Reglamento General de Hospitales Nacionales, Reglamento del Seguro Social de la Caja Costarricense de Seguro Social, las normas y reglamentos del Colegio de Médicos y Cirujanos, el Código de Moral Médica, etc.). Lo anterior convierte la iatrogenia negativa por ponderación también en una intervención acorde con los parámetros de licitud/legitimidad. De igual manera, debe procurarse no confundirse con la mala praxis médica, pues un error en la ponderación bajo el principio del doble efecto por parte del galeno desplazaría la conducta, de considerarse iatrogénica, y pasaría a posicionarse como supuesto de mala práctica médica.

En consecuencia, la iatrogenia negativa por ponderación presupone que la conducta Administrativa es lícita o legítima, es decir, conforme con el ordenamiento jurídico.

Conclusión general

La iatrogenia negativa se clasifica como una conducta Administrativa de carácter lícito o legítimo.

b. Iatrogenia negativa como funcionamiento normal o anormal de la Administración Pública

Ahora bien, respecto de los criterios de normalidad o anormalidad, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2010)³²¹ los ha entendido como criterios técnicos que permiten evaluar el funcionamiento de la Administración, conforme al concepto de “buena administración” (entendido como aquellas conductas administrativas que se adecuan a la eficacia, eficiencia y buena pericia), es decir, un funcionamiento normal de la Administración Pública, es aquel que se adecua a la eficiencia, eficacia y buena pericia, mientras que, aquel que se aparta de estos elementos será considerado como un funcionamiento anormal de la

³²¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000088-F-S1-2010; 14 enero 2010, 14:20 horas*, considerando, párr. 9, Nexus PJ.

Administración Pública. En ese orden de ideas, se evaluará si la iatrogenia negativa se corresponde con alguno de estos dos criterios:

a) la **iatrogenia negativa** (comúnmente llamada innecesaria) se entiende como el resultado negativo o dañoso, producto de un evento imprevisible e inevitable, que responde a la interacción entre los mecanismos internos inherentes al paciente (idiosincrasia fisiológica o sensibilidad individual) y una intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis*. Es menester recordar nuevamente (*como en el apartado supra*) que, a pesar de que la intervención médica propiamente se excluye como única causa del daño, si se la valora de forma independiente, puede concluirse que al presuponerse acorde a la *lex artis*, se adecua al concepto de buena administración (eficacia, eficiencia y, por supuesto, pericia), de lo contrario, se estaría ante un error médico o mala práctica. No obstante, cobra relevancia evaluar su interacción con los mecanismos internos inherentes al paciente, a la luz de los criterios de normalidad/anormalidad en el funcionamiento.

Los mecanismos internos inherentes al paciente (idiosincrasia fisiológica o sensibilidad individual) son complicaciones propias de las condiciones biológicas del mismo paciente, las cuales, pese a poder ser previsibles por el médico, no son anticipables para el caso concreto, por lo que devienen en inevitables o insuperables, lo anterior, en principio, excluye cualquier funcionamiento anormal de la Administración como causa del daño, pues, en realidad, el funcionamiento de la Administración está siendo eficiente, eficaz y acorde con los parámetros de la pericia; el daño simplemente se escapa de las manos del personal de salud, pues responde a las condiciones propias del paciente.

b) Por su parte, la **iatrogenia negativa por ponderación** (comúnmente llamada necesaria), se entiende como aquel resultado negativo o dañoso, ocasionado por un evento previsible y anticipable pero inevitable, producto de la intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis*, en la cual, mediante el principio del doble efecto, el galeno o personal de salud decide correr un riesgo para alcanzar el resultado más conveniente para el paciente, solamente se evalúa la conducta médica, que es la generadora del daño propiamente, razón por la cual, al ser apegada a la *lex artis*, se entiende como eficaz, eficiente y acorde con la pericia, por lo que, sin duda, se trata de un funcionamiento normal de la Administración.

En consecuencia, la iatrogenia negativa por ponderación también presupone que la conducta Administrativa es normal, es decir, conforme con el ordenamiento jurídico.

Conclusión general

La iatrogenia negativa, se clasifica como una conducta administrativa que responde a los parámetros de normalidad en el funcionamiento.

c. Responsabilidad de la Administración en casos de iatrogenia negativa

Teniendo claro cómo se corresponden los criterios básicos de imputación de responsabilidad para la Administración con los tipos de iatrogenia negativa (licitud e ilicitud/normalidad y anormalidad), a continuación se expondrán los razonamientos bajo los cuales esta investigación considera posible responsabilizar a la Administración Pública por iatrogenia negativa, veamos:

Tal y como se expuso en las conclusiones de los acápites *supra*, la **iatrogenia negativa** (comúnmente llamada innecesaria) se puede entender como una conducta lícita y normal de la Administración Pública, pues en la interacción entre la conducta médica apegada a la *lex artis* y los mecanismos internos inherentes al paciente (idiosincrasia fisiológica y sensibilidad individual) se configura un funcionamiento de la Administración Pública que es lícito y normal, lo cual encasilla la conducta en el inciso 2 del artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, el cual se complementa con los artículos 194 y 195 del mismo texto normativo:

Artículo 190, inciso 2: La Administración será responsable de conformidad con este artículo, aun cuando no pueda serlo en virtud de las secciones siguientes de este Capítulo, **pero la responsabilidad por acto lícito o funcionamiento normal se dará únicamente según los términos de la Sección Tercera siguiente.** (subrayado no es original)³²²

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**

³²² Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, No. 6227: *Ley General de la Administración Pública*, [Aprobada 2 mayo, 1978]: art. 190, Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr).

administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión. (subrayado no es original)³²³

Artículo 195: **Ni el Estado ni la Administración serán responsables, aunque causen un daño especial en los anteriores términos, cuando el interés lesionado no sea legítimo o sea contrario al orden público, a la moral o a las buenas costumbres,** aún si dicho interés no estaba expresamente prohibido antes o en el momento del hecho dañoso. (subrayado no es original)³²⁴

Lo mismo sucede con la iatrogenia negativa por ponderación, la cual, en su totalidad, se clasifica como funcionamiento normal y lícito de la Administración Pública. Ahora bien, no podemos dejar de lado que, a pesar de ser conductas administrativas lícitas y normales en su funcionamiento, **no lo son en su resultado**, por el contrario, el hecho de que se desarrollen completamente acorde a la *lex artis* médica, y que (en el caso de la iatrogenia negativa simple -llamada innecesaria-) su causa ni siquiera responda únicamente a la intervención médica, sino que también a las condiciones biológicas y características propias del paciente, no desplaza el hecho de que el resultado de esa intervención médica sea dañoso. Es por lo anterior que esta investigación considera correcto clasificar tanto a la iatrogenia negativa propiamente como a la iatrogenia negativa por ponderación de **supuestos de funcionamiento anormal en el resultado**, que generarán responsabilidad a la Administración Pública por el daño causado, que será indemnizable siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 194 (intensidad excepcional de la lesión y pequeña proporción de afectados).

Es decir, para que la iatrogenia negativa genere responsabilidad patrimonial para la Administración, el operador jurídico deberá necesariamente probar:

1. Que la lesión es de intensidad excepcional, es decir, lo suficientemente grave.

Esto sin duda limita la imputación de responsabilidad patrimonial, pues, como se ha expuesto a lo largo de la investigación, la iatrogenia se puede dar hasta por medicamentos que generen idiosincrasia fisiológica o sensibilidad individual sobre el paciente, cuyo resultado dañoso podría no ser tan grave o intenso.

³²³ Ibid., art. 194.

³²⁴ Ibid., art. 195.

2. O bien, que los afectados lo sean en pequeña proporción.

Lo cual no se constituye como factor limitante, pues en la iatrogenia el afectado es usualmente un único paciente, o por mucho, en un parto la madre y el recién nacido (o neonato). Y;

3. Que exista antijuricidad de base, es decir, que sea un daño que la víctima no está en obligación de soportar.

No obstante, contrario a lo que algunas líneas jurisprudenciales han manifestado a través del análisis expuesto, esta investigación es capaz de concluir que, **sí es posible responsabilizar a la Administración Pública por iatrogenia negativa simple y por ponderación, siempre que se cumpla con los requisitos por ley establecidos.**

Ahora bien, ¿qué sucede con el nexo causal?

Aunque se trate de un funcionamiento anormal por resultado, para que exista responsabilidad de la Administración Pública necesariamente debe cumplirse la vinculación entre la acción generadora y el daño, razón por la cual corresponde adentrarnos al nexo causal entre el resultado anormal dañoso y la conducta iatrogénica:

Tal y como se indicó en el capítulo primero del presente trabajo de investigación³²⁵, cuando se habla de acción generadora se refiere a esa conducta capaz de originar el daño, que puede ser activa u omisiva según el caso. También existen supuestos en los que esta acción no radica en un solo sujeto, sino que, en una pluralidad de ellos, o bien, de conductas que pueden imputarse a varios responsables (teoría del cúmulo de faltas o concausa).

Por su parte, el daño es básicamente esa lesión de un interés que tutela el derecho, o bien, una alteración negativa del estado de cosas existentes, que tal y como se explicó en el capítulo primero, puede ser patrimonial, corporal o moral y debe cumplir necesariamente una serie de requisitos (debe ser cierto, real, efectivo, evaluable e individualizable). Mientras que, el nexo de causalidad es ese ligamen existente entre la acción generadora y el daño, el cual debe responder a una causalidad adecuada, es decir, que la conducta sea determinante para

³²⁵ Al respecto ver apartado *la acción generadora, el daño y el nexo de causalidad, capítulo primero.*

ocasionar la lesión: “la causa adecuada que produjo por consecuencia y efecto derivado el daño que se reclama³²⁶”.

Ahora bien, teniendo claridad conceptual, se procederá a analizar si se cumple el nexo de causalidad entre la conducta iatrogénica y el resultado anormal, examinando ambas subclasificaciones de iatrogenia negativa:

En la iatrogenia negativa por ponderación (comúnmente llamada necesaria), entendida bajo el concepto adoptado en la presente investigación como *aquel resultado negativo o dañoso, ocasionado por un evento previsible y anticipable, pero inevitable, producto de la intervención médica apegada a los parámetros de la lex artis, en la cual, mediante el principio del doble efecto, el galeno decide correr un riesgo para alcanzar el resultado más conveniente para el paciente*, se visualizan claramente los elementos necesarios para probar el nexo de causalidad entre la acción galena capaz de vincular a la Administración Pública y el resultado dañoso, veamos:

a. En lo que respecta a la **acción generadora**, la misma definición de la figura nos arroja la causa del menoscabo: una intervención médica apegada a la *lex artis*, por lo que se trata de una conducta activa realizada por un galeno capaz de producir un daño.

b. En cuanto al **resultado dañoso**, nos enfrentamos a una clara alteración negativa del estado preexistente del paciente, la cual, en la mayoría de los supuestos será corporal, pero también podrá ser moral y/o patrimonial, según sea el caso.

c. Y finalmente sobre el **nexo de causalidad** entre los elementos *supra*, no cabe duda que el menoscabo en el estado del paciente (resultado dañoso) se deriva directamente de la intervención médica (acción generadora), pues, sin importar si se trata o no de una acción galena apegada a la *lex artis* (lo cual es un tema de licitud y/o normalidad en cuanto al funcionamiento de la Administración Pública) esta acción será la única capaz de producir el resultado dañoso, sea mayor o menor, dependiendo de la ponderación que realice el galeno. Para una comprensión integral de este punto, ver el diagrama adjunto como anexo #1, mediante el cual se puede apreciar que cualquiera de las intervenciones ponderadas que

³²⁶ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000308-F-2006; 25 mayo 2006, 10:30 horas*, considerando, párr. 14, Nexus PJ.

decida realizar el galeno causará un daño al paciente (mayor o menor, según el caso concreto).

De igual manera, con respecto a la causalidad adecuada, no hay duda de que la intervención galena activa es aquella que origina el resultado dañoso, es la conducta determinante para ocasionar la lesión, para su comprobación podría realizarse el ejercicio popularizado por la teoría de la supresión hipotética e imaginar que en el escenario en cuestión no interviene la acción galena, esto inmediatamente resultaría en la desaparición del resultado dañoso, comprobando así la relación causa y efecto entre ambos elementos.

Por su parte, en la iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria), entendida bajo el concepto adoptado en la presente investigación como *aquel resultado negativo o dañoso, producto de un evento imprevisible e inevitable, que responde a la interacción entre los mecanismos internos inherentes al paciente (idiosincrasia fisiológica o sensibilidad individual) y una intervención médica apegada a los parámetros de la lex artis*, concurren más elementos, razón por la cual el análisis de causalidad pareciera ser un poco más complejo, veamos:

a. En lo que respecta a la **acción generadora**, a diferencia de la iatrogenia negativa por ponderación, esta no responde únicamente a la intervención médica apegada a la *lex artis*, sino que también a su interacción con los mecanismos internos inherentes al paciente (idiosincrasia fisiológica o sensibilidad individual), por lo que, como se ha indicado a lo largo de la presente investigación, la iatrogenia negativa evidencia la presencia de dos causas concurrentes no imputables a un solo sujeto: i) la actuación médica apegada a *lex artis*, y ii) los mecanismos internos atribuibles al paciente.

Sobre la concausa o cúmulo de faltas no atribuibles a un solo sujeto, el autor Garita Navarro (2020)³²⁷ indica que, ante la pluralidad de causas y concurrencia de sujetos responsables, opera solidaridad en el régimen de responsabilidad (artículo 1046 del Código Civil). Sin embargo, en el caso de la iatrogenia negativa, una de las causas no es atribuible a ningún sujeto, veamos:

³²⁷ José Roberto Garita Navarro, “Comentarios Sobre Responsabilidad Objetiva de la Administración Pública. Análisis Jurisprudencial,” *Temas Jurisprudenciales*, consultado 20 marzo, 2020, pág. 19, [Sala Primera - Sala Primera \(poder-judicial.go.cr\)](#).

a. Causa #1- intervención médica apegada a la *lex artis*: se trata de una acción generadora realizada por un médico tratante, por lo que existe un sujeto responsable.

b. Causa #2- mecanismos internos inherentes al paciente (idiosincrasia fisiológica y sensibilidad individual): se trata de condiciones biológicas propias del paciente, pero de las cuales no es responsable, pues no ejerce acción u omisión que contribuya a su existencia. Asimismo, tampoco existe ningún otro sujeto al que se le pueda atribuir la aparición natural de esta causa.

Es por lo anterior que, a pesar de encontrarnos en presencia de una concausa no atribuible a un solo sujeto, no es posible aplicar la solidaridad entre sujetos responsables, pues la segunda causa no es imputable a ninguna persona física o jurídica. No obstante, esta particular concurrencia en las causas o acciones generadoras del daño podrá ser tomada en consideración por el operador jurídico para atenuar la responsabilidad de la Administración Pública, o bien, del médico tratante, pues, la existencia de idiosincrasia fisiológica o sensibilidad individual son situaciones ajenas al accionar galeno.

b. En cuanto al **resultado dañoso**, nos enfrentamos ante una clara alteración negativa del estado preexistente del paciente, la cual, en la mayoría de los supuestos, será corporal, pero también podrá ser moral y/o patrimonial según el caso.

c. Y finalmente, sobre el **nexo de causalidad** entre los elementos *supra* no cabe duda que el menoscabo en el estado del paciente (resultado dañoso) se deriva directamente de la interacción entre ambas causas: la intervención médica apegada a la *lex artis* y las condiciones biológicas del paciente, acciones generadoras que juntas son capaces de producir el resultado dañoso, por lo que se cumple con el nexo de causalidad.

De igual manera, con respecto a la causalidad adecuada, no hay duda de que la intervención galena activa, en conjunto con las condiciones internas inherentes al paciente, son aquellas capaces de originar el resultado dañoso, ambas son determinantes para ocasionar la lesión, para su comprobación podría realizarse el ejercicio popularizado por la teoría de la supresión hipotética e imaginar que en el escenario en cuestión no interviene la acción galena apegada a la *lex artis* o la condición biológica inherente al paciente, esto inmediatamente

resultaría en la desaparición del resultado dañoso, comprobando así la relación causa y efecto entre ambos elementos.

v. Iatrogenia negativa impuesta: hacia un nuevo enfoque de la iatrogenia negativa

A lo largo de la investigación aquí desarrollada se han cuestionado, analizado y modificado los conceptos de iatrogenia adoptados por la jurisprudencia nacional (iatrogenia negativa innecesaria y iatrogenia negativa innecesaria), los cuales constituyen el enfoque mayoritario de la iatrogenia desde la ética biomédica y desde el derecho; no obstante, tal y como se indicó en el capítulo segundo, existe un tipo de iatrogenia que ha sido propuesto y defendido por algunos sectores de la bioética y ética médica, y es aquella en la que las causas se deben a “tendencias iatrogénicas institucionales”, también llamadas en esta investigación mecanismos externos no atribuibles al paciente³²⁸, veamos:

Según Dufurbeaux Sollet y Marino Magdariaga (2012)³²⁹, las tendencias iatrogénicas institucionales son eventos imprevisibles e inevitables para el médico, no obstante, dependiendo del caso, pueden ser eventos previsibles para el galeno, más no anticipables al caso concreto, lo cual los convierte en inevitables. De igual manera, según Carecedo Cortina en 1997³³⁰, una de las causas principales de la iatrogenia negativa son las tendencias iatrogénicas institucionales incapaces de ser previstas por el personal de salud o el galeno a cargo (fallas energéticas o de equipo)³³¹.

Este tipo de iatrogenia se diferencia de la iatrogenia negativa simple, pues en ella el origen del resultado iatrogénico se da en la interacción entre la conducta médica y el paciente (quien ostenta la condición fisiológica particular) y, a su vez, es también el paciente quien recibe el daño finalmente inevitable para el personal de salud, razón por la cual se constituye

³²⁸ Al respecto ver apartado segundo, capítulo segundo de la presente investigación: *Análisis cualitativo de la iatrogenia negativa desde la ética médica, a. causas*.

³²⁹ Moraima Dufurbeaux Sollet y Dora. L. Marino Magdariaga, “Repercusión social de iatrogenias por el uso de recursos de diagnóstico en el laboratorio,” *Revista MEDISAN* no. 1, (2012): 146, consultado 13 mayo, 2021, [Repercusión social de iatrogenias por el uso de recursos de diagnóstico en el laboratorio clínico \(sld.cu\)](#).

³³⁰ Vicente Carecedo Cortina, “Iatrogenia y error médico,” *Revista Médica Hosp. Gral Mex* no.60 (2), (1997):78, consultado 14 mayo 2021. [Vol. 60 Núm.2. Abril-Junio 1997 \(imbiomed.com.mx\)](#).

³³¹ Al respecto ver sobre los mecanismos externos no atribuibles al paciente, presentes en el apartado segundo, capítulo segundo de la presente investigación: *Análisis cualitativo de la iatrogenia negativa desde la ética médica, a. causas*.

como víctima del resultado iatrogénico, por lo que el foco se centra exclusivamente en él. Por lo contrario, cuando la bioética se refiere a tendencias iatrogénicas institucionales, subsume que el origen del resultado iatrogénico es una acción u omisión de la Administración Hospitalaria, la cual es usualmente imprevisible y absolutamente inevitable para el galeno o personal de salud, razón por la cual parece ser una iatrogenia impuesta al galeno o personal de salud a cargo, quien se ve obligado a actuar de la manera menos dañosa para el paciente y siempre apegado a los parámetros de la *lex artis*, en consecuencia, el foco se centra en el galeno.

Este enfoque no solo ha sido ignorado por algunos sectores de la ética biomédica, sino que, además, ha sido completamente invisibilizado por el derecho, podríamos preguntarnos ¿existe una razón para ello? Aunque el objeto de la presente investigación no alcanza dicha interrogante, podría simplemente plantearse la hipótesis de que se debe a la inclinación en pro de la víctima/administrado que ostenta la mayoría de la jurisprudencia de nuestro país, con el único afán de garantizar sus derechos subjetivos e intereses legítimos, lo cual, no solo es debido, sino que es aceptado y congruente con un Estado de Derecho como el nuestro. No obstante, esta investigación propone ampliar el prisma de análisis seguido hasta ahora, volteando la vista al galeno o personal de salud.

En ese orden de ideas, con el único afán de ensayar la inclusión de la noción de iatrogenia causada por tendencias iatrogénicas institucionales a los conceptos ya existentes, para su estudio académico y debate jurídico posterior; a continuación, se propone un nuevo concepto de iatrogenia negativa desde el enfoque del galeno o personal de salud:

- **Iatrogenia negativa impuesta:** aquel resultado negativo o dañoso, producto de un evento imprevisible e inevitable para el galeno o personal de salud, que responde a mecanismos externos no atribuibles al paciente, tales como las tendencias iatrogénicas institucionales, en el marco de una intervención médica apegada a los parámetros de la *lex artis*.

Ahora bien, como punto de partida a los cuestionamientos alrededor de este nuevo concepto de iatrogenia negativa, en la presente investigación se plantean las siguientes interrogantes:

a. ¿Es compatible con algún eximente de responsabilidad?

Sin afán de detenerse demasiado en este punto, a continuación, se hace un análisis corto sobre la identidad de la noción y su equiparación con la fuerza mayor, culpa de la víctima y hecho de un tercero, eximentes de responsabilidad para la Administración contemplados en la Ley General de la Administración Pública:

Fuerza Mayor

Primera premisa. *Es un evento imprevisible, o bien, en caso de ser previsible, es inevitable.*

Las tendencias iatrogénicas institucionales (mecanismos externos no atribuibles al paciente) son eventos imprevisibles e inevitables para el médico, tales como una falla eléctrica hospitalaria. No obstante, cabe destacar que, dependiendo del caso, pueden ser eventos previsibles para el galeno, más no anticipables al caso concreto (es decir, a la intervención médica que se está realizando en el momento), lo cual los convierte en situaciones inevitables, por lo que las tendencias iatrogénicas institucionales se alinean con la primera premisa de la fuerza mayor.

Segunda premisa. *Es un evento exterior o de la naturaleza.*

En el mismo sentido, las tendencias iatrogénicas institucionales, a pesar de ser eventos ajenos al galeno o personal de salud, no son externos al servicio hospitalario, por el contrario, se trata de riesgos creados dentro de la institución y muchas veces propios del funcionamiento de un hospital o centro de salud, por los cuales la Administración podría ser responsable bajo la figura de un funcionamiento anormal, por lo tanto, se identifican como eventos internos, lo que separa la iatrogenia negativa impuesta de la fuerza mayor. Verbigracia, el fallo de los equipos médicos, cortes en el flujo eléctrico, falta de equipos, etc.

En consecuencia, la iatrogenia negativa impuesta no se corresponde con la fuerza mayor, toda vez que no cumple con su segunda premisa, la cual afirma que debe tratarse de un evento externo, exterior o de la naturaleza.

Culpa de la víctima

Primera premisa. *Es una conducta realizada por la víctima, capaz de producir el daño total o parcialmente.*

En el caso de la iatrogenia negativa impuesta, no hay intervención activa u omisiva de la víctima, pues son las tendencias iatrogénicas institucionales propias del funcionamiento del servicio hospitalario las que imponen al médico a cargo la concreción del resultado dañoso, es decir, la actuación capaz de producir el daño total o parcialmente, es el funcionamiento anormal de la Administración, no así la mediación de la víctima. En consecuencia, la iatrogenia negativa impuesta no se corresponde con la primera premisa de la culpa de la víctima, toda vez que no media conducta activa u omisiva de la víctima capaz de producir total o parcialmente el daño.

Segunda premisa. *Es una conducta capaz de desplazar, total o parcialmente, la conducta potencialmente generadora del daño.*

Esta segunda premisa corre la misma suerte que la anterior, pues si no media intervención activa u omisiva de la víctima, persiste el acto médico impuesto por el servicio hospitalario, el cual se constituye como conducta potencialmente generadora del daño.

En consecuencia, la iatrogenia negativa impuesta no se corresponde con la culpa de la víctima, toda vez que no cumple con sus premisas.

Hecho de un tercero

Primera premisa. *Es una conducta causada por un tercero ajeno a la Administración Pública, capaz de producir el daño.*

Las tendencias iatrogénicas institucionales que se presentan en la iatrogenia negativa impuesta son eventos imprevisibles e inevitables para el galeno o personal de salud, que, dependiendo del caso, pueden ser eventos previsibles para estos, mas no anticipables al caso concreto, lo cual los convierte en inevitables. Es decir, en tesis de principio no hay intervención de ningún tercero ajeno a la Administración Pública capaz de producir el daño, no obstante, en este punto pueden surgir los siguientes cuestionamientos:

¿Qué sucede si en la “tendencia iatrogénica institucional” media un tercero, externo a la institución? En ese caso, no se trataría de un riesgo propiamente del servicio hospitalario

interno, por lo que no se identificaría como una tendencia iatrogénica institucional, no obstante, sin duda el daño sería impuesto por ese tercero. Por ejemplo, si un tercero interviene en el centro médico y realiza un corte de flujo eléctrico, esta conducta no será atribuible a una tendencia iatrogénica institucional, no obstante, será capaz de obligar al galeno o al personal de salud a la concreción del daño.

En consecuencia, dependiendo del caso concreto, la iatrogenia negativa impuesta sí puede identificarse con la primera premisa del hecho de un tercero como eximente de responsabilidad para la Administración Pública.

Segunda premisa. *Es una conducta capaz de desplazar la conducta potencialmente generadora del daño.*

En esta segunda premisa sí cambian un poco las cosas, pues, en principio, podría pensarse que la conducta del tercero interviniente en el servicio hospitalario sí es capaz de desplazar la conducta potencialmente generadora del daño, la cual, inicialmente, sería el funcionamiento anormal de la Administración o tendencia iatrogénica institucional que provoca el acto médico dañoso obligatorio para el galeno, veamos:

Tomando el ejemplo anteriormente expuesto, si un tercero interviene en el centro médico y realiza un corte de flujo eléctrico, esta conducta, en principio, ya no es atribuible a una tendencia iatrogénica institucional, por el contrario, es una conducta externa con la fuerza suficiente para desplazarla, pues, finalmente el galeno va a realizar el acto médico impuesto con un resultado dañoso igual a que si el corte de luz hubiera sido provocado por un descuido propio de la Administración hospitalaria, lo único que cambia es que la causa no es directamente provocada por el funcionamiento anormal de la Administración Pública. No obstante, esta conducta no es capaz de desplazar del todo la tendencia iatrogénica institucional o funcionamiento anormal de la Administración, pues esta seguiría ostentando responsabilidad *in vigilando*, pues el ambiente hospitalario es y debe ser un ambiente controlado por la propia Administración Pública, que tiene el deber de vigilar (bajo sus sistemas propios de seguridad), que no se infiltren terceros a la institución capaces de provocar una iatrogenia impuesta al médico. Es por lo anterior que la conducta generadora del daño sigue siendo el funcionamiento anormal de la Administración Pública o la tendencia iatrogénica institucional.

En consecuencia, la iatrogenia negativa impuesta no podría identificarse con la segunda premisa del hecho de un tercero como eximente de responsabilidad para la Administración, por lo que el análisis lógico arroja que ambas figuras son incompatibles.

b. ¿Podría constituirse como eximente de responsabilidad para el funcionario?

La iatrogenia negativa impuesta al galeno o personal de salud ostenta el enfoque de causa de exculpación por excelencia, pues se trata de eventos internos propios del giro regular de la institución, que son usualmente imprevisibles e inevitables para el galeno o funcionario involucrado. No obstante, dependiendo del caso, podrían ser previsibles para el funcionario, mas no anticipables para el caso concreto; la mayor interrogante surge en este último supuesto en el que la tendencia iatrogénica institucional es prevista por el funcionario (médicos, enfermeros, asistentes de enfermería, etc.), pues, pese a no poderse anticipar su aparición en el caso concreto y, por tanto, tampoco evitar el daño, lo cierto es que sí podría ponerse en tela de duda la existencia de una especie de deber de informar a la Administración en el momento en el que el funcionario interviniente fue capaz de prever la tendencia iatrogénica institucional. Por ejemplo, la enfermera o el médico que se percata de que los recursos institucionales alcanzan únicamente para 4 operaciones a corazón abierto, y que, si no llega el proveedor del Almacén General de Depósito al día siguiente, tendrán que procurar no rebasar el límite de 4 operaciones a la semana, de lo contrario, podrá provocarse iatrogenia negativa impuesta. ¿Ostentaba ese funcionario un deber de informar? Podría pensarse que sí, no obstante, la tendencia iatrogénica es atribuible únicamente a la Administración y a su falta de procedimientos logísticos y/o administrativos adecuados para evitar llegar a esos límites. Por lo anterior, esta investigación afirma que en el caso de examen sería interesante entrar a conocer si existe un deber del funcionario de informar aquellas tendencias iatrogénicas institucionales previsibles y, de ser así, en caso de omisión, analizar si existe la presencia de algún criterio de imputación subjetivo que se pueda analizar en el procedimiento administrativo del funcionario en el seno de la propia Administración, no obstante, el presente trabajo de investigación considera difícil (no imposible) probar la existencia de dolo o culpa grave en casos similares de iatrogenia negativa impuesta pues: i) los deberes del funcionario de salud pueden variar según el centro hospitalario, y ii) parece ser que si acaso alcanza a un descuido explicable propio de la multiplicidad de funciones y responsabilidades

que ostentan los profesionales de la salud (culpa leve o habitual/profesional), mas no, una culpa grave capaz de atribuir responsabilidad al funcionario, por el contrario, parece ser que hay una clara responsabilidad objetiva de la Administración hospitalaria por funcionamiento anormal.

Ahora bien, las tendencias iatrogénicas institucionales pueden ser previsibles para el galeno (o bien para el personal de salud), no obstante, no son anticipables para el caso concreto. Es menester destacar que si un funcionario determinado ostenta un deber de vigilancia frente un equipo en particular esto convierte la conducta en previsible y anticipable, y, por lo tanto evitable, verbigracia el caso expuesto en la sentencia 2010-00950 del 9 de setiembre de 2010, dictada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia³³², en donde a los profesionales en enfermería de la sala de recuperación postoperatoria también se les impuso la obligación de revisar y actualizar el equipo médico de paro cardíaco permanentemente y de reportar a mantenimiento el equipo en mal estado. Por lo que, quien no cumpliera con esas funciones estaría frente a un supuesto de mala praxis médica que presupone la ilicitud de la conducta. Ahora bien, cuando nos referimos a tendencias iatrogénicas institucionales partimos del hecho de que el personal de salud propiamente no tenía la posibilidad de evitar la eventualidad presentada generadora del daño (entiéndase apagón de luz, mal funcionamiento del equipo médico, etc.), en este caso sin duda estaríamos ante una conducta lícita apegada al ordenamiento. No obstante, lo cierto es que en las tendencias iatrogénicas institucionales no únicamente entra en la ecuación el accionar del personal de salud, sino del personal hospitalario en general, entiéndase técnico, de mantenimiento, administrativo, etc. Esto de alguna manera nos hace considerar: ¿qué sucede si fue el funcionario de mantenimiento quien apagó directamente la corriente eléctrica? Sin duda, se trataría una conducta contraria al ordenamiento, sobre la cual la Administración ostentaría responsabilidad, pese a no originarse en el seno de la intervención médica.

c. ¿Y el caso fortuito?

³³² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 2010-00950; 9 setiembre 2010*, considerando párr. 9, Sentencia n° 00950 de Sala 3ª de la Corte Suprema de Justicia, de 9 de Septiembre de 2010 - Jurisprudencia - VLEX 499483894

Tal y como se ha manifestado en repetidas ocasiones a lo largo de esta investigación, el caso fortuito no es un eximente de responsabilidad para la Administración, pues no es capaz de romper el nexo de causalidad, no obstante, podría surgir la interrogante de si la iatrogenia negativa impuesta al galeno es simplemente un caso fortuito, razón por la cual, a continuación, se realizará un análisis corto con base en sus premisas:

Primera premisa. *Es un evento interno provocado por el ser humano.*

Las tendencias iatrogénicas institucionales son eventos de naturaleza interna, que el galeno es incapaz de controlar, pero que son propios del riesgo creado en el servicio hospitalario (funcionamiento anormal de la Administración Pública). En este caso, parece existir la posibilidad de identificar la iatrogenia negativa impuesta con el caso fortuito, pues aunque el galeno no es quien provoca el resultado dañoso (ya que la verdadera causa es la tendencia iatrogénica institucional), lo cierto es que este puede ser provocado por otro acto humano interno, propio de la actividad de la institución pública hospitalaria como empresa, verbigracia, el funcionario encargado de revisar el funcionamiento adecuado del equipo médico y de garantizar su sustitución inmediata en caso de fallo. Es por lo anterior que sí existe la posibilidad de identificar la iatrogenia negativa impuesta con la primera premisa de la fuerza mayor.

Segunda premisa. *Es un evento imprevisible pero superable.*

No sucede lo mismo con la segunda premisa, toda vez que, aunque las tendencias iatrogénicas institucionales pueden ser tanto previsibles como imprevisibles para el galeno y para la Administración (según el caso concreto), en cualquier supuesto devienen en inevitables o insuperables, de lo contrario, se estaría en presencia de una mala praxis médica, razón por la cual no es posible afirmar que en la iatrogenia negativa impuesta se cumpla la segunda premisa del caso fortuito, por lo que ambas figuras no son equiparables.

d. ¿Un simple caso de anormalidad en el funcionamiento?

En la iatrogenia negativa impuesta se presupone una intervención médica acorde con la *lex artis* que se corresponde como un funcionamiento normal de la Administración. De igual manera, también se presupone la existencia de un factor interno imprevisible o previsible, pero insuperable para el galeno y para el personal de salud, por lo que su accionar

sería acorde con la eficiencia, eficacia y pericia. Verbigracia, en el caso de un apagón de luz, que podría el personal de salud prever, pero no anticipar ni mucho menos evitar, lo que en sí mismo convierte la intervención médica iatrogénica en un funcionamiento normal. No obstante, no puede olvidarse que el verdadero factor interno causante del daño (tendencia iatrogénica institucional), inevitablemente, va a ser consecuencia de una “mala administración” atribuible a algún otro funcionario o al funcionamiento hospitalario propiamente, lo que desencadena una responsabilidad objetiva de la Administración por funcionamiento anormal, que, pese a no originarse en la intervención médica propiamente, sí se origina en la prestación del servicio, por lo que resulta muy sencillo responsabilizar a la Administración Pública, pues, al tratarse de un mal funcionamiento del servicio hospitalario, la Administración será siempre responsable por los daños causados en los términos del artículo 190, inciso 1, de la Ley General de la Administración Pública -funcionamiento anormal e ilícito (esta última según el caso concreto)-.

No obstante, no podemos obviar el hecho de que la conducta del galeno sigue siendo acorde con los parámetros de la buena práctica médica, por lo que desde este enfoque existe una iatrogenia impuesta al médico o personal de salud, que no se simplifica a un funcionamiento anormal de la Administración, pero que es provocado por este; razón por la cual este tipo de iatrogenia eximirá de responsabilidad al galeno o personal de salud involucrado como causa de exculpación y, al mismo tiempo, atribuirá la responsabilidad a la Administración en los términos del artículo 190 de la ley General de la Administración Pública.

vi. Resumen general

A modo de resumen general, y con el objetivo de adentrarse en las conclusiones del presente trabajo de investigación, es posible realizar las siguientes aseveraciones sobre la compatibilidad entre los tipos de iatrogenia, los eximentes de responsabilidad para la Administración Pública y los criterios de imputación:

1. **La iatrogenia negativa, desde el enfoque de la víctima** (iatrogenia negativa simple -comúnmente llamada innecesaria- y la iatrogenia negativa por ponderación -comúnmente llamada necesaria-) **son incompatibles con los eximentes de responsabilidad para la**

Administración Pública, contemplados en el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública (fuerza mayor, hecho de un tercero y culpa de la víctima).

2. **La iatrogenia negativa, desde el enfoque del galeno** (iatrogenia negativa impuesta) **es incompatible con los eximentes de responsabilidad para la Administración Pública**, contemplados en el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública (fuerza mayor, hecho de un tercero y culpa de la víctima).

3. **La iatrogenia negativa, desde el enfoque de la víctima** (iatrogenia negativa simple - comúnmente llamada innecesaria- y la iatrogenia negativa por ponderación -comúnmente llamada necesaria-) **son incompatibles con el caso fortuito**.

4. **La iatrogenia negativa, desde el enfoque del galeno** (iatrogenia negativa impuesta) **es incompatible con el caso fortuito**.

5. **La iatrogenia negativa, desde el enfoque de la víctima** (iatrogenia negativa simple - comúnmente llamada innecesaria- y la iatrogenia negativa por ponderación -comúnmente llamada necesaria-) **se corresponden como causas de exculpación para el funcionario**, contempladas en el artículo 211 de la Ley General de la Administración Pública, pues, son capaces de desplazar el dolo y la culpa grave.

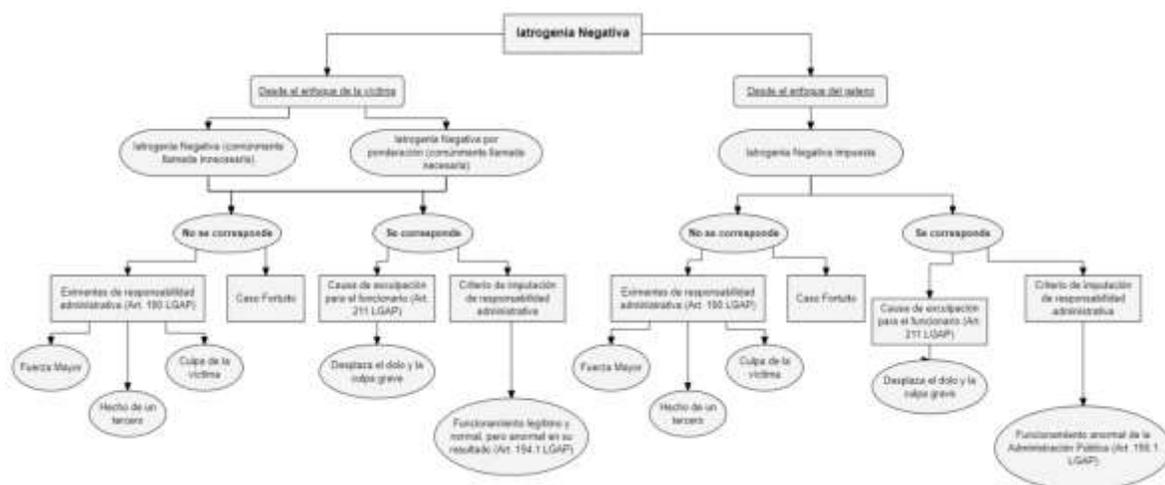
6. **La iatrogenia negativa, desde el enfoque del galeno** (iatrogenia negativa impuesta), **se corresponde como causa de exculpación para el funcionario**, contemplada en el artículo 211 de la Ley General de la Administración Pública, pues es capaz de desplazar el dolo y la culpa grave.

8. **La iatrogenia negativa, desde el enfoque de la víctima** (iatrogenia negativa simple - comúnmente llamada innecesaria- y la iatrogenia negativa por ponderación -comúnmente llamada necesaria-) **se corresponden con el criterio de imputación de responsabilidad para la Administración Pública como supuestos de funcionamiento legítimo y normal, pero anormal en resultado**, bajo los términos del artículo 194.1 de la Ley General de la Administración Pública.

9. **La iatrogenia negativa, desde el enfoque del galeno** (iatrogenia negativa impuesta) **se corresponde con el criterio de imputación de responsabilidad para la Administración**

Pública, como supuesto de funcionamiento anormal, bajo los términos del artículo 190.1 de la Ley General de la Administración Pública.

Finalmente, para una mayor comprensión del lector sobre las aseveraciones realizadas, se elaboró el siguiente diagrama:



Conclusiones

La iatrogenia continúa siendo ese concepto amorfo y enigmático que la mayoría de los profesionales en derecho asocian con mala praxis médica, cuando en realidad su concepto es diametralmente opuesto a esta, lo anterior se debe, principalmente, a la escasez de su estudio en el ámbito jurídico (a pesar de ser un concepto consolidado en la jurisprudencia). Asimismo, por tener sus orígenes en la bioética y ética médica, la mayoría de las investigaciones acerca de la iatrogenia han sido desarrolladas en el área de las ciencias de la salud, y, en varias de ellas, se han planteado tesis ignoradas por la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional; verbigracia, la variedad de corrientes conceptuales, sus verdaderas causas, los sujetos pasivos y activos involucrados, las tipologías (llamadas iatrogenias) que analizan conceptos como la iatrogenia medicamentosa, psicoiatrogenia (*iatrolalia*, *iatromimia*), iatrogenia en infectología, etc.

En Costa Rica, los aportes sobre la iatrogenia y su papel en la responsabilidad civil, administrativa o penal han sido principalmente abordados por la jurisprudencia, y en el caso de la responsabilidad de la Administración Pública por casos de iatrogenia -objeto de estudio de la presente investigación- es la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de la mano con los Tribunales Contenciosos Administrativos, quien ha llevado a cabo un análisis más detallado sobre el tema. Cabe destacar que nuestra jurisprudencia ha demostrado una ventaja considerable sobre países como España y Colombia, quienes han considerado que la iatrogenia negativa es automáticamente un eximente de responsabilidad para la Administración, sin analizar sus características, tipos, ni criterios de imputación, pues discurren que la Administración Pública y sus funcionarios de salud son responsables únicamente en casos de mala praxis médica comprobada.

Sin embargo, la notable ventaja que ostenta nuestra jurisprudencia en el tema no quiere decir que existe consenso en el tratamiento que los tribunales costarricenses le dan a la iatrogenia (máxime a la iatrogenia negativa), pues, aún en las sentencias más recientes, hay quienes siguen la tesis de que la iatrogenia implica un rompimiento del nexo causal entre la conducta administrativa y el resultado dañoso, considerando la iatrogenia como un caso de fuerza mayor, o bien, de culpa de la víctima; asimismo, otros juzgadores afirman la posibilidad de responsabilizar a la Administración en casos de iatrogenia por tratarse de un

resultado dañoso especial y de pequeña proporción de afectados, y, a pesar de ser esta última la tesis mayoritaria, hay pronunciamientos recientes que contemplan votos salvados disidentes y partidarios de la iatrogenia como eximente de responsabilidad para la Administración Pública y para el funcionario.

Ahora bien, a pesar del arduo trabajo de nuestros tribunales para clarificar el concepto de iatrogenia, su clasificación y criterios de aplicación, lo cierto es que, atendiendo al primer objetivo específico de esta investigación, es posible concluir del análisis jurisprudencial realizado que se han pasado por alto las consideraciones médicas desarrolladas recientemente sobre el tema, los alcances y las limitaciones conceptuales de la noción actual de iatrogenia y los presupuestos jurídicos necesarios para la construcción de una clasificación adecuada. Veamos: i) nuestra jurisprudencia ha aceptado (sin cuestionamiento alguno) la definición de iatrogenia dada por Pérez Tamayo en 1993, así como el fraccionamiento terminológico propuesto por Carecedo Cortina en 1997 (iatrogenia negativa necesaria e innecesaria); ii) los conceptos dados por la jurisprudencia sobre iatrogenia negativa no contemplan la previsión de que se trata de una conducta médica apegada a la *lex artis*, lo que sin duda alguna da lugar a confusiones terminológicas posteriores; iii) en el caso de la llamada iatrogenia negativa innecesaria, la jurisprudencia no establece si la causa es la conducta médica *per se*, las características biológicas propias del paciente, o bien, la interacción entre ambas; iii) en el caso de la iatrogenia negativa necesaria, la jurisprudencia tampoco explica si el daño es inevitable o no, lo que es necesario para su análisis respecto de los criterios de imputación; y, finalmente, iv) nuestra jurisprudencia pasa por alto los nuevos enfoques de iatrogenia desarrollados por la medicina, tales como el prisma del galeno y la imposición de la conducta dañosa.

Es a raíz de las interrogantes extraídas del análisis jurisprudencial que esta investigación ha considerado necesario disputar y replantear la caracterización de iatrogenia “necesaria e innecesaria”, así como de las nociones conceptuales que estas cobijan, alcanzando las siguientes conclusiones: i) los adjetivos de necesidad no dicen nada de los conceptos de iatrogenia, ni siquiera se corresponden en nada con su definición, razón por la cual están de más; ii) pueden establecerse conceptos nuevos, como los propuestos por esta investigación, que no respondan a ningún criterio de necesidad sin sentido: iatrogenia

negativa y iatrogenia negativa por ponderación; iii) la iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria) responde a la interacción entre los mecanismos internos inherentes al paciente (idiosincrasia fisiológica y sensibilidad individual) y una conducta médica apegada a la *lex artis*; y iv) la iatrogenia negativa por ponderación (comúnmente llamada necesaria) es provocada por una intervención médica apegada a la *lex artis*, en donde el resultado dañoso es inevitable o insuperable, pues, sea cual sea el camino que elija el galeno siempre va a causarse un daño (menor o mayor).

Por otra parte, a raíz del análisis lógico deductivo esgrimido por premisas y atendiendo al segundo objetivo específico de la presente investigación, se puede concluir que la iatrogenia negativa no se corresponde con ninguno de los eximentes de responsabilidad para la Administración contemplados en el artículo 190, inciso 1, de la Ley General de la Administración Pública, razón por la cual, a pesar de lo señalado por algunos pronunciamientos nacionales en la materia, ni la iatrogenia negativa propiamente (comúnmente llamada innecesaria) ni la iatrogenia negativa por ponderación (comúnmente llamada necesaria) se identifican con la fuerza mayor ni con la culpa de la víctima, ni mucho menos, claro está, con el hecho de un tercero. En el mismo sentido, es posible concluir que la iatrogenia negativa tampoco se puede igualar a una situación de caso fortuito, figura que, pese a no estar contemplada legalmente en los eximentes de responsabilidad administrativa (por no ser capaz de romper el nexo causal entre la conducta generadora y el daño), ha ocasionado debate, pues algunos jueces han considerado la posibilidad de equipararla con la iatrogenia negativa y, bajo este supuesto, responsabilizar a la Administración o eximir al funcionario involucrado.

No obstante, *a contrario sensu* de lo anterior, el análisis realizado permite concluir que tanto la iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria) como la iatrogenia negativa por ponderación (comúnmente llamada necesaria) son capaces de desplazar los criterios de dolo y culpa grave, necesarios para la imputación de responsabilidad personal, razón por la cual figuran como causas de exculpación para el galeno o funcionario de salud involucrado, tal y como lo afirmó el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII, en su resolución 00018-2010 del 26 de febrero de 2010.

En otro orden de ideas, a través del análisis cualitativo y deductivo realizado con miras a resolver el tercer objetivo específico de esta investigación, se puede concluir que la iatrogenia negativa es una conducta lícita y normal de la Administración Pública, por lo que, en principio, no cumple con los criterios de imputación de responsabilidad para la Administración Pública, no obstante, tal y como lo indicó la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en la resolución 1431-2011 del 21 de noviembre de 2011, lo que es anormal tanto en la iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria) como la iatrogenia negativa por ponderación (comúnmente llamada necesaria) no es la conducta administrativa ni el funcionamiento del servicio público *per se*, sino el resultado negativo o dañoso, razón por la cual la iatrogenia negativa se corresponde con el llamado funcionamiento anormal por resultado, que a su vez es capaz de generar responsabilidad para la Administración, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos por el artículo 194 de la Ley General de la Administración Pública. Lo anterior desencadena una sub-conclusión problemática y es que, al cumplir con un criterio de imputación tan restrictivo, se dejan por fuera una serie de supuestos contemplados por la medicina, tales como la psicoiatrogenia o la iatrogenia medicamentosa, los cuales pueden generar resultados iatrogénicos dañosos en uno o varios pacientes, y que, en ocasiones no cumplen con la intensidad excepcional requerida por el artículo 194 de la Ley General de la Administración Pública.

Es por lo anterior que la hipótesis de esta investigación no se cumple a cabalidad, pues, si bien el criterio jurídico de imputación de responsabilidad para la Administración mayormente compatible con la figura de la iatrogenia negativa es el de conducta lícita y normal con funcionamiento anormal por resultado, esto no la descarta del todo de ser considerada como posible eximente de responsabilidad, pues, si el daño no cumple a cabalidad con los requisitos establecidos por la Ley General de la Administración Pública en el artículo 194 (pequeña proporción de afectados o intensidad excepcional de la lesión), no podrá responsabilizarse a la Administración Pública bajo ningún criterio de imputación, aunque la conducta no se corresponda con los eximentes de responsabilidad contemplados por ley, es decir, nuestra legislación sigue dejando sin regulación supuestos fácticos con resultados iatrogénicos dañosos que podrían quedar en el limbo jurídico.

En ese orden de ideas, también es posible concluir que tanto la iatrogenia negativa (comúnmente llamada innecesaria) como la iatrogenia negativa por ponderación (comúnmente llamada necesaria) cumplen con la vinculación entre la conducta iatrogénica y el resultado anormal dañoso, pues, en el caso de la primera, esta se deriva de dos causas concurrentes, que juntas son capaces de producir el resultado dañoso (intervención médica apegada a la *lex artis* y mecanismos internos inherentes al paciente), no obstante, también se logró concluir que, a pesar de encontrarnos en presencia de una concausa donde existen dos causas diferentes no atribuibles al mismo sujeto, no es posible aplicar una responsabilidad solidaria bajo los términos del artículo 1046 del Código Civil, pues una de las causas intervinientes (mecanismos internos inherentes al paciente) no es atribuible a ningún sujeto, ya que no es originada por ninguna persona física o jurídica; sin embargo, esta es un hallazgo importante que deberá tomarse en consideración por el operador jurídico para atenuar la responsabilidad de la Administración Pública, ya que al galeno solamente es posible atribuírsele la acción médica apegada a la *lex artis*. Por su parte, en la segunda (iatrogenia por ponderación) la causa y el resultado dañoso están absolutamente vinculados, pues únicamente depende de la acción médica, que será la única acción capaz de producir el resultado dañoso, sin importar si se trata de una acción apegada a *lex artis*, lo que es un tema de licitud y/o normalidad en cuanto a funcionamiento de la Administración Pública.

De igual manera, ambos tipos de iatrogenia cumplen con el criterio de causalidad adecuada, pues sus causas son determinantes para ocasionar la lesión, y para comprobarlo en cada una de ellas se realizó el análisis propuesto por la teoría de la supresión hipotética, concluyendo que, si alguna de esas causas analizadas desapareciera, el resultado dañoso no existiría.

Asimismo, a partir del análisis jurisprudencial realizado en el capítulo segundo de la presente investigación, es posible concluir que la jurisprudencia nacional también ha dejado por fuera otros enfoques de la iatrogenia negativa que no se centran en la víctima, como es la iatrogenia negativa impuesta al galeno o funcionario de salud, la cual responde a tendencias iatrogénicas institucionales propias del servicio hospitalario, y que, a pesar de no corresponderse con ningún eximente de responsabilidad para la Administración, ni con la figura del caso fortuito, es la causa de exculpación por excelencia, capaz de desplazar

cualquier dolo o culpa grave del galeno o personal de salud involucrado y, al mismo tiempo, idónea para atribuir responsabilidad administrativa en los términos del artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, por constituirse un caso típico de funcionamiento anormal del servicio hospitalario.

Finalmente, es posible concluir que en nuestro país no se requiere de una regulación específica de la iatrogenia, pues sus manifestaciones calzan dentro de la normativa existente y permiten perfectamente su incorporación al ordenamiento: como causa de exculpación para el funcionario (artículo 211 de la Ley General de la Administración Pública); como conducta capaz de imputar responsabilidad a la Administración Pública: desde el enfoque de la víctima (artículo 194.1 de la Ley General de la Administración Pública: funcionamiento anormal por resultado) y desde el enfoque del galeno (artículo 190.1 de la Ley General de la Administración Pública: funcionamiento anormal de la Administración Pública). Por el contrario, crear especificidades legales puede ser contraproducente para una figura tan amplia y compleja.

Bibliografía

Libros, revistas y entradas (blog)

1. Acevedo, Marco Antonio. “Iatrogenia y Mala Práctica.” Última actualización 29 septiembre, 2013. Consultado 2 mayo, 2021. [Iatrogenia y Mala Práctica | PDF | Antibióticos | Sección de cesárea \(scribd.com\)](#).
2. Albújar, Pedro. “Ética médica: iatrogenia.” *Revista Diagnostico* no. 5, (2004): 124-130. Consultado 13 mayo 2021. [Revista DIAGNOSTICO \(fihu.org.pe\)](#).
3. Alessi, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona, España: editorial Bosch, 1970.
4. Almodóvar Maldonado, José. A. *Evaluación de la responsabilidad Civil: Una aproximación*. Ceiba, Puerto Rico: Segunda Época, 2020.
5. *la República de Costa Rica*. [Aprobada 7 noviembre, 1949]. [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](#).
6. Asociación Civil Argentina de Defensa del Paciente. “Significado de iatrogenia o yatrogenia.” Última actualización 15 julio, 2009. Consultado 2 mayo, 2021, [Iatrogenia: conceptos | DERECHOS del PACIENTE \(drgoliamiguel.blogspot.com\)](#).
7. Baldizon Soto, Mauren y Pacheco Alfaro, Silvia. “Una contribución a la responsabilidad objetiva” Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1994.
8. Beauchamp L, Tom y Childress F, James. *Principles of Biomedical Ethics*. New York, United States: Oxford University Press, 1979.
9. Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de las Obligaciones*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1984.
10. Bustamante Ledesma, Álvaro. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Colombia: Leyer, 1998.
11. Cabezas Toranzos, Rómulo. *Fundamentación Constitucional de la Responsabilidad Extracontractual directa del Estado*. México: Instituto de Administración Pública, 1971.

12. Caja Costarricense de Seguro Social, No. 7421: *Reglamento para la contratación de servicios médicos especializados por medio de terceros*. [Aprobado 9 marzo, 2000]. Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr)
13. Carecedo Cortina, Vicente. “Iatrogenia y error médico.” *Revista Médica del Hospital General de México* no. 60 (2), (1997): 53-94. Consultado 14 mayo 2021. Vol. 60 Núm.2. Abril-Junio 1997 (imbiomed.com.mx).
14. Carmen Blas Orbán. *El equilibrio en la relación médico paciente*. España, Barcelona: J.M Bosch Editor,2006.
15. Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo, Tomo I*. Argentina: ABELEDO-PERROT,1993.
16. Castro Bobadilla, Dennis A. y Dickerman Kraunick, Arema R. *Compendio de medicina forense*. Honduras, Tegucigalpa: ALIN EDITORA, S.A, 1995.
17. Castro Vindas, Silenne y Escalante Quirós, Willy. *La responsabilidad del médico derivada del fenómeno de la mala praxis*. Costa Rica, San José: Ministerio Público, 2010.
18. Chuck Sepúlveda, Jorge Adrián. *Bioética en pediatría*. Ciudad de México, México: Editorial El Manual Moderno,2015.
19. Cordero Zúñiga, Rodrigo. “Iatrogenia” *Revista Medicina Legal* 4, no. 3 (Julio. 1987):2-7.
20. Díaz Berenguer, Álvaro. *La medicina desalmada: aportes a una polémica actual*. Montevideo, Uruguay: Ediciones Trilce, 2004.
21. Domecq Gómez Yoandra, Freire Soler, Josué, Querts Mendez, Odalis y Columbié Reyes, Juan Lorenzo. “Consideraciones actuales sobre la iatrogenia,” *MEDISAN* no. 5, (2020): 1-2. Consultado 23 mayo, 2021. Consideraciones actuales sobre la iatrogenia (sld.cu).
22. Dufurbeaux Sollet Moraima y Marino Magdariaga, Dora. “Repercusión social de iatrogenias por el uso de recursos de diagnóstico en el laboratorio.” *Revista MEDISAN* no. 1, (2012): 145-150. Consultado 13 mayo, 2021. Repercusión social de iatrogenias por el uso de recursos de diagnóstico en el laboratorio clínico (sld.cu).
23. Fernández D, Xinia. *Iatrogenia vs. Mala praxis*. Costa Rica, San José: CCSS, 2006.

24. Fernández Ortega, Miguel Ángel. “El impacto de la enfermedad en la familia,” *Revista de la Facultad de Medicina UNAM* no. 6, (2004): 251-254. Consultado 28 mayo, 2021. [El impacto de la enfermedad en la familia \(medigraphic.com\)](http://medigraphic.com).
25. Flores Sandí, Grettchen. *Serendepia médica un error de prescripción: Un caso de denuncia por mala praxis médica*. Costa Rica, San José: Colegio de Médicos y Cirujanos, 2006.
26. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*. Madrid, España: Editorial Civitas, 1977.
27. García Garduza, Ismael. *A propósito de los vocablos iatrogénico y iatropatogénico. Una reflexión*. Ciudad de México, México: CONAMED, 2015.
28. García, FM, García, Ga y García, FM. “Iatrogenia y Dyspraxis Médica. Un enfoque bioético.” *Revista de la Facultad de Medicina de Caracas* no. 1, (2005): 1. Consultado 5 abril, 2021. [Iatrogenia y Dyspraxis Médica: Un enfoque bioético \(scielo.org\)](http://scielo.org)
29. García Quesada, Luis Felipe “Alcances de la Responsabilidad del Estado por hechos Tumultuosos” Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2015.
30. Garita Navarro, José Roberto. “Comentarios Sobre Responsabilidad Objetiva de la Administración Pública. Análisis Jurisprudencial.” *Temas Jurisprudenciales*. Consultado 20 marzo, 2020, [Sala Primera - Sala Primera \(poder-judicial.go.cr\)](http://poder-judicial.go.cr).
31. González Pérez, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas*. Madrid, España: Editorial Civitas, 1996.
32. González Solano, Gustavo. “La responsabilidad civil extracontractual en la actual jurisprudencia costarricense.” *Revista de Ciencias Jurídicas* no.148, (2019): 113-156. Consultado 15 enero 2021. [La responsabilidad civil extracontractual en la actual jurisprudencia costarricense | Revista de Ciencias Jurídicas \(ucr.ac.cr\)](http://ucr.ac.cr).
33. Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo, Tomo 8*. Argentina, Buenos Aires: FDA, 2006.
34. Henao, Juan Carlos. *El Daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*. Bogotá, Colombia: Panamericana formas e Impresos, 1999.

35. Instituto de Derecho Civil “Henocho D. Aguiar”. *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*. Córdoba, Argentina: Universidad Nacional de Córdoba. [1961].
36. Jiménez Bolaños, Jorge. “Caso fortuito y fuerza mayor diferencia.” *Revista de Ciencias Jurídicas* no. 123, (setiembre-diciembre, 2010):70-97.
37. Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, No. 7082: *Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social*. [Aprobada 1 enero, 1997]. Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr).
38. Larroumet, Christian. “La evolución reciente de la responsabilidad civil en el derecho francés” *Estudios Socio-Jurídicos* 2, no.1 (2010): 33-41.
39. Leguina Villa, Jesús. “Función arbitral en materia de prensa y responsabilidad civil de la Administración.” *Dialnet* (1969):133-174.
40. Lifshitz Guinzberg, Alberto. “Ética, yatrogenia y yatropatogenia.” *Revista CONAMED* no. 9, (1998): 16-17. Consultado 3 abril 2021. [tps://www.medigraphic.com/pdfs/conamed/con-1998/con984h.pdf](https://www.medigraphic.com/pdfs/conamed/con-1998/con984h.pdf).
41. Luarna Ediciones compilador. *Código de Hammurabi*. 1750 a.C. Código de Hammurabi (ataun.eus)
42. Montagud Rubio, Nahum. “Iatrogenia: qué es, características, y ejemplos.” *Psicología y mente (blog) artículo avalado*, 2020. Consultado 15 abril, 2020. Iatrogenia: qué es, características, y ejemplos (psicologiyamente.com).
43. Montiel Castillo, Federico. “La responsabilidad del funcionario público en la Ley General del Control Interno.” *Revista Nacional de Administración* no. 1, (2014): 75-78. Consultado 11 junio 2020. La responsabilidad del funcionario público en la Ley General del Control Interno | Revista Nacional de Administración (uned.ac.cr)
44. Organización Médica Colegial de España. “Iatrogenia: análisis, control y prevención,” *Revista de la Fundación de Educación Médica* no. 6, (2017): 1. Consultado 17 abril 2020. FEM: Revista de la Fundación Educación Médica - Home Page (isciii.es).
45. Ortiz Ortiz, Eduardo. *Derecho Administrativo. Tomo 2. Tesis XXIV*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 1976.
46. Ortiz Ortiz, Eduardo. *Expropiación y Responsabilidades Públicas*. San José, Costa Rica: Editorial LIL,1995.

47. Ortiz Ortiz, Eduardo. *La Responsabilidad del Estado en Costa Rica*. San José, Costa Rica: 1963.
48. Palafox Vega, Ramiro. *Fundamentos en la práctica de autopsia y medicina legal*. México: Editorial Manual Moderno, 2013.
49. Pérez Porto, J y Merino, M. “Definición de Iatrogenia.” *Definición. De (blog)*, 2018 actualizado 2020, consultado 15 abril, 2020. [Definición de iatrogenia - Qué es, Significado y Concepto \(definicion.de\)](#).
50. Pérez Tamayo, Ruy. “Iatrogenia.” Simposio, Universidad Autónoma de México, 3 de setiembre 1993.
51. Pérez Vargas, Víctor. *Principios de Responsabilidad Civil Extracontractual*. San José, Costa Rica:1984.
52. Quintero Alain, Diógenes. “Responsabilidad Extracontractual del Estado en la doctrina, la jurisprudencia y en el derecho comparado” Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1970.
53. Quirós Coronado, Roberto compilador. *Ley General de la Administración Pública, Concordada y Anotada con el Debate Legislativo y la Jurisprudencia Constitucional*. San José, Costa Rica: Aselex, 1996.
54. Rivas Garro, Daniela. “La responsabilidad objetiva del Estado en la Mala praxis Médica.” Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2014.
55. Rodríguez Ortega, Nancy y Herrera Rojas, Janeth. “Iatrogenia relacionada con el acto de enfermería.” *Revista de actualizaciones en enfermería* no. 1, (2003): 8-14. Consultado 20 mayo, 2021. [IATROGENIA EN ACTO DE ENFERMERÍA, REVISTAS MÉDICAS, SALUD \(encolombia.com\)](#).
56. Romero Pérez, Jorge Enrique. “Apuntes sobre la Mala Praxis Médica.” *Revista de ciencias jurídicas* no. 135, (septiembre-diciembre, 2014): 107-122.
57. Sauvé, Jean Marc. “**La motivation des sanctions administratives,**” Conseil d’etat, (2012): 1-17. Consultado 20 de marzo, 2020, [La motivation des sanctions administratives \(conseil-etat.fr\)](#).
58. Teissier, Georges. *La responsabilité de la puissance publique*. Francia : Paul Dupont, 1906.

59. Tiffer, Carlos. *Responsabilidad Penal por Mala Praxis: Estudio Sistemático de casos*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2008.
60. Tole, Henry y Cadavid, Nicole. “Instrumentador quirúrgico: iatrogenia, eventos frecuentes y responsabilidad en el quirófano.” *Revista Repertorio de Medicina y Cirugía* no. 2, (2018): 124-130. Consultado 13 mayo 2021. [Instrumentador quirúrgico: Iatrogenia, eventos frecuentes y responsabilidad en el quirófano | Revista Repertorio de Medicina y Cirugía \(fucsalud.edu.co\)](#).
61. Valdivia, Jose Miguel. *La Responsabilidad del Estado en Francia*. México: ITAM, 2004.
62. Vargas Alvarado, Eduardo. “Anafilaxia: Umbral de Iatrogenia y Malpraxis” *Revista Medicina Legal* (Abril. 1985):2-3.
63. Velasco Martín, Alfonso y Velasco Sendra, María. “Reacciones Adversas Medicamentosas (RAM) Interacciones Medicamentosas.” Conferencia impartida por motivo del Ciclo de Conferencias La Caixa, Facultad de Medicina de la Universidad de Valladolid, 22 de marzo de 2018.
64. Vera Carrasco, Óscar. “Aspectos éticos y legales en el acto médico,” *La Paz* no. 2, (2013): 773-82. Consultado 2 junio, 2021. [ASPECTOS ÉTICOS Y LEGALES EN EL ACTO MÉDICO \(scielo.org.bo\)](#).
65. Villalobos Campos, Sergio. “La iatrogenia como eximente de responsabilidad para el Estado.” Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2010.

Dictámenes jurídicos

1. Procuraduría General de la República. “Dictamen: C-050-1992.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica* 16 marzo 1992. Consultado 11 octubre, 2020. [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](#).
2. Procuraduría General de la República. “Dictamen: C-175-1997.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica* 18 setiembre 1997. Consultado 20 setiembre, 2020. [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](#).

3. Procuraduría General de la República. “Dictamen: OJ-056-2000.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica 30 mayo 2000*. Consultado 30 mayo, 2000. [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://pgrweb.go.cr)
4. Procuraduría General de la República. “Dictamen: C-052-1999.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica 16 marzo 1999*. Consultado 15 agosto, 2020. [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://pgrweb.go.cr).
5. Procuraduría General de la República. “Dictamen: C-071-2011.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica 24 marzo 2011*. Consultado 20 agosto, 2021. [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://pgrweb.go.cr)
6. Procuraduría General de la República. “Dictamen: C-084-1999.” *Sistema Costarricense de Información Jurídica 3 mayo 1999*. Consultado 2 diciembre, 2020. [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://pgrweb.go.cr)

Normativa, leyes y reglamentos

1. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *No. 0: Constitución Política de Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, No. 5395: Ley General de Salud*. [Aprobada 30 octubre, 1973]. [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://pgrweb.go.cr)
2. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *No. 6227: Ley General de la Administración Pública*. [Aprobada 2 mayo, 1978]. [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://pgrweb.go.cr).
3. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *No. 63: Código Civil*. [Aprobada 28 setiembre, 1887]. [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://pgrweb.go.cr).
4. Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política*. [Aprobada 7 noviembre, 1949]. [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://pgrweb.go.cr).
5. Poder Ejecutivo de la República de Costa Rica, *No. 1743-SPPS: Reglamento General de Hospitales Nacionales*. [Aprobada 4 junio, 1743]. [Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://pgrweb.go.cr).

Jurisprudencia nacional

1. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *acción de inconstitucionalidad: res. 13606-2009; 26 agosto 2009, 14:57 horas*. Nexus PJ.
2. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de amparo: res. 00106-2001; 5 enero 2001, 14:57 horas*. Nexus PJ.
3. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de amparo: res. 13606-2009; 26 agosto 2009, 09:14 horas*. Nexus PJ.
4. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000584-F-2005; 11 agosto 2005, 10:40 horas*. Nexus PJ.
5. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000308-F-2006; 25 mayo 2006, 10:30 horas*. Nexus PJ.
6. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000088-F-S1-2010; 11 julio 2019, 11:30 horas*. Nexus PJ.
7. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 001261-F-2019; 14 enero 2010, 14:20 horas*. Nexus PJ.
8. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000263-1990; 22 agosto 1990, 15:30 horas*. Nexus PJ.
9. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00-F-2007; 14 diciembre 2007, 8:00 horas*. Nexus PJ.
10. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00714-2002; 18 septiembre 2002, 10:20 horas*. Nexus PJ.
11. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00300-2009; 26 marzo 2009, 11:25 horas*. Nexus PJ.
12. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00844-2016; 11 agosto 2016, 10:10 horas*. Nexus PJ.
13. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00023-1993; 21 abril 1993, 14:40 horas*. Nexus PJ.
14. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000875-2007; 17 diciembre 2007, 8:00 horas*. Nexus PJ.
15. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 000925-F-2009; 10 setiembre 2009, 14:40 horas*. Nexus PJ.

16. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 0001431-2011; 21 noviembre 2011, 9:10 horas.* Nexus PJ
17. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00527-2014; 10 abril 2014, 2:12 horas.* Nexus PJ.
18. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00114-2015; 29 enero 2015, 11:15 horas.* Nexus PJ.
19. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00705-2016; 29 junio 2016, 8:45 horas.* Nexus PJ.
20. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 00259-2019; 20 marzo 2019, 4:33 horas.*Nexus PJ.
21. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 04166-2019; 28 noviembre 2019, 3:35 horas.* Nexus PJ.
22. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de casación: res. 2010-00950, 09 setiembre 2010. Sentencia n° 00950 de Sala 3ª de la Corte Suprema de Justicia, de 9 de Septiembre de 2010 - Jurisprudencia - VLEX 499483894*
23. Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José, *Sentencia 108: res. 0541-F-11;31 mayo 2011, 14:35 horas.* Nexus PJ.
24. Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, *Proceso de ejecución de sentencia: res 400058-2006; 11 octubre 2006, 15:50 horas.* Nexus PJ.
25. Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, *Recurso de apelación: res 00304-2003; 8 agosto 2003, 10:35 horas.* Nexus PJ.
26. Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, *Ordinario de conocimiento: res 00108-1993; 26 mayo 1993, 09:40 horas.* Nexus PJ.
27. Tribunal Contencioso Administrativo, sección cuarta, *Recurso de apelación: res. 00005-2013; 25 enero 2013, 10:00 horas.* Nexus PJ.
28. Tribunal Contencioso Administrativo, sección octava, *Recurso de apelación: res. 00018-2009-S-VIII; 13 marzo 2009, 14:00 horas.* Nexus PJ.
29. Tribunal Contencioso Administrativo, sección primera, *Recurso de apelación: res. 00051-2013; 31 mayo 2013, 08:25 horas.* Nexus PJ.
30. Tribunal Contencioso Administrativo, sección segunda, *Recurso de apelación: res. 000214-2007; 30 abril 2007, 11:10 horas.*Nexus PJ.

31. Tribunal Contencioso Administrativo, sección séptima, *Recurso de apelación: res. 00093-2009; 30 setiembre 2009, 01:50 horas.* Nexus PJ.
32. Tribunal Contencioso Administrativo, sección séptima, *Recurso de apelación: res. 000304-SVII; 26 febrero 2010, 11:45 horas.* Nexus PJ.

Jurisprudencia internacional

1. Consejo de Estado de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, *Recurso de apelación: res.73001-23-31-000-2006-01304-01; 28 noviembre 2018.* Sentencia n° 73001-23-31-000-2006-01304-01 de Consejo de Estado - Sala Contenciosa Administrativa - SECCIÓN TERCERA, de 28 de Noviembre de 2018 (ucr.ac.cr).
2. Consejo de Estado de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, *Recurso de apelación: res. 05001-23-25-000-1994-02074-01 (21859); 14 marzo 2012.* Sentencia n° 05001-23-25-000-1994-02074-01(21859) de Consejo de Estado - Sala Contenciosa Administrativa - SECCIÓN TERCERA, de 14 de Marzo de 2012 (ucr.ac.cr).
3. Consejo de Estado de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, *Recurso de apelación: res. 19001-23-31-000-2000-03791-01 (28133); 20 febrero 2014.* Sentencia n° 19001-23-31-000-2000-03791-01(28133) de Consejo de Estado - Sala Contenciosa Administrativa - SECCIÓN TERCERA, de 20 de Febrero de 2014 (ucr.ac.cr).
4. Consejo de Estado de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, *Recurso de apelación: res. 68-001-23-000-1999-00048-01, 12 agosto 2019.* Sentencia n° 68001-23-31-000-1999-00048-01 de Consejo de Estado - Sala Contenciosa Administrativa - SECCIÓN TERCERA, de 12 de Agosto de 2019 (ucr.ac.cr)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, *Recurso de casación: res. 05001-3103-008-1999-00797-01, 01 diciembre 2011.* SENTENCIA de Corte Suprema de Justicia - SALA DE CASACIÓN CIVIL n° exp. 05001-3103-008-1999-00797-01 del 01-12-2011 (ucr.ac.cr).

6. Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia de Illes Balears, *Procedimiento Ordinario: res. 412-2020; 14 setiembre 2020*. STSJ Islas Balears 412/2020, 14 de Septiembre de 2020 (ucr.ac.cr).
7. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, *Recurso de casación: res. 08-2010; 19 setiembre 2012*. STS, 19 de Septiembre de 2012 (ucr.ac.cr).
8. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Quinta, *Recurso de casación: res. 807-2018; 21 mayo 2018*. STS 807/2018, 21 de Mayo de 2018 (ucr.ac.cr)
9. Tribunal des conflits, “*Arrêt Blanco*” : *res. 00012; 8 février 1873*. Légifrance.
10. Tribunal des conflits, “*Arrêt Pelletier*” : *res. 00035 ; 30 juillet 1873*. Légifrance.
11. Tribunal des conflits, “*La Fleurette*” : *res. 52704 ; 14 janvier 1938*. Légifrance.
12. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo. *Procedimiento Ordinario: res. 688-2015; 23 octubre 2015*. STSJ Comunidad de Madrid 688/2015, 23 de Octubre de 2015 (ucr.ac.cr).
13. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo. *Procedimiento Ordinario: res. 128-2016; 10 marzo 2016*. STSJ Comunidad de Madrid 128/2016, 10 de Marzo de 2016 (ucr.ac.cr).

Anexos

