

NOCIONES GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA Y HOSPITALARIA

MSc. María Angélica Fallas Carvajal*

MSc. Mario Felipe Marín Cascante **

RESUMEN

Se analizan las generalidades de la responsabilidad profesional médica y hospitalaria, con el fin de determinar cuándo estamos en presencia de responsabilidad contractual o extracontractual, de medios o de resultado y las peculiaridades del servicio de salud brindado por centros de salud del sector público o privado, y su aplicación en los tribunales costarricenses.

Palabras claves: acto médico, consentimiento informado, responsabilidad profesional médica, obligación contractual o extracontractual, medicina asistencial o facultativa, obligación de medios o de resultado.

ABSTRACT

The generalities of medical and hospital professional responsibility are analyzed, in order to determine when we are in the presence of contractual or extra-contractual liability, means or results and the peculiarities of the health service provided by Public or Private Sector Health Centers. And its application in the Costa Rican Courts.

Keywords: medical act, informed consent, professional medical liability, contractual or extra-contractual obligation, healthcare or optional medicine, obligation of means or results

Recibido: 14 de diciembre 2021

Aprobado: 17 de agosto 2022

* Licenciatura en Derecho y Notariado, Universidad Escuela Libre de Derecho. Especialización, curso de Formación Judicial, Jurisdicción Social y el Nuevo Derecho del Trabajo, Aula Iberoamericana del Consejo General del Poder Judicial de España. Especialización en materia laboral, Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Maestría en Administración de Justicia, Enfoque Sociojurídico, con Énfasis en Materia Civil, Universidad Nacional de Costa Rica. Jueza de trabajo. Correo electrónico: mfallasc@poder-judicial.go.cr

** Máster en Administración de Justicia Enfoque Sociojurídico con Énfasis en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA). Licenciatura en Derecho y especialidad en Derecho Notarial y Registral, ambas de la Universidad de Costa Rica (UCR). Desde el 2013, es juez de la república y ha desempeñado su cargo en varios tribunales del país, actualmente en juzgados de la provincia de Heredia. Profesor de Derecho en la Universidad Hispanoamericana. Correo electrónico: mmarrinc@abogados.or.cr

SUMARIO: I. Nota introductoria. II. Supuestos de hecho en la responsabilidad médica. III. Sobre criterios de imputación y la relativización del carácter subjetivo en la responsabilidad civil médica. IV. Consentimiento informado. V. Conclusiones. VI. Fuentes consultadas.

I. NOTA INTRODUCTORIA

Bajo la noción de responsabilidad civil, se extraen los supuestos por los cuales una persona “debe indemnizar o reparar los daños o perjuicios irrogados a otro” (Torrealba, 2011, p.1), evidenciando la razón por la cual muchas veces en la disciplina del derecho civil se le conozca como “derecho de daños”.

En nuestro país, las funciones prioritarias de la responsabilidad civil, como lo es la reparación e indemnización de daños y perjuicios, se encuentran amparadas desde nuestra Constitución Política específicamente en el numeral 41 de la Constitución Política, el cual indica: “Ocurriendo a las Leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales”.

Este artículo pretende ahondar en los daños provenientes de actividad profesional médica; dar respuestas a interrogantes, tales como ¿Cuándo un médico o una médica responde por su actuar u omisión? Si con dicho personero de salud, ¿responden otras personas físicas o jurídicas? Si la responsabilidad civil en dicho caso es contractual o extracontractual subjetiva o si admite la posibilidad de responsabilidad objetiva, ¿puede ser responsable el médico, aunque no haya mala praxis? En los siguientes acápite, se procura brindar un marco de consulta general para poder aclarar estas dudas.

La noción de culpa no es diametralmente distinta a la que nos planteamos en la responsabilidad profesional en general. En tesis de principio, siempre habría que hacer referencia a tres condiciones generales: i. un criterio de imputación

o factor de atribución, ya sea subjetivo u objetivo; ii un nexo causal entre el hecho y el daño; y iii la existencia de un daño indemnizable.

No existe una norma especial acerca de la culpa profesional médica que nos brinde una fórmula diferente o independiente. Sin embargo, las personas autoras sobre el tema sí comparten que existen circunstancias que ocasionan un tratamiento diferenciado.

En similar sentido, Urrutia (2010) indica: “[...] La responsabilidad profesional no es distinta a la responsabilidad común u ordinaria. Es un capítulo más del ancho espectro de la responsabilidad civil, consistente en el deber de reparar los daños ocasionados a otros para la actividad médica contraria a derecho [...]” (p.115).

El primer aspecto trascendente es reconocer que existe un grado de complejidad que reviste a la responsabilidad civil médica. Al respecto refiere la autora española García (2010) que el paso del tiempo ha producido una toma de conciencia que, en la prestación de asistencia sanitaria, se encuentra en juego una serie de derechos fundamentales de alto nivel de un paciente, como lo son: la vida, la integridad física, su intimidad y libertad. Por ello, refiere que en el antiguo paradigma del principio de beneficencia propio de una concepción paternalista donde el paciente tenía una posición totalmente pasiva y se ponía a las manos del facultativo (doctor) para el tratamiento que estimara más adecuado ha variado, ha surgido una concepción de un paciente más “activo” titular de derechos al cual se le debe salvaguardar su autonomía (p. 11).

En Costa Rica, se les da un reconocimiento expreso a los derechos de los pacientes en la normativa, pues se cuenta con el Reglamento N.º 32612 de la Ley de Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados, así como la Ley 8239, Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados, donde

nuestro legislador ha brindado un listado expreso de los derechos del y de la paciente.

En su numeral segundo, la normativa 8239 rescata una serie de derechos de la persona paciente: i. deber de brindar información acerca de sus derechos y deberes al paciente (ya no se posee una posición pasiva como lo refería García de simplemente recibir un servicio); ii. tener identificación plena del médico; iii. recibir información necesaria con el fin de que autorice un determinado tratamiento (muy ligado al tema del consentimiento); iii. trato cordial y respetuoso; iv. en situaciones de emergencia ser atendida con prontitud; v. respeto a la autonomía de la voluntad del paciente “salvo en situaciones excepcionales o de emergencia, previstas en otras leyes, en que prevalezcan la salud pública, el bien común y el derecho de terceros” o que se pueda “Obtener el consentimiento de un representante legal cuando sea posible y legalmente pertinente, si el paciente está inconsciente o no puede expresar su voluntad. Si no se dispone de un representante legal y se necesita con urgencia la intervención médica, se debe suponer el consentimiento del paciente, a menos que sea obvio y no quede la menor duda, con base en lo expresado previamente por el paciente o por convicción anterior, de que este rechazaría la intervención en tal situación”; v. ser tratado con confidencialidad y contar con expediente clínico, entre otros.

Agrega García (2010) que, en la actualidad, la tendencia es hacia una mayor protección del paciente y sus derechos, al punto de que se ha reconocido jurisprudencialmente, en países como España, que si un paciente no fue debidamente informado de los posibles riesgos y alternativas del acto médico practicado, pues no se recabó el correspondiente consentimiento del paciente, ya sea de manera directa o en su caso de las personas llamadas a consentir por sustitución o representación de este, aunque hayan sido deslegadas por el galeno las acciones de

manera diligente de acuerdo con la “*lex artis médica*”, podría conllevarle responsabilidad civil, independientemente de que su actuar fuera intachable (p.13).

Es discutible si, en nuestro país, podría darse este tipo de interpretación, situación que retomaremos en acápites posteriores.

Continúa agregando la autora que ello conlleva el riesgo de “asfixiar en demasía la actividad de los profesionales sanitarios, abocándolos de forma consciente o inconsciente- a la práctica de una medicina defensiva”. Por ende, considera que se puede provocar un efecto un tanto “perverso” donde el excesivo celo de los galenos podría disminuir la protección en el ámbito sanitario. Lo cierto del caso es que, si el incumplimiento de alguna de estas obligaciones le conlleva un daño o perjuicio al paciente, su resarcimiento podría ser sujeto de discusión en atención al numeral 41 de la Constitución Política y 1045 del Código Civil.

En similar sentido, autores como Bustamante (1997) refieren que el médico posee “un deber de humanismo que consiste en la obligación de suministrar atención a los enfermos, o sea la obligación de prestar la debida asistencia” (p. 509). Por esta razón, se puede perfectamente interpretar que la médica o el médico tiene un deber legal de asistir a las personas enfermas, por lo que ello podría dar pie a que, si se niega a prestar la asistencia profesional, podría generarle responsabilidad en caso de que se demuestre que el resultado dañoso o la muerte podría haber sido interrumpida por una acción del galeno.

Bajo el panorama antes esbozado, resulta útil desenmarañar el régimen jurídico de la responsabilidad médica. Con mucho mayor razón, cuando las afectaciones recaen directamente sobre la salud física y/o mental del paciente, pues es un escenario donde está de por medio un derecho

fundamental de la persona a recibir un servicio médico oportuno para recuperar un correcto estado de salud o, al menos, no ver desmejorado el existente previo al tratamiento o cirugía.

Al respecto, en una de sus sentencias más recientes (1361-2015), la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica analiza la responsabilidad médica brindada en un Centro de Salud de carácter público:

[...] los servicios de salud pública se encuentran al servicio del ser humano, éstos, no deben perder de vista un aspecto axiológico donde deriva su existencia y es, la satisfacción de intereses particulares en salud, vida o sostén en la enfermedad. Sin perjuicio de lo anterior y a mayor abundamiento de razones, no puede admitirse un régimen de salud pública deshumanizado, que olvide su eje central; el administrado, pues de él, emanan situaciones jurídicas que deben ser respetadas y garantizadas de manera inexcusable [...]. *(La negrita no es del original).*

Las personas autoras estiman que la concepción de acto médico que ha sido construida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (sentencia n.º 875-2007) se enmarca bajo toda acción o disposición que un médico realiza en el ejercicio de su profesión en la atención integral de un paciente, ya sea diagnóstico y terapéutico, así como los que se deriven directamente de estos. A su vez refiere que debe entenderse que la “obligación médica” es poner todos los conocimientos a la orden del paciente a los efectos de mejorar su salud (obligación de medios) y, cuando son insuficientes, deben realizarse interconsultas, trabajando interdisciplinariamente a efecto de buscar lo adecuado para su beneficio; pero no puede asegurársele la cura total (obligación de resultados).

En la doctrina española, se sostiene que algunos tipos de actos médicos (especialmente los de carácter facultativo o estético) van más allá que una simple obligación de medios y en realidad es obligación de resultados, aspectos a los que nos referiremos con más profundidad más adelante.

El presente artículo abordará la determinación del régimen jurídico aplicable entre el o la paciente y el prestador de la asistencia médica, con las consecuencias de fondo y prácticas que podrían darse: i. si es producto de una relación contractual o extracontractual; ii. donde la obligación asumida por el o la profesional en salud es de medios o de resultados; iii. o en centro de salud u hospitalario de carácter público (estatal) o privado.

Así mismo, se expondrá si la responsabilidad civil médica es totalmente ajena a la objetivación o qué criterios se han vertido al respecto. Posteriormente, se dará un breve abordaje al tema del consentimiento informado con el fin de verificar el papel que juega este en la doctrina y en otras latitudes, así como en la jurisprudencia de nuestro país.

II. SUPUESTOS DE HECHO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

1. Determinación del régimen jurídico aplicable. (Relación jurídica médico-paciente. Contractual vs. extracontractual)

En nuestro país, se regulan de manera separada la responsabilidad contractual y la extracontractual o también denominada como aquiliana. Tienen en común que independientemente del tipo que sean, hay que verificar el daño y/o lesión de la persona paciente y los elementos subjetivos de la médica o del médico responsable, ya sea la culpa o el dolo.

Para facilitar la diferenciación, se construye el siguiente cuadro:

	Responsabilidad contractual <i>(704 a 707 Código Civil)</i>	Responsabilidad aquiliana o extracontractual <i>(1045, 1046 y 1048 Código Civil)</i>
Condiciones de aplicación	Hay una relación obligacional previa. El deber de reparación surge como consecuencia del incumplimiento de la obligación.	No hay relación previa entre la persona autora del daño y la víctima. Surge por el incumplimiento de un deber genérico de cuidado de no dañar a otros (<i>Neminem laedere</i>).
Tratamiento de la carga probatoria <i>onus probandi</i>	La víctima no está obligada a demostrar la culpa de la persona demandada (presunción). Salvo que demuestre que el incumplimiento o atraso no le es imputable por caso fortuito o fuerza mayor.	La persona damnificada debe demostrar la culpa de la persona demandada al haber desplegado un acto ilícito. Requiere demostrar la relación de causalidad directa o eficiente que existe entre el hecho y el resultado dañoso (nexo causal). Demostración del hecho dañoso.
Sobre la prescripción	La responsabilidad por daños y perjuicios prescribe con la obligación cuya falta de cumplimiento la produce (707 Código Civil). Dependiendo del tipo de obligación al que nos encontremos, así será el plazo de prescripción.	Las acciones civiles procedentes de delito o cuasidelito se prescriben junto con el delito o cuasidelito del que proceden (art. 971 del Código Civil).

A criterio de Bustamante (1997), a la hora de abordar este tema particular sostiene que “el deber de prestar asistencia médica adecuada supone que el médico fue requerido y aceptar intervenir, lo cual significa que asumió su deber de prestación médica”, por lo que la omisión de no prestar asistencia conforme a la ciencia y el arte de curar daría lugar a responsabilidad contractual (p. 510).

Considera que la mayoría de los casos de responsabilidad sanitaria serían contractuales. Sin embargo, también admite una serie de supuestos de responsabilidad extracontractual (p. 517), todas discutibles claro está, entre ellas: i. situación donde los servicios médicos son requeridos por una tercera persona, ii. cuando es prestada de manera espontánea, sin consentimiento del paciente como lo sería un accidente callejero; iii. cuando se brindan servicios contrarios a la voluntad del paciente (p. ej. suicida); iv. cuando se elabora una prescripción médica dolosa con el fin de causarle muerte al paciente.

En similar sentido, autores como Urrutia (2010) sostienen que existe un carácter predominantemente contractual entre las relaciones médico-pacientes, siendo natural que se generen “como típico contrato bilateral-obligaciones y correlativos derechos para unos y otros” (p.139).

Para ilustrar las hipótesis contractuales como extracontractuales en la responsabilidad médica, García (2010) expone cinco posibles escenarios que esbozamos de seguido.

1.1. Asistencia médica por urgencia (situación espontánea) sin un contrato

Sucede cuando el médico o la médica aborde espontáneamente en una situación de urgencia a la persona paciente (escapando de una situación donde el facultativo presta su servicio por sustitución o representación, y es totalmente fuera de un supuesto de consulta formal o de un centro de salud donde se presta habitualmente el servicio).

Refiere la autora que, de primera entrada, la lógica se inclinaría a pensar que estamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, agrega que, por tratarse de un profesional en medicina, sería discutible que para el facultativo existiría una obligación que va más allá de un genérico *neminem laedere*.

Así, bajo esas premisas, no estaría en una mera obligación de no causar daños a un tercero, sino que parece que debe observar la *lex artis ad hoc* para tratar a la persona paciente que requiere el auxilio, sin caer con su accionar en una mala praxis (incurriendo en impericia o negligencia) (p. 22).

Inclusive trae a relucir la posibilidad de concebir un cuasicontrato en dicho tipo de casos, “más concretamente ante un supuesto de negocios ajenos sin mandato” (en nuestro país, contemplados en el numeral 1043 y 1044 del Código Civil).

1.2. Asistencia médica por la existencia de un contrato (así como la responsabilidad de asistentes o auxiliares del médico o de la médica en el centro hospitalario)

Se trata del caso típico de la persona paciente que recurre a un centro de salud y, por acuerdo de voluntades, se perfecciona un contrato entre las partes. Por un lado, la médica o el médico se compromete a brindar sus servicios profesionales, y la persona paciente a cancelar el importe por su servicio (honorarios profesionales).

Bajo este supuesto, refiere García (2010) que podemos estar ante dos escenarios: primero, que la obligación asumida por el médico sea una obligación de medios por tratarse de una medicina asistencial (curativa), cuyo contrato tiene el carácter de arrendamiento de servicios; un segundo supuesto donde la obligación asumida es de resultados, donde el contrato es de obra (p. 23).

Cabe plantearnos la interrogante: ¿pueden figurar otras personas que junto con el médico o la médica resulten responsables?

Expone García (2010) que si nos enfocamos en el elemento subjetivo (relación médico –paciente) no deviene en absurdo considerar que se requiere la asistencia de terceras personas brindando como ejemplo a “un médico anestesista o personal de enfermería”, así como que la actividad debe desempeñarse en un “hospital o centro sanitario”.

Para facilitar la posible responsabilidad de esos nuevos participantes, distingue dos supuestos: primero, que también se hayan celebrado contratos con la personas que asisten en la actividad curativa del paciente, por lo que la responsabilidad sería contractual, y habría que valorar las condiciones de la contratación; el segundo supuesto donde no hay contratos.

Por tanto, para dicha autora, la persona paciente que sufre el daño causado por los y las auxiliares con que ha contratado posee dos opciones: la primera, pretender la reparación de los daños directamente del causante (régimen de responsabilidad extracontractual).

La segunda opción es abocarse contra el médico que contrató, pues a pesar de que pudo actuar conforme a la *lex artis*, él es responsable de los daños causados por sus auxiliares por una interpretación dada a la legislación española. De igual manera, brinda la opción en caso de que considere esta última opción como no viable.

La posibilidad de imputar a esos asistentes o auxiliares por un presunta culpa invigilando o in-eligiendo para nuestros efectos podría estar derivada del numeral 1028, párrafo tercero del Código Civil, el cual refiere que el que encarga a una persona el cumplimiento de uno o muchos actos está obligado a escoger a una persona apta para ejecutarlos y a vigilar la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia, y, si descuida esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios que su encargado cause a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones, a

no ser de que esa acción no se haya podido evitar con todo y la debida diligencia en vigilar.

Por último, también surge la pregunta: ¿Qué pasa con la intervención del centro sanitario en la producción de los daños a la persona paciente?

García (2010) expone que “[...] los daños se producen por inadecuación o falta de material o bien a raíz de una infección postoperatoria contraída en el hospital a causa de las deficientes condiciones higiénicas [...]”. Y que, si no media un contrato entre el paciente y el nosocomio, la responsabilidad es perfectamente ampliable a la contractual frente al médico sin perjuicio de poder valorar que el paciente extienda su reclamación a la propia clínica u hospital por la vía de la responsabilidad extracontractual.

1.3. Asistencia médica por contrato entre paciente y centro sanitario (contrato de hospitalización o clínica)

En el caso de que exista un contrato de hospitalización o de clínica, pues la responsabilidad devendría en contractual, y el alcance quedaría sujeto a las condiciones del contrato que son calificadas en doctrina como contratos atípicos complejos.

La citada autora señala que la jurisprudencia en España ha interpretado un contenido mínimo de servicios extramédicos que debían existir en dicho tipo de contratos, los cuales se les denomina “extra médicos, de hospedaje u hotelería y alojamiento”, y pueden abarcar servicios asistenciales o paramédicos (ej. vigilancia y seguridad del paciente, administración de fármacos) que no suelen ser desempeñados por el médico (p. 25).

Se aclara cómo el alcance de la obligación asumida por el centro es similar cuando se contrata directamente con la persona especialista médica, siendo abordado como una obligación de medios

(por ser medicina curativa) y, solo de manera excepcional, como una obligación de resultados.

Bajo este orden de ideas, sería el o la “titular del centro” quien responde ante eventuales lesiones o daños directamente imputables a él (p. ej. faltas o mal estados del material o medicamentos, problemas de aseo, deficientes medidas de seguridad), así como por todos los y las dependientes o auxiliares para el cumplimiento, ya sea que dependan de manera directa del hospital o no. Queda a salvo la posibilidad de que el o la paciente reclame de manera directa la responsabilidad civil extracontractual al médico o a la médica que haya causado los daños.

1.4. Asistencia médica por un seguro médico

La autora rescata que en España este tema ha sido un tanto controvertido y que no existe una clara posición en que sea contractual o extracontractual. Hay pronunciamientos jurisprudenciales en España que ven de manera restringida las obligaciones contractuales que asume la aseguradora al considerar que:

ésta tan solo asume el papel intermediaria entre el usuario y el prestador del servicio médico y, en consecuencia, que su responsabilidad no alcanza la correcta ejecución de prestación de los servicios sanitarios” frente a la cual refiere que la doctrina mayoritaria española sostiene que la propia aseguradora responde por “la adecuada prestación a sus asegurados de los servicios cubiertos por el seguro (p. 27).

Cabe indicar, como bien lo señala García (2010), que por los daños causados por el personal o clínica de los que sea titular la aseguradora no existiría la menor duda de que es responsabilidad del titular de la aseguradora, con la posibilidad de que el paciente afectado pueda reclamar la reparación de daños causados “[...] directamente del personal sanitario que le atendió, en principio

tal responsabilidad sería extracontractual [...]”, salvo en casos donde la jurisprudencia en España extiende “la calificación contractual a su responsabilidad, tanto en virtud de la doctrina de la yuxtaposición de responsabilidades, como por estimar que no puede considerarse que el centro sanitario y el propio facultativo actúen fuera de todo vínculo contractual” (p. 29).

Al respecto Gómez (2013) indica que “[...] la cobertura de riesgos de lesión derivados del ejercicio de la medicina, es posiblemente, en estos momentos, uno de los temas que más preocupan, tanto a los profesionales de la medicina como a las entidades aseguradoras y, lógicamente, a aquellos que, de una u otra manera, puedan verse afectados [...]” (p. 387).

Es innegable que muchas instancias legales vienen motivadas por la pretensión de la víctima de resarcir sus daños causados como consecuencia de un tratamiento o asistencia médica, máxime cuando saben que existen entidades aseguradoras de por medio.

1.5. Asistencia médica a una persona paciente que está afiliada a un servicio de seguridad social

García (2010) expone que el tema en España no ha sido resuelto de manera satisfactoria. Se debe determinar si lo que existe es responsabilidad contractual o extracontractual. Lo que no se puede pasar por alto es que, en estos supuestos, interviene la Administración pública. Sin embargo, si se aclara que la eventual responsabilidad del personal sanitario (persona funcionaria o contratada) frente al o a la paciente sería de carácter extracontractual.

En última instancia, aclara García (2010) que, a pesar de que nos encontremos en un ámbito contractual o no, varían circunstancias, tales como i. Condiciones de aplicación. ii. Tratamiento de la carga probatoria. iii. Sobre la prescripción. Lo cierto del caso es que la jurisprudencia española ha venido “relativizando” dicha distinción

prescindiendo de la distinción, especialmente en la sede de la responsabilidad civil médica.

Dicha relativización se produce en dos vías, primero “relativizando la trascendencia práctica de la distinción” (p. 32) por la aproximación entre los efectos de uno u otra responsabilidad (reduciendo la diferencia a la cuestión del plazo de prescripción); segundo, al prescindir de la clasificación de un supuesto u otro, pues se aplican de manera indistinta las normas de ambas clases de responsabilidad a un mismo supuesto, entrando en juego lo que en doctrina se le llama “yuxtaposición de responsabilidad contractual y extracontractual” o de “unidad de culpa civil”.

En razón de esta última doctrina, nos indica García (2010) que se ha sostenido que, para efectos de la congruencia que debe tener un tribunal al resolver, solo está vinculado a la relación fáctica de la demanda (integra la *causa petendi*) y el tribunal goza con la libertad de encuadrar la conducta del demandado en culpa contractual o extracontractual, en razón del principio *iura novit curia*.

A su vez, sostiene que la yuxtaposición se da cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y extracontractual (por deber general de no dañar) al mismo tiempo, por lo que las acciones que podría interponer la víctima pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente.

Por ello, hay autores como Asúa González (citada por García) que refieren la existencia de una zona mixta entre ambas clases de responsabilidad. Aclara la autora que esta posición de la doctrina es criticable, advirtiéndole la:

improcedencia de aplica el principio de iura novit curia en esta sede, en la medida que las consecuencia de una y otra responsabilidad son diferentes, de modo que la aplicación distinta de una u otro régimen entrañaría incongruencia por cambio de causa petendi. Todo ello sin olvidar que el rechazo de esta

doctrina no supone una desprotección del perjudicado.

2. Objeto de la prestación médica (medicina asistencial vs. medicina satisfactiva/ obligación de medios o de resultado)

Consideramos útil rescatar las definiciones dadas por Torrealba sobre las obligaciones de medios y de resultado de previo a ahondar en lo que acontece en el sector de la responsabilidad médica, aclarando antes que esta diferencia en la doctrina es atribuida al tratadista francés Rene Demogue.

En las obligaciones de medios (también llamadas de actividad o diligencia) “el deudor promete un actuar diligente” sin garantizar un resultado por lo que “el cumplimiento de las obligaciones de medios se aprecia un procedimiento similar al análisis de la culpa aquiliana”, por lo que se contrasta “el ser (comportamiento histórico del sujeto) con un deber ser (el marco deóntico que le era exigible).

Por otro lado, en las obligaciones de resultado “el deudor se compromete a la realización de un estado final de las cosas”, y su cumplimiento se analiza más objetivamente, pues bastaría verificar lo prometido con lo realmente acontecido (p.117).

Para categorizar la obligación de medio o de resultado, García (2010) hace una tajante división entre lo que considera que es medicina asistencial y medicina satisfactiva, refiriendo que ello se da gracias principalmente a la doctrina y la jurisprudencia española. Exponiendo ampliamente sus diferencias (p.16) con el fin de facilitar un abordaje comparativo de lo expuesto por la autora, se construyó la siguiente tabla:

	Medicina asistencial (curativa o necesaria)	Medicina satisfactiva (voluntaria)
Tipo de obligación del médico o facultativo	Obligación de medios Su responsabilidad quedaría supeditada a una infracción de la <i>lex artis ad hoc</i> .	Obligación de resultado
Fundamento	Supuesto en la cual se requiere atención médica por una patología o enfermedad.	Acude voluntariamente por la persona para obtener un resultado determinado.
Finalidad	Restablecer la salud o una mejoría del enfermo. Buscando el mejor resultado posible.	Se busca el resultado por el cual el paciente acude al servicio de salud.
Relación jurídica entre el médico y el paciente	<i>Locatio operarum</i> o arrendamiento de servicios (“el médico no tiene obligación de curar, sino de poner los medios para la curación).	<i>Locatio operis</i> o arrendamiento de obra
Ejemplos	El suturar una herida producto de una lesión de tránsito que causa hemorragia.	Cirugía estética (denominada como reparadora o perfectiva). Ciertos “tratamientos odontológicos y oftalmológicos o dirigidas a eliminar una función orgánica”; “vasectomía”.
Rigor del consentimiento informado	Menor rigor.	Mayor rigor, debido al carácter voluntario de la medicina satisfactiva, el paciente presta su consentimiento con libertad y conocimiento de los riesgos.
Carga de la prueba del actor (Sobre el régimen de prueba)	El actor debe demostrar: i. la no curación para que se aprecie la existencia del: a. No cumplimiento o b. Defectuoso cumplimiento que es imputable (daño). ii. La culpa (en sentido amplio sea dolo o culpa por negligencia, imprudencia, impericia / falta al deber de cuidado según <i>lex artis</i> médica); iii. Nexo causal: daño imputable al médico (relación de causalidad entre el daño y el acto médico).	El actor (víctima) se encuentra en una posición ventajosa, pues le basta acreditar el no resultado esperado. 1. La simple acreditación de que no se cumplió el resultado esperado revela: i. el incumplimiento, ii. determina una presunción de culpa del demandado, así como de relación de causalidad entre accionar u omisión del médico y el resultado dañoso. Le corresponde al médico desvirtuar la presunción de culpa y, por ende, el nexo causal entre el daño y su actuar.

De acuerdo con la tabla antes expuesta, cabe rescatar la diferenciación entre la concepción de si las obligaciones asumidas por el o la profesional en salud son de medios o de resultados y también resultarían relevantes a la hora de “apreciar la existencia de un mayor o menor rigor en el cumplimiento del deber de informar al paciente de los riesgos del acto médico”.

En otro sentido, la posición desarrollada por Calderón (2013) en su tesis de licenciatura expone su criterio de que la obligación que poseen los cirujanos plásticos o estéticos es una obligación de medios “reforzada”.

Dicha posición consiste en diferenciar las obligaciones de medios ordinarias, las cuales obligarían a una persona profesional a obrar con diligencia (sin culpa) y sostener que las obligaciones de medios reforzados obligan a una “diligencia particular” lo que denomina una especie de culpa levisima en el sentido de que “la obligación del médico de brindar un tratamiento idóneo a su paciente” p. 94 (Ramiro, 2009, citado por Calderón, 2013).

Agrega Calderón (2013) que:

[...] Al ser una obligación de medios reforzada lo que se pretende es separarla de las obligaciones de medios (las que ostentan los médicos en general) y, de esta manera, se hace mayor énfasis en los elementos de información, consentimiento informado, la relación entre médico y paciente [...]”.

Abstraigo de lo expuesto por dicha autora en su obra que a su criterio sería muy extremo obligar a los médicos a un resultado exacto. Además hace énfasis en que, en esta clase de obligaciones, lo importante redundaría a su vez en el “favor probationes o principio dinámico de la prueba, estando el médico en mejores condiciones de producir la prueba del cumplimiento” (p. 95).

Es muy respetable la posición de Calderón. Sin embargo, a criterio de estos autores parece que la responsabilidad del galeno en cirugías plásticas va más allá de una obligación de medios “reforzado” (que podría discutirse, si se está refiriendo a una de medios bajo otro nombre o calificativo) y es realmente una obligación de resultado.

Somos conscientes de que, en muchas ocasiones, el resultado exacto escapa a la experticia médica, si hay que tomar en cuenta que debe haberse procurado por el médico un resultado que cumpla la finalidad por la cual es contratado y que no desmejore la salud de la persona paciente al punto de que puede llegar a ocasionarle una pérdida de salud¹ (p. ej. i. Se contrata para eliminar un cicatriz y finalizado el tratamiento, la marca de la cicatriz continúa siendo la misma o empeora; ii. o una liposucción para eliminar grasa y, con ello, pasar de obeso a delgado, al finalizar la intervención continúa con los mismo centímetros de cintura; iii. o se contrata para una rinoplastia funcional (septorrinoplastia) y mejorar el paso del aire por las fosas nasales y, al finalizar, queda igual o aún peor).

Aunque el asunto es muy casuístico y entran en juego particularidades de la persona paciente, sería contraproducente que no se estime la existencia de una verdadera obligación de resultados. Pensar lo contrario sería el caldo de cultivo para generar hasta cierto punto un ámbito de “irresponsabilidad” para con el médico o la médica especialista que se preparó varios años para desarrollar su particular experticia y que, por lo general, solicita una contraprestación económica bastante alta para desplegar sus servicios especializados, máxime cuando de por medio se ha comprometido (obligación contractual previa) en modificar (ya sea aumentar, disminuir, desaparecer o introducir) un aspecto físico de la persona paciente que escapa del ámbito curativo y entra en la zona de lo estético. Claro está, queda a salvo la responsabilidad del médico o de la médica de desvirtuar el nexo causal entre su actuar y el daño alegado por el o la paciente.

1 Tomando relevancia la frase *primum nil nocere* o *primum non nocere* traducida al castellano sería: “lo primero es no hacer daño”, atribuida popularmente al galeno Hipócrates, considerado uno de los padres de la medicina, ampliamente conocido por su Juramento Hipocrático.

Lo cierto del caso es que en doctrina la situación de que si las acciones desplegadas por médicos cirujanos **son de medios o resultados** no es un

asunto pacífico, para efectos de facilitar un rápido abordaje al respecto. Se cita la posición de varios autores en el siguiente cuadro:

Responsabilidad médica desempeñada por los médicos cirujanos	
Posición a favor Obligación de medios	Posición a favor Obligación de resultados
"[...] se impone juzgar que esta obligación es de medios, incluyéndola en la misma categoría que el resto de las especialidades quirúrgicas aunque tiene sus particularidades y, sobre todo, mayor exigencia en cuanto al deber de información y consentimiento del paciente" (Manuel Cornet, Argentina)*.	"[...] cabe distinguir aquellos casos de alea disminuida: intervenciones quirúrgicas menores (fimosis, amígdalas) siempre que se realicen en circunstancias normales; en ellos podría hablarse de un resultado, mientras que en los demás supuestos hay una obligación de medios". (Joaquín Ataz López, España)*.
"[...] en todas las hipótesis se compromete a una obligación de medios debido al carácter aleatorio de la empresa quirúrgica y médica en general, resultando imposible garantizar un resultado, a pesar de que los adelantos tecnológicos aplicados a la ciencia médica nos convenzan de un alto grado de probabilidad de éxito [...]". (María del Carmen García Sánchez, Argentina)*.	"[...] la medicina satisfactiva es aquella a la que se acude voluntariamente para alcanzar un resultado determinado, una transformación satisfactoria del propio cuerpo, de suerte en ella que el resultado esperado actúa como auténtica representación de finalidad que desarrolla el profesional. En este caso, la relación entablada entre el paciente y el facultativo es calificable como locatio operis o arrendamiento de obra y, por consiguiente la obligación asumida por éste es una obligación de resultado [...]" p.10. (García G, María del Carmen, 2010. España.).
"[...] que las obligaciones que asumen los cirujanos en toda actividad quirúrgica -incluida, por ende, la que es propia de los cirujanos plásticos- deben ser calificadas como de medios y no como de resultados [...]". (Amílcar R. Urrutia, Argentina)*.	"[...] Se afirma por un sector de la doctrina que la obligación de medios bien sea que derive de un contrato o de una relación extracontractual entre las partes y será de resultados cuando se trate de casos muy específicos en donde el paciente acude con el galeno no para la curación de una dolencia sino para el mejoramiento o modificación de su aspecto físico o estético, casos en los cuales el médico se obliga a mejorar o modificar el estado del paciente [...]" (p. 207). (Montoya P., María del Carmen. S. F., México).
Nota: Cuadro elaborado bajo las citas realizadas por Calderón (2013) p. 90-92*, así como por el autor español y el mexicano antes citados.	

3. En atención a la naturaleza pública o privada del centro hospitalario

Dicha diferencia resulta relevante para efectos de determinar la competencia del juez o de la jueza que conoce del caso. En nuestro país, si obedece a la naturaleza privada, sería competencia de los juzgados civiles. Sin embargo, en caso de que se traten de centros médicos de carácter estatal o público, o si están demandadas ambas entidades tanto públicas como privadas², sería conocido en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para las pretensiones indemnizatorias de las personas beneficiarias de seguridad social, dichas víctimas pueden acudir a demandar a la CCSS por el servicio brindado en los centros adscritos a esta (sean hospitales, equipos básicos de atención integral en salud y áreas de salud) así como los daños ocasionados por un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos³ con la particularidad de que no responderían por los perjuicios en caso de estar ante el primer supuesto.

En ambos supuestos, la víctima podría acudir a la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva, en el sector público, en razón del numeral 190 de la Ley General de la Administración Pública y en el Sector Privado, producto del artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

Los tribunales costarricenses, como en la sentencia número 00266-2009 del Tribunal Segundo Civil, Sección 1, han sostenido que la imputación objetiva derivada de actuaciones de funcionarios provenientes de la Administración pública no se agota en la entidad pública proveedora de un servicio o producto (ya sea la CCSS), según se desprende del artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, ya que de una interpretación del numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, la responsabilidad se extiende de forma solidaria al personal especializado o de cierta categoría que labora en ella que formó parte de la relación de causalidad del daño.

Dicha sentencia hace referencia a una categoría de trabajadores (“[...] Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control [...]”) que “debido a sus funciones particulares, puede imputárseles responsabilidad en el supuesto de un daño causado a la persona consumidora o usuaria, ya sea con ocasión del bien o servicio brindado, o por informaciones inadecuadas o insuficientes respecto de éstos o de su utilización y riesgos” de una interpretación del artículo 35, párrafo segundo de la Ley de Protección al Consumidor.

2 Con fundamento en el artículo 5, inciso A (del cual se rescata la improrrogabilidad de la competencia hacia la vía civil siempre y cuando esté inmerso un ente público como lo es la Caja Costarricense del Seguro Social) y 43 del Código Procesal Contencioso Administrativo (donde en atención a una interpretación dada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, existe una especie de fuero de atracción interno de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, significando que si existía una pretensión del contencioso administrativo, las otras pretensiones relacionadas con dicha pretensión material podrían dilucidarse en el mismo contencioso, aunque no sean propias de dicha jurisdicción).

3 Nuestra legislación realiza una distinción donde los daños sufridos por la víctima debido al funcionamiento normal de la administración únicamente podrían dar lugar a pretensión de daños mas no de perjuicios. Se extrae del numeral 194 de la Ley General de la Administración Pública que, en los casos de funcionamiento lícito y normal, procede únicamente la indemnización de los daños, mas no de los perjuicios. Contrario sensu, si el funcionamiento fue anormal, si sería posible reclamar daños y perjuicios. A todas luces son criticables, la constitucionalidad de dicha norma por vulnerar el principio de igualdad, porque los mismos supuestos acontecidos en el sector privado podrían dar lugar a responsabilidad y, por ende, resarcimiento por daños y perjuicios, siendo irrelevante el calificativo de funcionamiento normal o anormal del centro de salud privado.

III. SOBRE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN Y LA RELATIVIZACIÓN DEL CARÁCTER SUBJETIVO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

En el moderno derecho de daños, no se centra la mirada en visualizar tanto el reproche de la culpa del agente causante del daño, sino en brindar soluciones jurídicas que tiendan a garantizar la efectiva satisfacción cuando no existan razones que sea ella quien tenga que soportarlos. Ello no significa que exista preponderancia en esta materia a ocuparnos de un criterio de imputación objetiva.

La autora García (2010) evidencia que, en la doctrina y la jurisprudencia española, hay una prevalencia a defender el carácter subjetivo de la responsabilidad médica, pues únicamente con excepciones, se ha admitido cierta flexibilidad en razón de criterios de justicia material donde se flexibiliza la carga probatoria asumida por la víctima del daño en un “sistema culpabilístico”.

Esta situación es muy similar a lo que acontece en nuestro país, pues como veremos líneas más adelante, nuestra jurisprudencia ya ha admitido criterios de imputación objetiva, tanto en el ámbito de servicio prestado por un ente público o uno privado.

Hay un tipo de responsabilidad subjetiva porque asume un criterio de imputación basado en el dolo y la culpa del productor del daño para determinar su responsabilidad. Y conforme al artículo 1045 del Código Civil, se estipulan el dolo y las diferentes formas de expresión de la culpa como factores determinantes para la atribución de responsabilidad al infractor.

Es importante resaltar que, en el campo que nos ocupa, hay que tomar como punto de partida a la

hora determinar si un médico o una médica actuó con culpa o no, a efectos de aplicar un criterio de responsabilidad subjetiva, a la *lex artis ad hoc*, principalmente en el ámbito de las obligaciones de los medios (propio de la medicina asistencial). Entendido dicho término, de acuerdo con el voto de los tribunales de España RJ 200, 5890 del 23 de septiembre de 2004, citado por la autora como el deber del facultativo:

de tomar en consideración el caso en concreto que se produce la actuación o intervención médica y las circunstancias en las que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del actor; de acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y en su caso, la influencia de otros factores endógenos –estado de intervención del enfermo- o exógenos –la influencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida (p. 57).

En similar sentido, en nuestro país, en el voto n.º 00875 del 2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado en el sentido de que la actividad profesional médica debe regirse por la *lex artis* definiéndola como: “[...] una actividad encuadrada en las pautas y reglas que natural y armoniosamente derivan del estado del conocimiento técnico - científico actual, integrando también normas de la deontología [...]”.

Se aclara que esta hace necesariamente referencia a normas de carácter profesional, así como a criterio éticos, donde la obligación del galeno es: “[...] poner todos los conocimientos a la orden del paciente a los efectos de mejorar su salud (obligación de medios) y cuando son insuficientes, deben realizarse interconsultas,

trabajando interdisciplinariamente a efectos de buscar lo adecuado para su beneficio, pero no puede asegurársele, la cura total (obligación de resultados) [...]”. Finalmente, este valioso voto termina extrayendo un principio que indica: “[...] el paciente ingresa al centro hospitalario para curarse, no para enfermarse más [...]”.

Es oportuno hacer ver que existirán circunstancias donde existe “[...] 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 ocasiones tratadas por nuestros tribunales como fuerza mayor. (Voto n.º 023-1993 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia).

Se rescata de dicho voto que hay que ser cautelosos de que, para definir la culpa en

la prestación o ejecución del tratamiento médico, debe comprobarse la negligencia o imprudencia del galeno, no siendo imputables las afecciones (daños) que podrían ser derivadas como consecuencia “natural” del tratamiento o intervención médica brindada (**iatrogenia**)⁴.

Los criterios objetivos aplicables al tema de la responsabilidad médica que han sido tratados en la jurisprudencia costarricense⁵ son los siguientes:

1. Criterio de imputación objetiva derivado del artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública

El numeral 190 de la Ley General de la Administración Pública establece: "La administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo,

4 Iatrogenia según el dictamen médico legal transcrito en el voto n.º 023-1993 que nos ocupa 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”. En criterio personal de esta definición pareciera que el término engloba una especie de “margen de error a pesar de una buena praxis” que le es “admisible” a los profesionales médicos a la hora de desempeñar su “lex artis”, sin embargo, como veremos en la próxima sentencia de la Sala I el término es redefinido. A manera de comentario nos permitimos exponer como Otero (2017) comenta como en España la “Iatrogenia” es un lastre en el gasto hospitalario comentando como la “Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria, (SESPAS) junto a la Organización Médica Colegial (OMC), han presentado el primer informe sobre iatrogenia, es decir, el daño producido como consecuencia de intervenciones médicas y sanitarias en España que ya supone el 15 % del gasto hospitalario”. No ahondaremos más al respecto por no ser propiamente la razón de la presente investigación; pero consideramos oportuno indicar que, en dicho artículo, el concepto es definido como “[...] todos los daños en la salud como consecuencia de la atención sanitaria, no específicamente negligencias médicas, sino errores por omisión, por decisiones no tomadas; decisiones incorrectas o efectos secundarios de tratamientos así como a intervenciones quirúrgicas y procesos de rehabilitación; exceso de medicación; falta de recursos sanitarios, entre otros factores” lo que de alguna manera evidencia que el concepto muchas veces se puede concebir como más amplio. Se admite que uno de los principales problemas al que se enfrenta el estudio de la iatrogenia es “[...] la falta de información a la hora de identificar cómo se produce, cuándo y qué situaciones se han generado por ello [...]”. Recuperado de: <http://periodistas-es.com/iatrogenia-lastre-gasto-hospitalario-espana-91114>

5 Para la redacción del artículo y principalmente de este acápite, se revisan varios pronunciamientos que se refieren de manera directa al tema en estudio. En relación con el criterio de imputación objetiva derivado del artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, se deduce del estudio de los siguientes votos: 1. Voto n.º 023-1993 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Expediente: 93-000023-0004-CA. 2. Voto n.º 00875 del 2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Expediente: 02-000259-0163-CA. 3. Sentencia 00266-2009 del Tribunal Segundo Civil, Sección I. Expediente: 05-001268-0182-CI. 4. Sentencia 00016 -2012 Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II. Expediente: 94-000524-0177-CA. 5. Voto n.º 18-2009. Tribunal Contencioso Administrativo. Expediente número 03-000128-0163-CA. 6. Sentencia n.º 33-2010. Tribunal Contencioso Administrativo. Expediente número 05-000201-0163-CA. 7. Sentencia n.º 97-2016. Tribunal Contencioso Administrativo. Expediente número 14-009345-1027-CA. 2. Criterio de imputación objetiva derivado del numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor se extrajo del estudio de los siguientes votos: sentencia: 00266 -2009 del Tribunal Segundo Civil, Sección I, sentencia 00266-2009 del Tribunal Segundo Civil, Sección I. Expediente: 05-001268-0182-CI. 2. Sentencia 56 -2016 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II. Expediente: 06-000507-0163-CA 3. Voto n.º 149-2012. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero".

De dicho numeral, se deriva que efectivamente estamos ante un sistema de responsabilidad preeminentemente objetiva de la Administración donde el Estado a través de la CCSS sería el responsable frente a una persona particular que haya sufrido una lesión que no tiene el deber de soportar y que haya sido provocada por un funcionamiento público, ya sea normal o anormal.

Por ello, para que haya responsabilidad de la Administración basta que exista relación causal entre la conducta o situación que motiva el daño y el que sufre la víctima, ligamen que se rompe en caso de que medie algún eximente de responsabilidad a saber: fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.

2. Criterio de imputación objetiva derivado del numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

Por otro lado, de una interpretación del numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, se ha establecido que el productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de la culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o del servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Queda como eximente de responsabilidad que el causante del daño demuestre que ha sido ajeno al daño.

Por ello, a criterio de los autores, podría interpretarse que, a cualquier entidad pública proveedora de bienes y servicios médicos o de salud, ya sea pública o privada, podría imputársele responsabilidad objetiva.

Aunado a ello, cabe rescatar que el artículo 2 de dicha misma normativa que define al proveedor como:

“Toda persona física, entidad de derecho o de derecho, privada o pública que, en nombre propio o por cuenta ajena, se dedica en forma habitual a ofrecer, distribuir, vender, arrendar, conceder el uso o el disfrute de bienes o a prestar servicios sin que necesariamente ésta sea su actividad principal [...]”.

Los criterios de imputación objetiva del numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y del 190 de la Ley General de la Administración Pública no son excluyentes entre sí y pueden coexistir. Es posible que, en supuestos de implementación de servicios médicos estatales, se posea el criterio de aplicar el numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor la Responsabilidad y se extienda de forma solidaria al personal especializado o de cierta categoría que labora en ella que formó parte de la relación de causalidad del daño.

A su vez, el mismo numeral 35 supracitado, párrafo segundo, permite que a los técnicos, los encargados de la elaboración y el control que “debido a sus funciones particulares, puede imputárseles responsabilidad en el supuesto de un daño causado a la persona consumidora o usuaria. Esto, con ocasión del bien o servicio brindado, o por informaciones inadecuadas o insuficientes respecto de éstos o de su utilización y riesgos”. (Sentencia 00266-2009 del Tribunal Segundo Civil, Sección I. Expediente: 05-001268-0182-CI), y respondan solidariamente por los daños y perjuicio ocasionados.

De seguido, se expondrán otros criterios narrados por la doctrina nacional y española, en los cuales se sostiene la existencia de factores de atribución de responsabilidad objetiva o, al menos, una

especie de flexibilización o variación a la subjetiva, además de los dos ya esbozados líneas atrás, de la siguiente manera:

2.1. Por incumplimiento de las obligaciones de resultado

Este es una imputación a la responsabilidad objetiva, por cuanto aquí el o la profesional en medicina adquiere el compromiso con la persona paciente, sobre la aplicación de un tratamiento o intervención quirúrgica, a fin de obtener una producción o mantenimiento que sea determinado en el estado fáctico del paciente. Por ello, el autor Torrealba (2011) señala que:

*Las obligaciones de resultado se contraponen a las obligaciones de medios, que son aquellas en las que el deudor se obliga a obrar con diligencia, sin garantizar un resultado específico. Respecto de las **obligaciones de resultado, la responsabilidad del deudor no se valora con arreglo a criterios de diligencia o pericia exigibles [...], sino mediante la comparación objetiva entre el estado de cosas a la fecha de la exigibilidad de la obligación y el contenido de la obligación**” (p. 59). (El subrayado y la negrita no son del original).*

Por ende, lo que interesa es que se conserve intangible la salud del paciente, como objeto de esa obligación de resultado, y no resulta factible alegar falta de culpa o conducta diligente.

2.2. Por incumplimiento de un deber de información

Bajo este enfoque de la responsabilidad médica, media una relación del o de la profesional en medicina y la persona paciente, sobre cualquier acto médico, tal y como se observará en el apartado cuarto.

Resulta indispensable la información como pilar fundamental en dicho binomio, por cuanto en este caso, la médica o el médico que dispone de conocimientos generales y especializados sobre el campo según se consulte está en la obligación de dar una información clara, concreta y suficiente sobre el tratamiento o la intervención quirúrgica que se debe aplicar a la persona paciente, ya sea por medicina curativa o voluntaria, así como las consecuencias y riesgos que se puedan desprender, y lo debe realizar no solamente previo al perfeccionamiento del acto, sino también en la ejecución del contrato.

Nótese que este deber de información para obtener un consentimiento informado constituye un derecho fundamental de la persona paciente, derecho de personalidad, el cual es un bien tutelado, en nuestra Carta Magna, mediante el artículo 46:

Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a un trato equitativo. (El subrayado y la negrita no son del original).

La persona paciente tiene arraigado ese derecho, al pasar a convertirse en una consumidora de servicios médicos, tanto en forma privada como pública, ante la Caja Costarricense del Seguro Social.

Por ello, de igual manera, mediante los artículos 32, 34, 35 y 37, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor también tutela ese derecho de información, y, específicamente, el numeral 35 acredita que aquella persona que se encuentre perjudicada por el bien o el servicio, debido a una información insuficiente o inadecuada de la utilización o bien de sus riesgos, señala la responsabilidad objetiva ante ese incumplimiento.

Al respecto, también indica el autor Torrealba (2011) que, conforme al artículo 59 del Código Civil, aunque la vulneración de esa obligación de información no produzca daño físico en el paciente, da derecho a una indemnización por daño moral, debido a que incurre en lesión al derecho de personalidad, precisamente sobre esa libertad de elección o no, basada en una información adecuada y suficiente, en cuanto al tratamiento o el procedimiento médico al que fue sometida la persona paciente.

A todas luces, se denota que no basta el hecho de que el médico o la médica haya realizado el acto médico o la intervención quirúrgica en forma diligente, sino que la responsabilidad se imputa al no haberse informado correcta y adecuadamente de las consecuencias y riesgos de ese tratamiento o de la intervención. Por tanto, la autora García (2010) recalca que esa es la línea en la jurisprudencia española, estimando esa responsabilidad sobre el facultativo, por lo cual agrega que:

De modo que en este caso no será preciso acreditar su culpa o negligencia para imputarle la responsabilidad, bastando alegar el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de su deber de informar (p.79). (El subrayado y la negrita no son del original).

No obstante, esta obligación de información tiene salvedades, como el caso del paciente en situaciones de emergencia o de inconsciencia, o bien tratándose de persona menor de edad que, bajo el interés superior del niño, el cual es un derecho reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, garantiza ese principio, aunque no coincida con la voluntad de los padres o personas encargadas del menor.

2.3. La presunción de la culpa en los supuestos de daño desproporcionado

Al visualizar que la producción de un mal resultado en el acto médico practicado a la persona paciente que genera un daño desproporcionado en lo que podría ser objetivamente usual se atañe a la negligencia o penuria de los medios empleados por el o la profesional en medicina, o el descuido en su utilización, a todas luces, podemos deducir que esta responsabilidad civil médica es de carácter subjetiva por mediar la figura de la culpa.

Al respecto, la autora García (2010) señala que esta doctrina es admitida incluso en el derecho comparado, conocida como la regla *res ipsa loquitur*, la cual se define como que la cosa habla por sí misma, referida como la evidencia fundamental sobre la deducción de una negligencia por parte del galeno.

Pero la autora señala que algunas sentencias españolas invocan esta doctrina del resultado desproporcionado, bajo la consideración de que la culpa corresponde al criterio de imputación de la responsabilidad civil médica, a la luz del régimen objetivo de responsabilidad amparado por la legislación que tutela los derechos de los consumidores.

Sin embargo, esta doctrina no afecta el régimen de la carga probatoria sobre esa culpa en la responsabilidad médica, por cuanto el parámetro esencial es dilucidar sobre el paciente perjudicado la falta de prueba de la diligencia en el acto médico, al tratarse sobre una base de presunciones.

Por último, no podemos dejar de lado que, si la prestación de servicio médico se lleva a cabo en un centro sanitario, también su titular sería responsable por los daños causados al paciente atendido dentro de sus instalaciones, perfectamente achacables de manera solidaria, si

existió concurrencia de culpa por parte del ente privado o público.

No obstante, la normativa, la doctrina y la jurisprudencia han ido más allá admitiendo la posibilidad de criterios de imputación objetiva en este tipo de casos. Por eso podemos hablar a su vez de responsabilidad hospitalaria.

Abarcada, *grosso modo*, esta relativización del carácter subjetivo de la responsabilidad civil médica, es oportuno indicar que nuestra posición en cuanto a la utilización de los factores objetivos, al contrario de lo que ocurre con la culpa, es que deben ser expresamente previstos en la ley, dado su carácter excepcional en el sistema de la responsabilidad civil. De lo contrario, podrían dar pie a abusos y supuestos de enriquecimiento abusivos o sin causa.

Así existen autores muy recelosos de considerar la culpa como el único fundamento admisible de la responsabilidad civil, como Henry y León MAZEAUD en el *Tratado teórico- práctico de la responsabilidad civil* (citados por Torrealba, p. 255).

3. La distribución dinámica de la prueba

El ejercicio de la carga probatoria en el régimen de responsabilidad civil médica resulta ser fundamental, más cuando nos encontramos la figura de la culpa, y nos ubicamos en un piso de vidrio basado en meras presunciones.

La autora García (2010) señala que, tratándose del régimen subjetivo de la responsabilidad civil, por culpa, le corresponde al actor acreditar el daño que se le causó, demostrando el nexo causal entre ese daño sufrido en concordancia con la conducta o la omisión del causante, quien es el profesional en medicina que incurrió en culpa o negligencia.

Sin embargo, bajo el instituto de la “distribución dinámica de la prueba”, no es que se altera ese criterio para la imputación de la responsabilidad civil, sino que simplemente se atribuye la carga probatoria a cualquiera de las dos partes involucradas en el proceso para que posean mejores condiciones y accesibilidad del medio probatorio, con el fin de acreditar un hecho.

En esta misma línea de pensamiento, agrega que:

*La Jurisprudencia ha aplicado esta doctrina en el ámbito sanitario con respecto **a la prueba del cumplimiento del deber de informar al paciente**, antes de recabar su consentimiento para someterle a un determinado acto médico (p. 80). (La negrita y el subrayado no son del original).*

De tal forma, en este caso, la carga probatoria recae sobre la parte, la cual es responsable de haber brindado la información al paciente. También puede darse por excepción una inversión en la carga de la prueba, sobre los casos de nexo de causalidad, en responsabilidad médica o de otras personas profesionales en salud.

IV. CONSENTIMIENTO INFORMADO

Al hacer un registro de análisis sobre la relación médico-paciente, la cual alcanza gran relevancia jurídica en una sociedad contemporánea, nos encontramos con la evolución de un paciente como sujeto pasivo a pasar ser un sujeto activo, titular de derechos, en la asistencia médica que comprende tanto la curativa como la estética.

A partir de los derechos humanos que tutelan el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad de conciencia y a esa libertad personal no solamente de tránsito, sino también de decidir y disponer por sí mismo de sus actos y de su propio físico, los cuales son reconocidos y plasmados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en

nuestra Carta Magna, surge un pilar fundamental en esta relación que constituye el principio de autonomía de la voluntad de la persona paciente.

De lo anterior, se desprende que la persona paciente como sujeto titular de derechos, en primer lugar, debe ser informada de los tratamientos o cirugías a las que debe ser sometida, así como las consecuencias que se pueden generar, ya sea tanto por una condición necesaria para mejorar su estado de salud o por disposición de voluntad para cambiar su estética. En segundo lugar, debe existir el consentimiento por parte de la persona paciente a ese acto médico, esa libertad de expresión ya sea en forma oral o escrita, puesto que estos dos elementos de información y consentimiento son lo que denominamos “consentimiento informado”.

Al respecto, en el artículo 49, el Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica establece que:

El médico está obligado a informar a sus pacientes sobre el riesgo presente o eventual de cualquier medicamento, procedimiento médico o quirúrgico. No debe emprender ninguna acción sin el consentimiento previo del paciente o de su representante legal si es menor de edad o está legalmente incapacitado, exceptuados los casos de absoluta imposibilidad o urgencia.

Por ello, se desprende que efectivamente tanto el principio de autonomía de la voluntad como el consentimiento informado caminan aparejados en esta relación médico-paciente, como expresión de la libertad humana, sin que exista algún tipo de coacción, y como la consagración de los derechos fundamentales de la persona paciente, sin que pueda existir algún tipo de discriminación por sexo, por razones económicas, de tipo social, ideología, religión, raza o política.

Ahora bien, el consentimiento informado conlleva a una trascendencia práctica por una creciente importancia en las últimas décadas, al momento de darle un enfoque desde la responsabilidad civil médico-sanitaria, al tratar de excluir o bien imputar los daños, secuelas o el resultado negativo de las intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos hacia las personas pacientes.

Por tanto, señala García (2010) que el médico debe realizar un buen proceso de información, así como una debida praxis y, por otro lado, el paciente debe asumir las consecuencias de su elección.

Deber de información a la persona paciente

Podemos señalar que uno de los aspectos conflictivos es la falta de información completa, clara, oportuna, verdadera y suficiente, tanto a la persona paciente como a sus familiares, al momento de aplicar un tratamiento o intervención quirúrgica, lo cual es un deber de los y las profesionales en medicina.

La información es un elemento esencial de este instituto de consentimiento informado, ya que este debe ser de tal alcance que le permita a la persona paciente, en forma consciente, tener conocimiento para la toma de decisiones, pese a las circunstancias o consecuencias que puedan afectar su salud.

En ese sentido, la autora García (2010) señala que:

Tal es la importancia de la información suministrada al paciente en orden a determinar el alcance y la validez del consentimiento al acto médico manifestado por éste, que el Tribunal Supremo ha destacado atinadamente que la obligación de informar al paciente, así como de recabar posteriormente su consentimiento,

constituye un elemento integrante de la lex artis específica del médico.

De esta manera, la importancia de la información médica a la persona paciente evidentemente es de gran relevancia, la cual incluso está contemplada en el artículo 50 del Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, el cual señala:

El médico tratante deberá informar a su paciente de manera veraz y en lenguaje comprensible acerca de:

- a) Su identidad, el área de su competencia profesional y sus límites.*
- b) El diagnóstico, alternativas de tratamiento, sus riesgos y beneficios*
- c) El pronóstico de su enfermedad. Cuando la atención sea realizada en equipo, uno de sus integrantes será responsable de establecer la interlocución principal con el paciente.*

En ese sentido, el artículo 51 del mismo código de rito estipula que esa información debe ser brindada siempre con la debida prudencia y expresiones mesuradas, cuando a juicio del médico, se pueda causar sufrimiento grave al paciente.

Por otra parte, un punto de gran interés es que el mismo articulado establece el respeto a la voluntad del paciente de no ser informado, o bien, cuando delega ese derecho a otra persona, para lo cual el galeno debe dejar constancia escrita de esa situación en la historia clínica.

Esta renuncia como derecho del paciente a no ser informado debe ser clara, concreta, directa, y no debe ser por mera presunción. Si bien es cierto esta se constituye en un derecho, lo cierto del caso es que parece ser un abusivo ejercicio de la propia autonomía de la voluntad, por cuanto el derecho de libertad con el de la libre disposición del físico del paciente está de la mano precisamente con esa información por parte del médico, al someterse a

un tratamiento, ya que dicho actuar evidentemente le puede generar consecuencias inesperadas a la misma persona paciente.

Bajo este mismo espectro, señala García (2010) que esta facultad del paciente puede generar una delimitación a la responsabilidad civil del médico, por cuanto la negativa a ser informado válidamente por aquel paciente que tiene capacidad de ello y de lo cual se deja constancia, a todas luces limita esa responsabilidad del galeno hacia la realización de la práctica del acto médico, en cuanto a la materialización de riesgos y las complicaciones que se puedan generar al momento de la intervención.

1.1. Contenido de la información

Lo referente al contenido de la información que él o la profesional en medicina debe suministrar a la persona paciente fluye tanto en la medicina curativa, bajo la excepción de que se encuentren con intervenciones de urgencia y necesarias para mejorar el estado de salud o bien salvar la vida de una persona, así como en la medicina que se realice por voluntariedad o estética.

Dicha información debe comprender en forma adecuada y suficiente los riesgos y complicaciones que se pueden generar con la aplicación del tratamiento, o bien, por la intervención quirúrgica, así como de las circunstancias que pueden incidir en el diagnóstico, alternativas terapéuticas con riesgos y beneficios.

Por ello, García (2010) recalca que el médico debe informar tanto de aquellos riesgos que sean típicos, propios, inherentes al acto médico que se va a practicar al paciente, así como de los que estadísticamente no son frecuentes, o de aquellos que son excepcionales, por cuanto lejos de perder importancia, resultan ser de gran relevancia. Esta obligación siempre debe extenderse a las

consecuencias postoperatorias y cuidados que deba tener posterior al acto médico.

Esto resulta evidentemente necesario para que surja el consentimiento informado y, por ende, la eficacia de la legitimación de la actuación médica.

2. Consentimiento informado en relación con la responsabilidad médica

Este instituto del consentimiento informado en relación con la responsabilidad médica ha atravesado toda una evolución en diferentes etapas de la historia, marcada por costumbres, usos y una línea de paternalismo que generaba una relación vertical entre el profesional de medicina y la persona paciente, siendo esta última un sujeto pasivo, tal y como lo indicamos líneas atrás.

En la sociedad moderna, la persona paciente se constituye en un sujeto activo ahora definido como titular de derechos. Por eso se trata de definir el consentimiento informado bajo el enfoque de la relación con la responsabilidad médica.

Bajo esta misma línea de pensamiento, se desprende que el artículo 52 del Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica comprende este instituto del consentimiento informado, señalando que debe prevalecer en toda atención médica, ya que, ante la presencia de un riesgo significativo para el paciente por el procedimiento diagnóstico o terapéutico, debe aún brindar información adicional de riesgos y beneficios que conlleven para obtener ese consentimiento específico para llevarlo a cabo.

Ahora bien, tal y como lo indica el artículo 53 del mismo cuerpo legal, el profesional en medicina debe consignar ese consentimiento de la persona paciente, siendo necesario cuando es exigido por ley o reglamento.

Por otra parte, la Ley General de la Salud (Ley N.º 5395), entrada en vigor en 1973, señala que la salud de la población es un bien tutelado por el Estado y regula la obtención de lo concerniente al consentimiento informado:

*ARTÍCULO 22.- Ninguna persona podrá ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico que implique grave riesgo para su integridad física, su salud o su vida, **sin su consentimiento previo o el de la persona llamada a darlo legalmente** si estuviere impedido para hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de urgencia. (La negrita y el subrayado no son del original).*

De esta forma, los artículos 25, 26, 27, 67 y 68 de la misma ley establecen el consentimiento informado como el requisito obligatorio en caso de someter a una persona a un tratamiento médico o quirúrgico y, de igual forma, en caso de experimentación para la aplicación de medicamentos o experimentación clínica.

Atendiendo a lo anterior, este consentimiento informado es un bien jurídico tutelado a la persona paciente, por lo que su violación puede generar responsabilidad civil al profesional médico con respecto a los daños y lesiones que se puedan derivar de ese acto médico, independientemente de que este haya utilizado medios y técnicas conforme a la ciencia médica, y que se practicarán de manera adecuada.

Al respecto García (2010) señala que esa lesión a la autonomía del paciente puede constituir el daño que se deba reparar, siendo preciso que medie una relación de causalidad entre la falta de consentimiento informado y el resultado dañoso, la cual se puede apreciar:

En particular, cuando los daños se producen al no haber sido informado el paciente de los cuidados y precauciones que debía adoptar con posterioridad a la intervención médica (p. 104).

En ese sentido, esa falta de información da permisibilidad de imputar en forma objetiva los daños causados por un acto médico, aunque la actuación haya sido correcta, por cuanto el hecho de realizar un acto médico sin tener el consentimiento informado asume los riesgos de su actuación. Por tanto, se agrega que:

La relevancia de la infracción del consentimiento informado debe concretarse más que en términos de infracción de la lex artis o negligencia, en términos de imputación objetiva, predicables tanto del régimen subjetivo aplicable en el ámbito de la sanidad privada, como del régimen objetivo propio de la sanidad pública (p. 105).

Ahora bien, para garantizar que efectivamente el profesional médico cumplió con el instituto del consentimiento informado, este debe instrumentalizarse, para lo cual el autor Chepe (2010) señala que:

El documento por excelencia para instrumentar el consentimiento informado es la historia clínica o la ficha médica del paciente.

Es realmente indispensable el hecho de que la o el profesional en medicina registre la historia clínica para excluir la responsabilidad civil, dejando constancia de haber informado a la persona paciente de riesgos, ventajas de un tratamiento y sus alternativas, mejor que un formulario preimpreso que el paciente tiene que firmar al ingresar al establecimiento.

A todas luces, se desprende que la exigencia del consentimiento informado constituye la justificación misma de la legitimidad hacia el acto médico, conforme al derecho de la persona paciente a los principios de autonomía y autodeterminación.

Ahora bien, esta información recibida por el o la paciente se trata de un proceso gradual, por cuanto se extiende a lo largo de todo el proceso asistencial realizado dentro de esa relación médico-persona enferma donde esta última toma decisiones en cuanto al diagnóstico y tratamiento que se va a aplicar en concordancia a la enfermedad.

Este consentimiento informado por regla general puede ser oral, verbal, pero se deberá instrumentalizar por escrito, tratándose de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes notorios y previsibles en forma negativa sobre la salud de la persona persona paciente.

2.1 Relación médico-paciente

Precisamente en la actividad médica, encontramos la conexión de relación entre el médico o la médica y la persona paciente, la cual se unifica por la existencia de actos médicos. Y, si partimos de que el acto médico es esa actuación de la persona profesional en medicina que, ante el pedido o necesidad de la persona paciente, sea por medicina curativa o bien medicina voluntaria satisfactoria, llevan a cabo un conjunto de actuaciones para mejorar o colaborar en el estado de salud del paciente. Es ahí donde a todas luces podemos señalar que el instituto del consentimiento informado forma parte de esta actividad médica.

Al respecto, al hacer referencia al acto médico, el autor Chepe (2010) señala que este:

Está conformado por todas las conductas desplegadas por un médico dentro del marco del desarrollo del ejercicio de su profesión, lo cual incluye toda la relación médico-paciente desde las etapas preliminares de conocimiento y análisis, hasta las etapas

posteriores al tratamiento como la evolución y rehabilitación del paciente.

Dicho acto médico solo puede ser ejercido por la persona que es titulada como médica y que es una profesional de gran importancia en el sistema de salud, la cual no puede actuar en una forma arbitraria, ni tener la libertad absoluta para tomar decisiones, sino que, por el contrario, en el acto médico, toda actuación que realice debe ir en dirección del objetivo de lograr curar a la persona paciente enferma, o bien, de buscar la satisfacción en la medicina voluntaria. En caso contrario, se analiza la responsabilidad civil, ya que no podemos dejar de lado que la medicina va de la mano con el derecho, al protegerse y tutelarse derechos fundamentales.

2.1.1. Principios y características del acto médico

El abordaje de esta relación médico-paciente comprende una serie de principios, de los cuales consideramos como relevantes los siguientes:

- a. La beneficencia:** corresponde a la obligación de obrar en beneficio de las demás personas.
- b. La no maleficencia:** entendida como el hecho de evitar actos que intencionalmente la persona médica vaya a causar daño o perjudicar a otras personas.
- c. La especificidad:** hace referencia al compromiso del médico de estar al servicio de la persona paciente, no causándole daño.
- d. La justicia:** conforme con la Carta Magna, es tratar a todos y todas por igual, no causando diferencias en razón de sexo, raza, ideologías, religión u otros.

e. Principio de autonomía: *se refiere al respeto debido de los derechos fundamentales del ser humano, incluido el de autodeterminación, el respeto por las decisiones de la persona paciente competente, bajo la excepción de que existan situaciones en que las personas puedan no ser autónomas o tengan una autonomía disminuida (personas en estado vegetativo o con daño cerebral u otras razones). Al respecto, el autor Chepe señala (2010):*

Que el consentimiento informado es la máxima expresión de este principio de autonomía, constituyendo un derecho del paciente y un deber del médico, pues las preferencias y los valores del enfermo son primordiales desde el punto de vista ético y suponen que el objetivo del médico es respetar esta autonomía porque se trata de la salud del paciente.

- f. La idoneidad:** hace referencia a la aptitud o capacidad para desempeñar una función o actuación de quien cumple el rol de médico o médica tratante, y debe ser competente para realizar las actuaciones médicas.

Estos principios sientan las bases éticas que dan forma al acto médico. Sin embargo, cada actuación médica es diferente, al tratarse de personas y hechos distintos.

Asimismo, tal y como hace referencia el autor Chepe (2010), es menester señalar que, en el acto médico, se distinguen cuatro características que son esenciales en relación con la misma responsabilidad civil, como lo son, en primer lugar, la profesionalidad, en cuanto a que el profesional de la medicina puede efectuar el acto médico; en segundo lugar, la ejecución típica debe estar conforme con la *lex artis*, la cual se define como el acto que se ajusta a la excelencia del momento;

en tercer lugar, el objetivo fundamental es tener la prioridad sobre la curación o rehabilitación del paciente y, por último, es referido a la licitud, es decir, se deben hacer las acciones que se ejecutan en concordancia con las normas legales.

Podemos resumir que esta relación de binomio médico-paciente es fundamental en el acto médico; pero se trata de una categoría compleja en la que también intervienen otros actores, tales como personal no médico y familiares de los y las pacientes. Esta relación debe ser respetuosa, prudente, cercana al sufrimiento de la persona paciente enferma, la cual debe ser la más respetada en la relación, debiéndose actuar siempre en su beneficio. Esto surge cada vez que una o un profesional a quien la estructura social y jurídica de un país ha catalogado como idóneo para ejercer la medicina, acepta la petición de una persona paciente que acude en búsqueda de su opinión, consejo y posible tratamiento.

3. Tipos de consentimiento informado

En la doctrina, se puede observar un abanico de variedades en cuanto a los tipos de consentimiento informado. Sin embargo, estos hacen referencia a ese consentimiento en forma verbal o escrito, el cual es emitido por la persona paciente.

Al respecto, entre los más relevantes, podemos señalar los siguientes en consideración con el enfoque de esta investigación:

a. Consentimiento informado implícito

Este consiste en aquel consentimiento que no se obtiene de forma escrita ni oral, sino que este se da cuando, en el consentimiento para un determinado procedimiento, la autorización para otra va incluida. Al respecto el autor Chepe (2010) señala que este consentimiento es cuando un paciente se ofrece para un procedimiento simple, no invasivo.

b. Consentimiento informado expreso

En este caso, el o la paciente sí otorga su consentimiento de forma oral o escrita, pero de cualquiera de las dos maneras, la persona profesional en medicina debe haber sido clara al momento de brindar la información, para la realización del tratamiento o la intervención.

c. Consentimiento informado tácito

Este consentimiento tiene relación con el de forma implícita que se adquiere como consecuencia de una autorización para otra actuación. No obstante, cuando se dice que es obtenido de forma tácita, se refiere a cuando el consentimiento se da por omisión, en consecuencia, el o la paciente no presenta objeción a la actuación sanitaria.

d. Consentimiento informado presunto

En este caso, se trata del consentimiento informado que no es brindado de forma oral ni escrita, sino que se efectúa conforme a suposiciones por parte de quien realiza la práctica médica. En aquellas situaciones especiales, el o la profesional en medicina conoce bien a la persona paciente, quien presupone su autorización para llevar a cabo ese acto médico.

e. Consentimiento directo

Para el autor Chepe (2010), esta clasificación corresponde dependiendo de a quién se debería informar; por ello, es directo o diferido. Este consentimiento se obtiene exclusivamente de la persona paciente, la cual tiene su autonomía consciente y debe gozar de plena capacidad, lo cual no le permite que delegue esta tarea a ninguna otra persona.

f. Consentimiento diferido

Este hace referencia a las excepciones del consentimiento informado, tales como las personas

menores de edad, persona adulta carente de plenitud de sus facultades mentales y aquel o aquella paciente que, a pesar de haber gozado de sus facultades mentales, se encuentra en estado de inconsciencia. Para estas situaciones especiales, señala el autor Chepe (2010) que los derechos al desarrollo de personalidad, libertad y conciencia quedan en un segundo plano, frente a ese derecho de vida que debe primar, cuando estas personas están impedidas por esas circunstancias para emitir el consentimiento, frente al acto médico.

4. Capacidad y legitimación de la persona paciente

Es menester hacer referencia a la capacidad de la persona paciente, por cuanto es uno de los elementos esenciales del consentimiento informado, es la capacidad de actuar que, a su vez, es posibilidad que tiene la persona paciente de comprender la información proporcionada por la persona profesional en medicina, para poder tomar la decisión que más le beneficie, para emitir el consentimiento a un acto médico.

Tratándose de pacientes menores de edad (valorando su edad y grado de madurez), incapaces mentalmente o en razón de emergencia de la situación, y si no hay familiares para obtener ese consentimiento, en estas situaciones, el artículo 54 del Código de Ética señala que el médico debe prestar los cuidados que le indique su conciencia profesional.

No obstante, ante la presencia de una persona paciente con capacidad de actuar en estado de conciencia para tomar decisiones sobre la aceptación o el rechazo total o parcialmente de una prueba diagnóstica o de un tratamiento, deberá ser siempre respetada, aun en casos de urgencia.

Al respecto, los artículos 55 y 56 del mismo Código señalan diversas regulaciones, tales como:

- El profesional médico debe informar ante la negativa de la persona paciente de las consecuencias que se puedan derivar.
- No debe abandonar a la persona enferma, procurando que se le presten los cuidados generales necesarios.
- Si considera bajo un criterio razonable salvaguardar la salud y la vida de un menor o incapaz, resulta necesaria la intervención médica. Debe actuar aun contra el criterio de los representantes, lo cual quedará registrado en el expediente clínico.
- Cuando no exista certeza del rechazo al tratamiento médico, en caso de urgencia médica, tratándose de un menor o incapaz, el médico actuará con conciencia, protegiendo el derecho a la vida del paciente.

V. CONCLUSIONES

De la investigación realizada sobre la responsabilidad médica, en primer lugar, debemos considerar que el instituto del consentimiento informado ha evolucionado con el tiempo, a una mayor autonomía de la voluntad de la persona paciente, como consecuencia y expresión de su dignidad y su libertad, y, como parte de los derechos fundamentales y humanos, ha permitido el desarrollo del concepto del consentimiento informado, constituyéndose en una pieza clave de la relación entre el médico y la persona paciente. También debe ser respetado tanto en el tratamiento como la intervención quirúrgica para la medicina curativa, salvo los casos de emergencia para proteger y salvar la vida humana, así como para la medicina voluntaria, estética, lo cual es una exigencia ética y legal.

Ahora bien, cuando nos referimos a la obligación legal de la persona profesional en medicina de suministrar información necesaria, veraz y suficiente a la persona paciente, respecto a los procedimientos que conforme a la ciencia deban

aplicarse sobre el tratamiento en razón de la medicina curativa o voluntaria, incluyendo los riesgos reales y potenciales, efectos colaterales y efectos adversos, así como los beneficios, debe ser registrado y firmado en un documento, por el paciente o su representante legal y el profesional responsable; siendo que el documento por excelencia para instrumentar el consentimiento informado es la historia clínica o la ficha médica del paciente. Esto es un deber autónomo y previo al consentimiento, ya que el incumplimiento de la obligación se produce antes de la emisión del consentimiento: “Para consentir, primero hay que conocer”. Por ende, es relevante destacar que en el acto médico, a diferencia de lo que sucede dentro de otras relaciones de índole contractual, el deber de información por parte del galeno se extiende más allá del momento de la perfección del negocio jurídico, proyectándose aún en la ejecución del mismo y en los momentos posteriores, puesto que es la prueba de mayor validez del hecho, a efecto de excluir responsabilidad civil por el incumplimiento o lesión de este instituto.

En segundo lugar, podemos señalar que se puede generarse responsabilidad civil por parte del médico que actúa de manera negligente, imprudente o con impericia; pues incurre en responsabilidad subjetiva por mal praxis; al no aplicar correctamente la *lex artis* médica, ya sea en el ámbito de la medicina curativa o facultativa (estética).

Así mismo, el facultativo incurriría en responsabilidad, aún y actuara diligentemente (aún y no existiera mal praxis) si nos decantamos por las nuevas ideas de la jurisprudencia y doctrina española donde se ha interpretado que en el servicio de salud estético (no producto de una patología) lo que realmente existe es una obligación de resultados. Situación que como bien se aborda durante la investigación no es un tema pacífico existiendo posiciones a favor y en contra. En todo caso también logramos encontrar novedosos criterios como el sostener que los

médico estéticos son una obligación de medios “reforzada” donde lo que se pretende es dotarle de mayor grado de reproche o control que la obligación de medios en general (que ostentan todos las personas médicas), debiendo ser más acuciosos en los elementos de información, consentimiento informado y la relación entre médico y persona paciente.

Sin embargo, el asunto no queda en la responsabilidad del galeno, la responsabilidad en este tipo de asuntos va más allá, trasciende del médico, cirujano o personero de salud que interviene. Por ello, el daño en la salud de la persona paciente o, inclusive, su muerte puede darse por una acción u omisión en cualquier de las áreas que componen el servicio que brinda un centro hospitalario, cobrando relevancia la “responsabilidad civil hospitalaria” donde entraría en juego el tema la responsabilidad objetiva, ya sea por tratarse de un centro hospitalario público (responsabilidad objetiva por la vía del numeral 190 de la Ley General de la Administración Pública) o por un centro hospitalario privado (por aplicación del artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor en relación con el artículo 1048 del Código Civil).

En ambos supuestos, bastaría acreditar el daño y el nexo de causalidad existente entre el hecho generador y el daño, quedando la posibilidad de los centros hospitalarios de demostrar que han sido ajenos al daño; en otras palabras, que no hayan mediado eximentes de responsabilidad como lo serían la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de una persona tercera.

Por último, es importante tomar en cuenta que algunos de los criterios jurisprudenciales abordados durante el trabajo son una interpretación que se da a una norma en un determinado periodo de tiempo y espacio, por lo que perfectamente pueden variar dependiendo de la situación fáctica

a la cual nos enfrentemos, claro está, siempre dentro los parámetros de la legalidad.

El haber expuesto la posición dada por nuestros tribunales en alguna de las sentencias no significa que vayan a ser criterios estáticos, pues, como bien se ha abordado, principalmente en la doctrina y la jurisprudencia de países como España y Argentina, se han cuestionado si toda acción médica (sanitaria) es una obligación de medios o de resultado, sobre el papel que juega el consentimiento informado en uno y otro sentido y si realmente el criterio de imputación es eminentemente subjetivo o se ha tendido a objetivar, así como las particularidades que pueden llegar a existir en caso de que estemos ante medicina asistencial o satisfactoria.

Esperamos haber abarcado *grosso modo* todos estos temas a lo largo de la presente investigación, quedando satisfechos si algún grado de curiosidad y crítica se ha generado en las personas lectoras de las diferentes áreas profesionales cuando aborden el tema.

Estimamos que la discusión y análisis de la responsabilidad médica permitirán que, en alguna medida, se desarrollen nuevas ideas de cómo debe darse esta reinterpretación a la concepción de la culpa y la responsabilidad en caso de que existan daños y perjuicios producto de acciones u omisiones por los y las profesionales de salud, el mismo personal auxiliar y los centros de salud pública o privada, máxime que, en la materia de ciencias sociales, en especial en el área de las ciencias jurídicas, no existen soluciones universales, ni una teoría única que solucione todos los factores problemáticos devenidos de la vida en sociedad y, en especial, la del caso concreto referido al abordaje e interpretación de la responsabilidad médica civil.

VI. FUENTES CONSULTADAS

NORMATIVA

- Código Civil Costarricense.
- Ley N.º 7472 de 1994. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.
- Código de Ética Médica. Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica. Decreto N.º 39609-S, publicado en *La Gaceta* n.º 82, 2016.
- Decreto 35332-S. Código de Moral Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos. Decreto Ejecutivo. <http://www.cendeiss.sa.cr/etica/cod-moral-etica.pdf>
- Ley N.º 8239. Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados
- Ley General de Salud N.º 5395, Costa Rica, 1973.
- Reglamento N.º 32612 de la Ley de Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados.

DOCTRINA

- Bustamante A., J. (1997). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Abeledo.
- Chepe Ramos, Édgar. (2010). *Acto médico y consentimiento informado*. Edición Digital. Perú. Reproducido por: https://guzlop-editoras.com/web_des/med01/deontomedegal

- García Garnica, M. D. C. (2010). *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Gómez Pavón, P. (2013). *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. 3^{era} edición.
- Montoya P., María del Carmen. (s. f.). *Responsabilidad civil médica*. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3835/13.pdf>
- Torrealba Navas, F. (2011). *Responsabilidad civil*.
- Urrutia, A. (2010). *Responsabilidad civil por mala praxis quirúrgica*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Sentencia n.º 00016 -2012 del Tribunal Contencioso Administrativo. Sección II.
- Voto n.º 18-2009 del Tribunal Contencioso Administrativo.
- Sentencia n.º 33-2010 del Tribunal Contencioso Administrativo.
- Sentencia n.º 97-2016 del Tribunal Contencioso Administrativo.
- Sentencia n.º 00266 -2009 del Tribunal Segundo Civil Sección 1.
- Sentencia n.º 56 -2016 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección.
- Voto n.º 149-2012 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

REVISTAS

- Otero, A., M. de Luis. (2017). Iatrogenia, un lastre en el gasto hospitalario en España. *Periodistas en Español*. Recuperado de <http://periodistas-es.com/iatrogenia-lastre-gasto-hospitalario-espana-91114>

JURISPRUDENCIA

- Voto n.º 023-1993 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto n.º 00875 del 2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia n.º 00266-2009 del Tribunal Segundo Civil. Sección I.

TESIS

- Calderón Barrantes, Sofía. (2013). *El acto médico estético como una obligación de medios reforzada: el caso de la cirugía plástica*. Tesis para optar por el grado académico de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.
- Barrantes Ramírez, Erika. (2016). *El consentimiento informado en la contratación de actividades médicas en la relación médico/médica-persona paciente*. Tesis para optar por el grado académico de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.