

Mala praxis médica: situación problemática social. Un enfoque desde la función del derecho penal y civil

Ivannia Molina Marín¹

Resumen

El tema de este artículo jurídico radica en la necesidad de dar a conocer los distintos escenarios ante los cuales un médico puede ser considerado responsable, tanto por la muerte como por lesiones, debido a la negligencia en el cumplimiento de sus labores profesionales hacia un paciente que haya estado bajo su cuidado médico, tanto penal como civilmente.

Además, dar a conocer, desde un punto de vista del derecho, cómo la legislación y jurisprudencia costarricense interpretan los casos de mala praxis médica y de qué manera se puede eximir o no la responsabilidad de un médico, según la teoría y los criterios que se usan para identificar si se está frente a un caso por negligencia profesional. En virtud de lo anterior, el Código Penal, el Código Civil y el Derecho Procesal, juegan un rol muy importante, ya que a través de estos se darán a conocer las normas que tipifican las acciones cometidas por los médicos en el ejercicio negativo de sus actividades.

Palabras clave

¹ Estudiante de licenciatura con Énfasis en Derecho Penal, de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT), San José, Costa Rica. imolinam690@ulacit.ed.cr

Mala práctica médica, culpa, negligencia, derechos humanos, derecho penal, dolo, iatrogenia.

Abstract

The subject of this legal article lies in the need to make known the different scenarios by which a doctor can be held responsible for the death or lack of work towards a patient who has been under his or her responsibility, both from a criminal and civil frame of reference.

In addition, to expose from a legal point of view how Costa Rican legislation and jurisprudence interprets cases of medical malpractice, and how it can exempt the responsibility of a physician according to the theory and criteria used to identify if it's about a case of professional negligence or else.

In view of the above, the Criminal Code and the Civil Code play a very important role, since they will help to determine the statutes that typify the actions committed by doctors in the negative exercise of their activities.

Keywords

Malpractice, deceit, negligence, human rights, criminal law, malice, iatrogenic.

Introducción

Se tiene como manifiesto, a través de este artículo jurídico, las irregularidades e inconsistencias que suceden, día a día, en los centros de salud, tanto públicos como privados. A su vez, se expondrán los casos de mala praxis médica desde todos sus ángulos; por ejemplo: negligencia, impericia, imprudencia, inobservancia de normas reglamentarias, situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, acción u omisión.

Hoy hay que enfrentarse a una realidad jurídica en lo relativo a la problemática que plantea la mala praxis médica, en cuanto concurren aspectos penales, administrativos, constitucionales y civiles. Siguiendo la misma línea, entran en juego aspectos sociales como los servicios de la salud, los derechos humanos y la integridad física mental de las personas.

La mala práctica médica no solo tiene que ver con la impericia médica, directamente, con el estado físico de una persona, como así normalmente se piensa; sino que, también, tiene que ver con la limpieza sanitaria del centro médico, con la prestación del servicio que se les brinda a los pacientes y con las medidas sanitarias aplicadas al paciente. Claramente, como consecuencia de lo anterior, se despliegan los daños y perjuicios. A raíz de eso, surge la responsabilidad civil por parte del médico (Quesada, 2016).

En la actualidad, la tecnología y las redes sociales son dos herramientas que están al alcance de las personas, por lo cual denunciar a un médico por un mal trato es muy sencillo; y pese a que quizás el “daño” no proceda como tal, ello genera consecuencias irreparables en la reputación del profesional.

Parte del objetivo de este trabajo es que los médicos sean reflexivos sobre los aspectos o acciones que, durante el ejercicio de su profesión, puedan llegar a ejecutarse y que son

considerados como mala praxis médica; a su vez, fomentar la conciencia sobre lo delicada que es su profesión ya que se trata de la vida humana, además de las consecuencias que podrían acarrear si no desarrollan con cuidado sus actuaciones.

Asimismo, con esta investigación se procura ilustrar a los lectores de manera que puedan comprender la forma en que la legislación costarricense emplea el poder punitivo, sobre aquel médico que provoque daño alguno a su paciente; así como la forma en la que la normativa analiza el actuar del galeno, frente a si el hecho realizado fue con dolo o culpa.

Por otra parte, es importante indicar que cuando se lea en este artículo jurídico la palabra médico, cirujano o enfermero, se deberá entender como médica, cirujana o enfermera, al igual que cuando se lea paciente, se deberá entender como las y los pacientes.

Estado de la cuestión

El *ius puniendi*² en Costa Rica cuenta con dos formas sancionatorias para todos los actos de mala praxis médica; la primera es mediante una medida reparatoria al conflicto ocasionado en perjuicio del paciente, como lo es la responsabilidad civil, y la segunda prevención que involucra tanto la medida de privación de libertad, como la suspensión de su licencia para ejercer como médico, por la falta objetiva al deber de cuidado.

² Diccionario de la Lengua Española (Real Academia de la Lengua, 2014): “Potestad del Estado para castigar mediante los dos sistemas represivos existentes en nuestro derecho: el derecho penal, que es aplicado por los jueces y tribunales, y el derecho administrativo sancionador, que es aplicado por la administración” (párr. 1).

Los casos de mala praxis en Costa Rica son cada vez más comunes en los Tribunales de Justicia, estos se generan debido a las denuncias de los mismos perjudicados, familiares, entre otros. Sin embargo, muchas de estas denuncias terminan en una conciliación o por sobreseimiento.

Ley del arte

La *lex artis* significa “ley del arte”, esta hace referencia a la actuación de la profesión en específico. Al mismo tiempo, hace reseña a todas aquellas actuaciones que realice el profesional en el ejercicio de sus funciones, además considera si son ejecutadas con valores éticos y de manera correcta (Centro de Información Jurídica en Línea, 2008).

Dado el enfoque médico que tiene este artículo jurídico, se puede decir que la *lex artis* forma parte de los principios fundamentales y científicos del arte de curar, sigue estrictamente cada una de las especialidades del campo médico en general para establecer un procedimiento específico (Terragni, 2010). Todas las especialidades profesionales de la salud deberán ser entendidas en sentido amplio; es decir, como la radiología, oftalmología, odontología, ginecología, obstetricia, cirugía general, anestesiología, bioquímicos, homeopatía, neurología y demás especialidades afines. La *lex artis* también contempla los profesionales como enfermeros, auxiliares, técnicos, personal médico administrativo, etc.

Derechos fundamentales y expectativas esenciales de la ética médica

La Constitución Política de Costa Rica (Asamblea Nacional Constituyente, 1949) es muy clara al señalar que la vida humana es inviolable, además establece que todas las personas tienen derecho a vivir bajo un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; por lo que, en caso de que ocurra algo distinto, el Estado se encargará de sancionar y determinar la responsabilidad correspondiente a quien violente ese derecho constitucional.

Al respecto, la Ley General de la Salud (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1973) también tutela la vida humana al instaurar normas para preservar la salud de las personas y garantizar que la prestación de servicios médicos cumpla con todas las formalidades que dicta la ley.

En virtud de lo anterior, se puede decir con toda certeza que el Estado es fiel garante de evitar, a toda costa, las omisiones y acciones que perjudiquen la salud de las personas y de asegurarse de que los centros de salud cumplan todos los principios de solidaridad, universalidad, ética, calidad, precaución, etcétera. De manera que caben dos posibilidades:

1) Se pueda responsabilizar a las personas que laboran en el arte de curar enfermedades, por la vía penal y la civil; siempre y cuando se logre confirmar que se puso en riesgo la vida humana de manera temeraria.

2) Se eviten casos de mala praxis.

Los médicos –aunque en general todo profesional en su campo– deben tener absoluto respeto por la ética médica, los principios fundamentales de la deontología y por las normas jurídicas establecidas.

Sobre la base de las afirmaciones anteriores, siempre se debe buscar el mayor beneficio para el paciente, y en la medida de las posibilidades, evitar cualquier tipo de error a la hora de implementar las técnicas curativas.

Ahora bien, la medicina es una disciplina que debe ser ubicada en tiempo, modo, espacio y circunstancias (similar al Derecho), ya que es una ciencia de constante evolución. Sin duda alguna, se exige a los profesionales permanecer debidamente actualizados. En este sentido, es obligación del médico estar siempre actualizado con técnicas y métodos curativos de profilaxis novedosos, con el objeto de tratar cualquier patología, pues lo que hoy no es efectivo, quizá mañana sí. En síntesis, las prevenciones deberán procurar ser efectivas para la salud de las personas.

La evaluación de los errores médicos es muy difícil de discernir, para eso es imperativo poder contar con especialistas en la patología pertinente que estén lo suficientemente capacitados, y con un reconocimiento formal, para poder brindar una opinión experta y fundamentada en estudios clínicos.

A propósito de lo citado, se entiende por omisiones cuando los médicos no realizan las acciones o procedimientos adecuados, los cuales, de acuerdo con el ejercicio de su profesión, deberían conocer y, a su vez, ejecutar. Tal es el caso de la costarricense Sigrid Espinoza: en noviembre del 2014 sintió un dolor fuerte en una de sus extremidades superiores y cuello, por lo que se presentó a la Clínica Solón Núñez (Hatillo), de manera genérica los médicos le recetaron Ibuprofeno y le suministraron una bolsa de suero en el sitio. Al siguiente día, la aquejada se presenta ante un centro de Equipo Básico de Atención Integral (en adelante EBAIS), donde le indican que tiene la presión alta y le aplican nuevamente una bolsa de suero, lo que la indujo al vómito. A pesar de su estado de salud, la despachan del EBAIS y de ahí la refieren al Hospital San

Juan de Dios ya que le indicaron que tenía una infección en las glándulas. La afligida no se estaba alimentando saludablemente debido a que tenía tos y vómito de manera constante y los médicos resuelven aplicarle más suero para hidratarla, enviándola de nuevo para la casa. A raíz de que los facultativos de la Caja Costarricense de Seguro Social (en adelante CCSS) no le lograron diagnosticar su dolencia, Sigrid Espinoza optó por la asistencia médica privada y le diagnosticaron una bronconeumonía, de la cual fue referida de emergencia al Hospital San Juan de Dios. Luego de dos paros cardiorrespiratorios, falleció. Debido a lo anterior, y atendiendo a estas consideraciones, si desde un principio el centro médico la hubiera atendido de manera óptima, la muerte de la paciente se pudo haber evitado (Cabezas, 2015).

Mientras tanto, sobre las acciones, el médico hizo lo que no debía de haber hecho; dicho concepto se ilustra a cabalidad en el caso sucedido en el 2001, en el hospital William Allen de Turrialba, cuando José Francisco Moya, mayor, paciente, diabético, se había apersonado al hospital con un edema³ total en ambas piernas. Según el diagnóstico médico, el paciente tenía gangrena en estado avanzado, en la extremidad inferior izquierda. De manera que presentaba muerte de tejidos que iban desde la planta del pie hasta su pantorrilla, además de insuficiencia renal crónica. Al respecto, los médicos recomendaron que se le amputara la pierna con urgencia, en virtud de que el paciente estaba en condición delicada. Sin embargo, a la hora de la intervención médica, le amputaron la pierna equivocada. Luego de ocho días, el paciente falleció (Ramiro, 2002).

³ Diccionario de la Lengua Española (Real Academia de la Lengua, 2014): “Hinchazón blanda de una parte del cuerpo, que cede a la presión y es ocasionada por la serosidad infiltrada en el tejido celular” (párr. 1).

Las conclusiones derivadas de lo anterior son que si ambos pacientes hubieran sido atendidos con el cuidado que merecían, la historia a hoy sería muy diferente. La falta objetiva al deber de cuidado provocó que no se les diera un diagnóstico integral y completo en el momento apropiado, de manera que se podía reconocer la dolencia del paciente y brindarle un adecuado diagnóstico. La obligación del médico en el caso de Sigrid Espinoza era examinarla como semióticamente correspondía y no de manera genérica y negligente.

Acá el meollo del asunto es que los médicos están obligados a actuar de manera ágil, prudente y considerada, puesto que están llamados a cumplir con el deber individualizado que les caracteriza; es decir, deber de actuar según las normas que establece el Código de Ética Médica de Costa Rica (Presidencia de la República de Costa Rica y Ministerio de Salud, 2016), donde según el artículo 10, el médico está obligado a cumplir con los principios éticos de: Juramento Hipocrático, Declaración de Ginebra, Asociación Médica Mundial, Código de Nuremberg, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración de Helsinki, Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos y cualquier otra norma que, en materia de salud, suscriba el país.

Es claro que el dinamismo del arte profesional de la medicina se enfoca en la pericia que emplee el médico y sobre cómo su objetivo principal siempre debe ser el de lograr resultados positivos, en vez de empeorar el estado de salud del paciente. Muy por el contrario, si el médico actúa con ignorancia e imprudencia, automáticamente le desfavorecería su actuar y, por ende, se derivaría de ahí el Derecho Penal, como fiel guardián protector del bien jurídico de la vida y la salud.

En consecuencia, viene a relucir la culpa y demás figuras correspondientes a los delitos culposos, tales como las lesiones y el homicidio culposo. De la misma manera, se deben valorar distintos aspectos antes de tomar una posición: primero, apreciar si la decisión que tomó el médico era la más favorable para el paciente o no; segundo, que la acción era típica o que, a pesar de la pericia y esfuerzo del médico, siempre se dio el resultado no deseado.

Mala praxis médica

La mala praxis puede ocurrir en cualquier oficio o profesión, cuando se realiza de manera negligente y cuando se actúa en total transgresión de los reglamentos que se estipulen para su correcta regulación, los cuales siempre obran por salvaguardar el bienestar social.

Pero, ¿qué es realmente la mala praxis médica? Es la acción u omisión al correcto funcionamiento por parte del profesional en el ejercicio de la medicina y, a su vez, a la falta de ética de la cual está obligado a desempeñar.

Pese lo anterior, para determinar si la acción cometida califica como mala praxis se deben de considerar, según Morales (1994), cuatro puntos esenciales:

- Obligación: había una relación médico paciente establecida,
- Abandono: hubo negligencia para cumplir con la obligación contraída,
- Lesión: en realidad ocurrió un daño, o lo que sucedió fue una complicación; es decir, un hecho médico que es imprevisible,
- Causa: la participación médica constituyó una causa directa de la lesión. Si no hay lesiones no hay negligencia.

La fórmula del delito culposo está conformada por la impericia, imprudencia, negligencia y la inobservancia de los reglamentos establecidos. Por ejemplo, el médico no se apegó a las precauciones adecuadas y actuó de manera precipitada, sin prever que la acción que estaba realizando podría desembocar en una lesión irrevocable para el paciente y que atentara con acortar la vida de la persona que estaba siendo tratada. De los cuales, cada uno de esos aspectos cumple una razón de ser.

a) Impericia

Se refiere a la falta de experiencia o de habilidad para realizar una acción. Por lo que, adecuándolo al contexto de la mala praxis médica, se tiene por entendido como cuando un médico (de manera exigible debe contar con los conocimientos básicos en el ejercicio de sus funciones) realiza mal un procedimiento por falta de experiencia o porque no sabía hacerlo y, sin embargo, lo ejecutó hasta su finalidad. De lo anterior, se despliegan tres puntos cardinales, como lo son:

- 1) Impericia por origen: es decir, el galeno nunca aprendió a realizar la técnica del todo o correctamente.
- 2) Por olvido: es decir, el médico lo aprendió, lo hizo en algún momento, pero luego olvidó el procedimiento completo, correcto y adecuado.
- 3) Por falta de práctica: cuando únicamente sabe la teoría, pero nunca ha realizado la técnica con ayuda de expertos.

b) Negligencia⁴

Que como sinónimo se puede decir que está el descuido y la omisión. La omisión se da cuando el médico omite una acción que hubiera evitado la lesión o muerte del paciente al no tomar medidas previsoras; por ejemplo: no medicar al paciente cuando se es necesario; no internar aun cuando existe riesgo de alguna complicación médica sin existir supervisión facultativa; no referir a otro médico especialista para la realización de exámenes y revisión pertinente; omitir brindarle recomendaciones al paciente (guardián, tutor, familiares o persona encargada legalmente) luego de que le den la salida del centro médico, sobre cómo recuperarse o sobre qué debería o no hacer, etc.

c) Imprudencia

Es cuando el médico toma decisiones de manera temeraria y que, por ende, el resultado es previsible. Es decir, el médico no tuvo el cuidado necesario para evitar que el resultado se diera y evitarle así un daño y un perjuicio al paciente.

d) Inobservancia

Hace referencia al tema de los reglamentos, articulado jurídico, normativas y demás, que se le son señalados al médico de manera obligatoria, ya sea de manera general o específica. Señala las medidas que deben ser cumplidas en aras de proteger siempre al paciente. El médico nunca deberá de faltar a esas regulaciones.

⁴ Diccionario de la Lengua Española (Real Academia de la Lengua, 2014): “Desatención de las propias obligaciones o descuido en el cumplimiento de las reglas y normas, sin que medie una intención dolosa, es decir, una directa voluntad de omitir o retardar, la acción debida, pues se trata, más bien, de una situación de culposa inercia y falta de cuidado” (párr. 1).

En sentido amplio, la mala praxis médica también se da cuando un médico comete acciones deshonestas, tal y como lo es la falsificación de documentos públicos y auténticos, falsedad ideológica en certificados médicos, uso de falso documento, falsificación de documentos privados, venta o distribución de documentos públicos o privados, de los cuales habla el Código Penal (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1970), en su título XVI, sección I, sobre los delitos contra la fe pública y la falsificación de documentos en general, los cuales van desde el artículo 366 hasta el 372. Como, por ejemplo: la venta de incapacidades falsas, de actas de nacimiento y defunción con datos falsos e inexistentes.

Responsabilidad penal

Desde un punto de vista del Derecho Penal, es imperativo concretar si hubo puesta en peligro del bien jurídico tutelado, así como valorar si el hecho realizado fue cometido con dolo o culpa. Pero, ¿qué dice la Ley Penal al respecto? El artículo 31 del Código Penal define que el dolo es cuando una persona ejecuta una acción tipificada, que la acepta y que la prevé⁵.

Desde la misma orientación, el Código Penal no tipifica la mala praxis *per se* en su articulado, sino que brinda los elementos para penarla, por ejemplo: cuenta con elementos como la culpa, el dolo, elementos objetivos/subjetivos, entre otros.

Es fundamental resaltar que, penalmente, los casos de mala praxis médica resultan ser de carácter culposo y no doloso. Ya que, en caso de que el médico actúe dolosamente, eso no constituiría mala praxis médica, sino que se estaría hablando de otro delito, también tipificado en

⁵ Código Penal, Artículo 31: Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible.

el Código Penal, como: homicidio o lesiones y que, por supuesto, cumpla con los elementos fundamentales de la teoría del delito, como bien lo indica Castro (2008) al señalar lo siguiente:

Teoría del Delito. La teoría del delito dentro del quehacer del proceso penal y, más concretamente, dentro del Derecho Penal, representa uno de los instrumentos más importantes para establecer la responsabilidad penal de una persona procesada por la supuesta comisión de un hecho delictivo. En este sentido, la teoría del delito señala una serie de parámetros que, en cada caso en particular, deben ser analizados con la finalidad de establecer si se ha dado la afectación a un bien jurídico considerado fundamental y, por ende, si la potestad persecutoria que ejerce el Ministerio Público debe aplicarse o no. Toda acción para constituir un delito debe ser una conducta típica, antijurídica y culpable. Es por ello que el análisis de lo que presuntamente constituye un ilícito, obliga a su revisión en estos tres estadios (p. 9).

Vinculado al concepto, se deberá cumplir con que la acción sea: típica, antijurídica y culpable. En función de lo anterior, queda claro que si la vida y la integridad física y mental del paciente no sufrieron lesión alguna o puesta en peligro, no constituiría un injusto penal.

Carga de la prueba

La carga de la prueba le corresponde aportarla al quejoso (*onus probando incumbi actori*)⁶. Las pruebas deben contar con las evidencias contundentes que demuestren de manera negativa el perjuicio o daño ocasionado, donde se demuestre que atentara contra su vida o, según sea el caso;

⁶ Enciclopedia Jurídica, 2014: “La carga de la prueba incumbe al actor”, es decir a quien alega tal o cual hecho jurídico o material” (párr. 1).

que fuera en contra de las normas ya establecidas por la Ley General de la Salud, Reglamento General de los Hospitales, Ley General de la Administración Pública, Código Civil, Código Penal, Código de la Moral Médica, Constitución Política y demás normativa aplicable. Es por eso que el objeto de la prueba es “aquello susceptible de ser probado; aquello sobre lo que debe o puede recaer la prueba” (Cafferata, 1986, p.22).

Desde un punto de vista procesal, la prueba no cuenta con valor tácito por sí solo. Sino que debe cumplir con una serie de componentes, como que la prueba cuente con la veracidad idónea, que haya sido obtenida de manera lícita y que sea brindada en el momento judicial oportuno, de manera que no se viole el debido proceso. También, la prueba deberá referirse siempre de manera directa o indirecta, con la finalidad de descubrir la verdad.

Consecuencias generales para el médico

El daño moral, el cual le representa al profesional una carga negativa para toda su vida, siendo tachado como un criminal o un negligente por sus propios amigos, familiares, colegas y, claramente, por la sociedad. Es un daño que, aunque sea acusado de manera presunta y resulte ser inocente, es una cuestión que le marcará para toda la vida.

Como medida preventiva es recomendable que los médicos tengan especial cuidado al momento de documentar el estado de salud del paciente en el expediente clínico, de manera clara, limpia y ordenada. Se busca la precisión y exactitud, en cada una de las notas que el médico realice, cada dato debe de incluir la hora, fecha en la que se realizó el procedimiento, además cada hoja debe ir con su correcta numeración y orden, de manera tal que, ante una posible denuncia por mala

praxis, el presunto infractor tenga como prueba cada uno de los pasos que siguió, con la respectiva fecha, hora y hoja del expediente foliada.

Dependiendo del agravio, no es necesario recurrir al Ministerio Público y perseguirlo por la vía judicial, sino que se puede solucionar por medio del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, en caso de que se trate de un asunto ético o que el médico no le atendió bien (importante señalar que en el Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica se ven casos disciplinarios únicamente); de igual forma, se puede interponer la queja a la unidad de atención al paciente o al departamento administrativo del lugar en caso de que se trate de un servicio público o privado.

Con respecto a las medidas que toma el Ministerio Público, este puede deshabilitar al médico como medida preventiva, “la solución es legislativamente discutible y su compatibilidad con el principio de culpabilidad es dudosa. La imprudencia profesional será de apreciar cuando el autor haya creado un peligro que exceda los límites admisibles según la *lex artis*”, lo anterior se conoce como imprudencia profesional (Bacigalupo, 1999p. 348).

Sobre las faltas que cometa un médico, la sanción disciplinaria las impone la Junta de Gobierno del Colegio de Médicos y Cirujanos⁷. Las infracciones serán juzgadas por parte del Tribunal de Ética (conformado por un grupo de médicos, no abogados), el Tribunal las clasificará como gravísimas, graves y leves⁸. En este sentido, las sanciones pueden ser: amonestación escrita,

⁷ Código de Ética del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, artículo 139: Las sanciones serán impuestas por la Junta de Gobierno del Colegio de Médicos y Cirujanos dependiendo de la gravedad de la falta.

⁸ Código de Ética del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, artículo 140: Las faltas al presente código, serán juzgadas por el Tribunal de Ética, quien las catalogará como gravísimas, graves o leves (...)

amonestación verbal, amonestación y multa, e inclusive la suspensión temporal del ejercicio de su profesión⁹.

Recomendaciones que podrían ayudar a eximir la responsabilidad penal y civil

Como medida preventiva es importante que los médicos y enfermeros escriban nociones claras y precisas en el expediente clínico del paciente, con ello, ante una posible demanda, puedan utilizar el expediente clínico como prueba de que su práctica fue diligente (o no).

Existe una serie de reglas que se debe seguir para la protección de posibles asuntos en los que se puedan ver implicados los médicos y enfermeros.

En este sentido, se recomienda escribir en el expediente clínico del paciente con tinta negra, de forma pulcra y legible, sin faltas de ortografía, además es importante evitar el uso de abreviaturas ya que pueden resultar subjetivas para el resto del equipo médico. Cuando sea necesario anotar la hora, se deberá de usar el reloj de veinticuatro horas o indicar si es a.m. o p.m. También, es imperativo que se detallen los procedimientos, tratamientos intravenosos, características y localización de los catéteres, el número de intentos de la venepunción, el tipo de solución y de perfusión, indicar la medicación que se le está suministrando al paciente, también la enfermera o enfermero deberá anotar su nombre, hora y fecha en la que realiza el procedimiento, nunca se deben de registrar cuidados antes de ejecutarlos, sino después del procedimiento.

⁹ Código de Ética del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, artículo 141: Las sanciones que se puedan imponer a los médicos por las faltas cometidas en contra de lo estipulado en este código, son: Uno, amonestación verbal; dos, amonestación escrita; tres, amonestación y multa; cuatro, suspensión temporal del ejercicio profesional.

Nunca se deben dejar espacios en blanco entre las notas, lo anterior con el afán de que nadie pueda manipular ni alterar los registros clínicos. En el expediente clínico no se deberán de hacer críticas a otros profesionales de la salud, ya que el expediente es únicamente para el uso del estado de salud del paciente; en caso de que exista alguna queja sobre el trabajo de otro compañero (se pueden canalizar por la vía administrativa). Es necesario anotar cualquier comentario que haya realizado el paciente mismo o sus familiares, que sea relacionado con una posible demanda contra el hospital o del personal médico; eso sí, dejando a un lado todos los prejuicios al describir lo relacionado con el paciente. Por el otro lado, es muy importante anotar todo lo que se le informó al médico con respecto al paciente, lo que el médico respondió y, finalmente, lo que ordenó (Vargas & Ruíz, 2003).

Se deberá tener total cumplimiento de las normas, como al capítulo XI del Código de Ética Médica de Costa Rica, el cual es claro al señalar que no se pueden firmar hojas en blanco de recetario, dictámenes o certificados médicos.

Iatrogenia en cirugía ¿qué es y cómo actuar?

La iatrogenia proviene del latín *iatros*¹⁰. Es cuando el estado de salud del paciente se ve modificada por los medicamentos que le suministre el galeno. Cualquier resultado negativo inevitable proveniente de algún tratamiento médico no se le puede adjudicar al médico, sino, más bien, al nivel de ciencia médica con la que se cuente en ese momento (Terragni, 2010).

El médico es imputable cuando comete actos que produzcan daño moral y físico al paciente. Sin embargo, existen riesgos que son previsibles antes de realizar una intervención médica, según

¹⁰ El delito culposo en el tránsito y la medicina (Terragni, 2010): Médico.

la patología que se está tratando; para eso, el médico debe prevenir al paciente o a la familia como parte del consentimiento informado, sobre las consecuencias que podría sufrir la persona durante el tratamiento o cirugía que, aunque se tomen las previsiones necesarias, se pueden presentar situaciones inclusive sorprendidas para el médico, el paciente y para la familia.

Con eso, cada caso de iatrogenia se deberá de analizar de manera individual, ya que no existe una norma taxativa para determinar si se incidió en un caso de iatrogenia o no. No es lo mismo un caso de presunta iatrogenia de un hospital en Costa Rica a uno en Suecia, donde la medicina está muy avanzada; tampoco es lo mismo un hospital en zona rural alejada que el de un hospital de la capital, en el que los médicos pueden contar con muchas más herramientas para ayudar a los pacientes.

Por ejemplo, un caso de iatrogenia vendría a ser los casos de enfermedades como Parkinson o Alzheimer, dado que no se ha descubierto la cura. Lo que existe son tratamientos relativos que alivianan las dolencias de los pacientes. El médico se encuentra con las manos atadas a raíz de la inopia que existe en el campo de la ciencia médica.

Es decir, que toda complicación médica resultado de una intervención que no se pudo prever, a pesar de que se haya actuado con prudencia, debida diligencia, competencia, bajo la observancia de todos los reglamentos y que el resultado imprevisto se produjo por razones ajenas al médico, es conocida como iatrogenia.

Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española define la iatrogenia como: “Alteración, especialmente negativa, del estado del paciente producido por el médico” (Real Academia Española, 2014, párr. 1).

Un cirujano, en el diario desempeño de sus labores, se encuentra ante la posibilidad latente de crear un daño al paciente, desde cualquiera de sus intervenciones médicas. Sin duda, la iatrogenia forma parte del riesgo permitido que existe cuando se realiza cualquier acto médico; por lo tanto, al generarse una complicación producto de la iatrogenia no es considerado como un hecho punible, ya que más bien se está frente a un caso fortuito por tratarse de un hecho imprevisible que no es típico.

Cabe preguntarse ¿qué sucede una vez que se determina un caso de iatrogenia? Sucede que se desencadena una serie de problemas que afectan al paciente, quien llegó al centro médico ese día para una cirugía ambulatoria con buenas condiciones y luego presentó alguna complicación letal. También al médico, ya que los días posteriores del percance se convertirán en un martirio para el cirujano; debido a que, generalmente, deben pasar más horas en el centro médico y colaborar con el equipo clínico para ayudar al paciente.

Algunas veces debe realizar pequeñas cirugías esperando una mejora; deben buscar una forma eficaz para tranquilizar a la familia del paciente, rendirles cuentas explicándoles exactamente qué fue lo que ocurrió, qué medidas se están tomando, cuáles se tienen previsto tomar y cuál es el resultado que se espera; todo lo anterior con el ánimo de que logre convencer a los familiares de que lo sucedido era posible en ese tipo de procedimientos; adicional a esto, deberá estar preparado para responder las preguntas que surjan como: ¿por qué no se detectó antes la bacteria?, ¿por qué le dieron de alta si aún estaba delicado?, ¿por qué la neumonía?, ¿qué fue lo que pasó?, ¿por qué se vieron afectados otros órganos?, etc. Todo eso, evidentemente, le puede provocar mucha tensión al médico (Canady, 2016).

Por supuesto, la familia del paciente también sufre las consecuencias emocionales, e inclusive económicas; en caso de que el paciente fuera cabeza de hogar y que dependieran de ese ingreso mes a mes. Por otro lado, también se ve afectada la institución donde ocurrió el inconveniente, por lo que no resulta positivo para el centro desde ningún punto de vista, tanto administrativo como de imagen, ya que eso denota la pobre formación profesional que tiene el personal médico, -aunque resulte muy probable la iatrogenia-, por su parte los hegemónicos del centro deberán llamar a los abogados del lugar para que brinden asesoría a todas las personas que puedan estar implicadas (enfermeros, médicos).

También resulta difícil para la familia del médico, ya que la carga con la que pasaría el galeno no le permitiría volver a la normalidad por algún periodo de tiempo y deberán prestarle apoyo psicológico (Astolfo, 2016).

Es fundamental que el personal médico cuente con una formación integral y perenne sobre cómo actuar ante casos de iatrogenia, desde un punto de vista ético y moral; además de la constante actualización profesional, cumpliendo con las perspectivas del desarrollo tecnológico y científico.

Si el paciente fallece, puede que la vida del médico corra peligro, ya que muchas veces son amenazados a muerte por los familiares del paciente fallecido, como sucedió en el Hospital Provincial Dr. José María Cullen, en Santa Fe, Argentina. En el 2015, un masculino de 22 años de edad, ingresa al hospital con una herida facial por proyectil de arma de fuego, el joven había sido trasladado desde el lugar donde ocurrió el hecho hasta la sala de emergencias del hospital; sin embargo, cuando fue ingresado ya estaba muerto. En el hospital se encontraba un grupo de aproximadamente nueve familiares del fallecido, quienes actuaron con vandalismo rompiendo

puertas, quebrando vidrios y amenazando a muerte a los médicos de que si no lo salvaban los mataban (Nación & Salud, 2015, párrs. 1-2-3).

Caso de mala praxis médica y su respectivo análisis legal

El caso de mala praxis médica que se analizará ocurrió en Naranjo de Costa Rica, el 29 de septiembre de 1989. Un agricultor de nombre Juan de Dios González Jiménez sufrió una laceración con un cuchillo, hiriéndose 4 dedos de su mano derecha. Acude a la Clínica del Seguro Social de Naranjo y de ahí lo refieren al hospital de San Ramón. En el centro hospitalario es atendido por el médico Bolívar Gerardo Alfaro Rojas, quien procedió inmediatamente a saturarle la herida, provocando así una inmovilización de sus dedos (Corte Suprema de Justicia, 2002, considerando).

En esa ocasión, el médico no atendió al procedimiento quirúrgico adecuado, llamado tenorrafía, sino que, por el contrario, procedió a saturarle su mano y, como consecuencia, le inmovilizó su extremidad superior derecha, por no corregir los tendones lesionados. A pesar de que se le hizo una segunda intervención quirúrgica (cinco meses después), el aquejado no logró recuperar la movilidad de los dedos.

En junio de 1990, Juan de Dios asiste al centro médico de Medicatura Forense de Alajuela, en donde el especialista forense dictaminó que en efecto la inmovilización de sus dedos había sido producto de la sutura indebida que le realizó el médico Bolívar Gerardo. En el mismo centro clínico se determinó la pérdida de un cuarenta por ciento de su mano derecha y una incapacidad general orgánica de un veintiséis por ciento (Corte Suprema de Justicia, 2002, resultando).

El aquejado interpuso la denuncia, y se declara con lugar el recurso en donde se condena al médico y a la Caja Costarricense de Seguro Social a pagarle diez millones de colones de manera

solidaria por concepto de daño material, cinco millones de colones por concepto de daño moral, intereses legales y las costas procesales desde el momento de la firmeza de la resolución hasta la fecha del pago (Corte Suprema de Justicia, 2002, por tanto).

Evidentemente, el médico fue inoperante al tratar una herida de la manera incorrecta; faltó a todas las normas éticas y procedimentales que como secuela provocó un sufrimiento psíquico, parálisis permanente, problemas de seguridad personal; sin perder de vista el sentimiento de angustia por tener que buscar otro oficio diferente al que desempeñaba puesto que se dedicaba a la agricultura.

Responsabilidad civil del daño moral

A este respecto, se tiene que el daño moral se divide en dos. Uno, daño moral subjetivo, y dos, daño moral objetivo. Sobre el subjetivo, es cuando se causa un daño a la salud, la psiquis, intimidad, integridad física. Se entiende entonces, como el sufrimiento físico o psíquico, a la inseguridad, desánimo, aflicción, pérdida de la satisfacción de vivir, desesperación, angustia por el hecho dañoso, etc. Con respecto al daño moral objetivo, es aquel daño que lesiona los derechos patrimoniales de la persona y que generan consecuencias económicas, como resultado del hecho dañoso (Corte Suprema de Justicia, 1992, considerando).

Corresponde al gestionante acreditar en autos las pérdidas y gastos que sufrió, resultado de la afectación moral sufrida¹¹; es decir, *onus probando incumbi actori* (Enciclopedia Jurídica, 2014). Como complemento, el Tribunal Contencioso Administrativo (2007) ha manifestado lo siguiente:

¹¹ El actor siempre es responsable de la carga de la prueba en ambas formas del daño sufrido; es decir, objetiva y subjetiva. Ya sea por medio de facturas donde demuestre de manera detallada los gastos a los que incurrió y también por medio de un perito capacitado para que determine el monto. (N. del A.).

los daños materiales han de ser verificables mediante pruebas que los demuestren, las que no existen en el proceso. En cuanto al daño moral subjetivo, entendido como el que incide en los bienes inmateriales de la personalidad, tales como la libertad, la salud o el honor, extraños al patrimonio, pueden ser indemnizables, siempre que su existencia y gravedad sean acreditados por la víctima; sin embargo, se ha admitido que tal prueba se puede lograr a través de presunciones de hombre, derivadas de indicios (párr., considerando).

Ya lo indica el artículo 41 constitucional¹², todas las personas pueden encontrar reparación ante injurias o daños. Ergo, cada vez que un médico realice conductas violatorias a la vida e integridad humana, deberá responder por la vía civil y penal, en caso de que así lo amerite la norma.

En la parte civil se juzgan todas aquellas acciones que ocasionen un daño a la integridad, aspecto físico o anatómico de la persona y que, a su vez, violente los derechos de la personalidad (Morales, 1994).

Dentro de ese marco, la responsabilidad civil lo que pretende es resarcir el daño ocasionado a la otra persona, por haber perturbado su equilibrio espiritual, físico y mental. Todas esas denuncias se deben exponer ante una autoridad judicial, con el único fin de que se repare el daño ocasionado y que se tomen las medidas penales pertinentes que se atribuyan al centro médico o al sujeto actuante.

Cuando exista una relación médico-paciente, instantáneamente se crea una relación jurídica de tipo contractual, como fuente de las obligaciones y derechos, tanto del médico como del

¹² Constitución Política, artículo 41: Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

paciente. Según (Montero, 1999) las obligaciones: “(...) suponen una relación entre dos personas, de las cuales una de ellas puede exigir de otra el cumplimiento de una determinada prestación consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa” (pág. 13).

Junto con las obligaciones vienen las responsabilidades, que es: “la sujeción del patrimonio de una persona que vulnera el deber de conducta, para que le haga frente a la obligación de resarcir el daño producido” (Montero, 1999, p. 313).

Existen dos tipos de obligaciones que son la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual. Según (Montero, 1999):

La responsabilidad, es la sujeción del patrimonio de una persona que vulnera un deber de conducta, para que le haga frente a la obligación de resarcir el daño producido. La extracontractual se diferencia de la contractual, en que la segunda implica la trasgresión de un deber de conducta impuesto por el contrato y la primera surge por la producción de un daño a otra persona sin que exista una previa relación jurídica entre el autor y el perjudicado. (p. 313)

Es decir, que la expresión extracontractual se da cuando se causa un daño, pero sin que exista un vínculo, como sí lo es en la contractual. Según (Pérez, 1991):

La extracontractualidad es una calificación especificadora que denota la falta de preexistencia de un vínculo concreto. La responsabilidad no viene en consideración por la inobservancia en vínculo determinado derivado de la ley o de un negocio, por lo que la responsabilidad extracontractual no es propiamente un sucedáneo para la restauración de la fuerza efectiva, como si lo es la responsabilidad contractual. (p. 388)

El Código Civil (Presidencia de la República de Costa Rica y Despacho de Justicia, 1886), en el artículo 1045, es claro al señalar que quien cause un daño a otro (dolo, falta, negligencia e imprudencia), está obligado a resarcir el menoscabo y perjuicio ocasionado por medio de una medida pecuniaria¹³. Como complemento, al artículo 1046 de la misma ley, apunta a la solidaridad de la obligación, sobre todas aquellas personas que participaron en la comisión del delito, en caso de que se hayan ocasionado daños y perjuicios en contra del paciente o de sus herederos¹⁴.

Dentro del ordenamiento jurídico de Costa Rica, el Código Penal contempla todo un título sobre las consecuencias civiles del hecho punible. Por lo tanto, los efectos que comprende el título VII del Código Penal son todos aquellos hechos punibles cometidos con imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia y que, como consecuencia, acarrea la reparación indemnizatoria del daño, la cual ordenará el comiso, la restitución, la reparación de daños y perjuicios¹⁵.

En contraste con el artículo 1046 del Código Civil, se contempla dentro del Código Penal la transmisión de la reparación civil; es decir, que aunque el paciente fallezca la reparación civil continúa siendo una obligación, la cual corresponderá a los herederos del ofendido, así lo establece también el artículo 107 del Código Penal¹⁶.

¹³ Código Civil, artículo 1045: Todo aquel que, por dolo, falta, negligencia o imprudencia, cause a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.

¹⁴ Código Civil, artículo 1046: La obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados con un delito o cuasidelito, pesa solidariamente sobre todos los que han participado en el delito o cuasidelito, sea como autores o cómplices y sobre sus herederos.

¹⁵ Código Penal, artículo 103: Todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que será determinada en sentencia condenatoria; ésta ordenará: Uno, la restitución de las cosas o en su defecto el pago del respectivo valor; dos, la reparación de todo daño; y la indemnización de los perjuicios ocasionados tanto al ofendido como a terceros; y tres, el comiso.

¹⁶ Código Penal, artículo 107: La obligación de la reparación civil pesa sobre la sucesión del ofensor y grava los bienes relictos, transmitiendo ésta a sus herederos en cuanto a los bienes heredados; y el derecho de exigirla, lo tendrán los herederos del ofendido.

Como fuentes de la responsabilidad civil extracontractual, se encuentran los delitos y los cuasidelitos. Sobre los delitos, más adelante se desarrollará el tema en la sección de la responsabilidad penal.

Para ejemplarizar esas dos figuras del derecho civil, y desde un punto de vista de los médicos anesthesiólogos, se puede decir que una obligación de carácter contractual es cuando el médico se compromete con el paciente a utilizar todo lo que esté a su alcance para lograr la anestesia adecuada según sea el caso, siempre y cuando el sufrido le pague los honorarios como corresponde. La relación extracontractual se podría dar cuando el anesthesiólogo se ve en la urgencia de intervenir y que, por su actuar, le provoca lesiones a la persona, no existe ahí un vínculo contractual y su conducta violenta el deber de cuidado (Uribe-Velázquez, 2006).

Aspectos por considerar antes de juzgar al médico: imputación objetiva

La imputación objetiva del resultado es un elemento del tipo de los delitos culposos. La denominación “imputación objetiva” se usa por la doctrina y por la jurisprudencia de diversas maneras: (a) para vincular el resultado y la conducta que realiza el tipo, (b) para la determinación de la tipicidad, (c) para constatar, una vez que se ha afirmado que la conducta es típica, en qué circunstancias el resultado debe ser atribuido a la conducta: es esta la imputación objetiva del resultado o imputación objetiva en sentido estricto (Terragni, 2010).

Según (Bacigalupo, 1985), la teoría de la imputación objetiva propone: “reemplazar la relación de causalidad por la imputación objetiva, es decir, por una conexión elaborada en base a las consideraciones jurídicas y no naturales (p. 41)”.

Lo que se valora negativamente es la conducta descuidada más su efecto, el cual va en desmedro del bien que el derecho intenta proteger mediante el mecanismo de amenazar con pena a quien lo ofenda con esa clase de comportamiento (Terragni, 2010).

Sobre la forma del hecho punible, el Código Penal bajo su numeral 18, hace referencia al delito de omisión impropia, del cual se lee lo siguiente: “(...) Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo” (pág. 29).

Consentimiento

El ordenamiento jurídico en Costa Rica es muy claro al establecer diferentes normas que resguardan el consentimiento del derechohabiente; por ejemplo, así lo establecen los artículos 22 y 27 de la Ley General de la Salud, donde ampliamente indica que las personas no pueden ser sometidas a ningún tratamiento médico sin su consentimiento¹⁷.

También, el artículo 27 de la misma ley indica que los representantes legales de menores e incapaces no pueden negar las prácticas o tratamientos que necesiten realizar los médicos en donde peligre la vida¹⁸.

En la misma línea, el Código Penal, bajo su numeral 26, sobre el consentimiento del derechohabiente y que para la protección del profesional de la salud estipula que no es delito

¹⁷ Ley General de la Salud, 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.

¹⁸ Ley General de la Salud, artículo 27: Los padres, depositarios y representantes legales de los menores e incapaces no podrán negar su consentimiento para someter a sus representados a prácticas o tratamientos cuya omisión implique peligro inminente para su vida o impedimento definitivo, según dictamen de dos médicos.

lesionar o poner en peligro siempre y cuando se haya brindado ese consentimiento, siempre y cuando no se trate de una persona incapaz¹⁹.

El Reglamento General de Hospitales (Caja Costarricense de Seguro Social, 1971), en el artículo 310, es cuidadoso al establecer que aunque un paciente se encuentre en estado de lucidez mental, se le deberá de informar sobre cualquier intervención quirúrgica que se le necesite realizar, de igual manera la persona deberá firmar una autorización consintiendo el procedimiento médico²⁰.

Sobre el asunto, el Código de Familia (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1973), en el artículo número 144, indica que en el momento en que sea necesaria la hospitalización, tratamiento, intervención quirúrgica elementales para resguardar la vida de un menor de edad queda otorgado el consentimiento de manera facultativa²¹. Por otro lado, el Código de Ética Médica, en el numeral 37, en su segundo párrafo indica que el médico no puede realizar acciones sin el consentimiento del paciente o el de su representante legal; sin embargo, realiza la salvedad de que en casos de que sea de absoluta urgencia lo puede hacer²².

Atendiendo a estas consideraciones, el consentimiento informado está muy bien protegido, por lo que es imperativo que se respete la libertad que tiene el paciente o su representante legal para decidir si se somete o no a un procedimiento médico. Por su parte, el médico es quien decide

¹⁹Código Penal, artículo 26: No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente puede darlo.

²⁰ Reglamento General de Hospitales, artículo 310: Todo paciente en estado de lucidez mental deberá ser informado de cualquiera intervención quirúrgica, procedimiento o examen cruento que deba efectuársele y deberá firmar debida autorización para que se le realice tal tipo de tratamiento; en casos de enfermos menores de edad o inconscientes, la autorización deberá firmarla su representante legal o su pariente más allegado disponible.

²¹ Código de Familia, artículo 144: Cuando sea necesaria una hospitalización, un tratamiento o una intervención quirúrgica, decisivos e indispensables para resguardar la salud o la vida del menor, queda autorizada la decisión facultativa pertinente, aun contra el criterio de los padres. En los casos de menores representados por el Patronato Nacional de la Infancia, se aplicará igual disposición ante una discrepancia.

²² Código de Ética Médica, artículo 37: Con las excepciones que establece la Ley, el médico está obligado a informar a sus pacientes sobre el riesgo presente o eventual de cualquier medicamento, procedimiento médico o quirúrgico. No debe emprender ninguna acción sin el consentimiento del enfermo o de su representante legal si es menor de edad o está incapacitado jurídicamente, exceptuados los casos de absoluta imposibilidad o urgencia.

cuál es el procedimiento que más le favorece al enfermo, así como también está en la obligación de explicar los riesgos y beneficios que ese procedimiento podría acarrear. En virtud de lo anterior, los médicos siempre deben de tener como objetivo primordial mejorar la salud del enfermo, siguiendo las normas de la sana crítica que establece la *lex artis*.

Una vez manifestado el consentimiento del paciente o de su representante legal de manera válida, para algún procedimiento quirúrgico, el médico se estaría eximiendo de una potencial demanda por mala práctica médica, ya que el paciente estaría asumiendo la responsabilidad por cualquier consecuencia, ya sea de manera positiva o negativa.

A la hora de firmar el consentimiento informado, aparece una cláusula en donde pareciera que el médico se exime de cualquier responsabilidad, esto una vez firmado el documento por parte del paciente o su representante legal. Sin embargo, la cláusula es nula, debido a que la única función de ese documento es dejar por escrito lo que el médico le va a hacer al paciente, en qué consiste la cirugía, el tiempo de recuperación, los efectos secundarios, los riesgos probables, entre otros.

El documento sirve para que el paciente autorice al profesional a realizar el procedimiento médico. Empero, eso no significa que, si en caso de que ocurra un inconveniente letal para el paciente o que le provoque daños, el documento va a fungir como prueba de exoneración de mala práctica médica ya que es obligación del médico responder siempre por la mala actuación médica.

Eximentes de responsabilidad

Existe una serie de situaciones en que las acciones que realiza el médico puede que se vean exentas de algún tipo de penalización o medida sancionatoria.

Por lo que se deberá de analizar el caso en específico; de manera que, de las causas de justificación, es importante conocer que “la existencia de una causa de justificación no suprime la tipicidad, pero si la antijuridicidad. Para el juicio de la antijuridicidad, la acción justificada tiene el mismo valor que la acción no típica” (Baumann, 1973, p. 183).

Aquí impera la necesidad de saber distinguir entre acción y omisión, para así determinar si, aunque la acción fue antijurídica no era típica, ya que al no cumplir con los tres elementos fundamentales (típica, antijuridica y culpable) de la teoría del delito y no existir un daño al bien jurídico de la vida, no constituiría un delito, así que se podría excusar el error médico.

Se puede exonerar a un médico de toda culpa, siempre y cuando haya actuado a lo mejor de sus capacidades y de manera diligente. Verbigracia, bajo situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, cuando el paciente o representante legal haya brindado el consentimiento para realizar alguna intervención quirúrgica, casos de iatrogenia, estado de necesidad, etc.

Existe un trasfondo en el tema y es que los médicos cuentan con la figura del “riesgo permitido”, el cual consiste en lo siguiente (Cabanellas, 2000):

Daños eventuales anejos al desempeño de actividad propia de una profesión u oficio, dentro de las características habituales del individuo y de aquella; y responsabilidad que origina para reparar los males y perjuicios sufridos en caso de concretarse la eventualidad desfavorable. (p. 336)

Adicional a eso, las lesiones consentidas son consideradas como una causa de exculpación, por lo que al tenor de lo que dicta el artículo 129 del Código Penal, no son punibles las lesiones que se produzcan con el consentimiento de la persona²³.

Como se puede inferir, un juez puede atenuar el monto de la reparación civil, en caso de que se compruebe que el paciente incurrió en la autopuesta en peligro. Por ejemplo, el médico le indicó al paciente que debía de guardar reposo, no hacer esfuerzo, tomar los medicamentos en las horas señaladas y, sin embargo, el paciente no siguió las recomendaciones. Eso se conoce como reparación disminuida por culpa de la víctima, esto lo indica así el artículo 105 del Código Penal²⁴.

Hipótesis de solución

Es imperativo que Costa Rica avance en la construcción de instrumentos jurídicos más eficientes para la protección de los derechos que le fueron violentados a todas aquellas víctimas de mala práctica médica, ya que se trata de daños que muchas veces son irreversibles, los cuales, inclusive, pueden ocasionar la muerte, daños que podrían generar gastos con montos fuera del alcance del paciente, para el pago de medicamentos costosos que no brinde la Caja Costarricense de Seguro Social, gastos como tratamientos curativos o preventivos fuera del país (inclusive). Por ejemplo, una mejora podría ser que se apruebe una ley donde se pueda suspender con rapidez a todos aquellos profesionales que provocaron algún daño al paciente.

²³ Código Penal, artículo 129: No son punibles las lesiones que se produzcan, al lesionado con su consentimiento, cuando la acción tiene por fin beneficiar la salud de otros.

²⁴ Código Penal, artículo 105: Cuando la víctima haya contribuido por su propia falta a la producción de un daño, el Juez podrá reducir equitativamente el monto de la reparación civil.

Por lo que, como recomendación para el consumidor, es necesario informarse bien sobre el procedimiento que desea realizar, investigar si el centro clínico cumple con todas las normas de salubridad, si el médico está capacitado o colegiado; todo lo anterior, antes de pagar por un servicio que podría traer consecuencias catastróficas en la vida de la persona.

Todos esos descuidos de centros estéticos médicos le están costando mucho dinero a la Caja Costarricense de Seguro Social y, por ende, a todas aquellas personas quienes contribuyen al régimen de la Caja, ya que los pacientes que sufren algún daño físico terminan acudiendo a centros clínicos de índole público, pasándole así, de manera indirecta, la factura al Estado.

Esas personas llegan a esos centros de medicina estética y constructiva con la expectativa de tener una mejor apariencia física y en algunos de los casos salen con daños irreversibles; como, por ejemplo, centros que inyectan polímeros²⁵ en los glúteos y hasta en la cara de las personas, provocando estragos en el paciente.

Existe un vacío legal que debe de sanarse. Una vez ingresado un paciente, víctima de mala práctica médica, le cuesta mucho dinero a la Caja puesto que los tienen que atender especialistas y dependiendo de los casos se deben de hacer lavados quirúrgicos, resonancias magnéticas, brindarles medicamentos para aliviar el dolor que sienten, etc.

Conclusiones

De este trabajo se puede concluir lo siguiente:

²⁵ Diccionario de la Lengua Española (Real Academia de la Lengua, 2014): Compuesto químico, natural o sintético, formado por polimerización y que consiste esencialmente en unidades estructurales repetidas.

Prmero. -Existen muchas vías para canalizar las denuncias por mala práctica médica, como, por ejemplo, la vía administrativa, penal, civil, contencioso administrativo. Lo más recomendable es dirigirse al centro clínico responsable y tratar de conciliar (también se puede hacer en sede penal); en caso de que la víctima no quede satisfecha siempre puede acudir a la entidad gubernamental competente, junto con su representante legal para interponer la denuncia según corresponda.

Segundo. -Los factores que inducen a la presentación de una denuncia son la violación de los derechos humanos y de los bienes jurídicos eminentemente personales, así como también el cobro de los daños y perjuicios. No se trata de la indemnización económica o de actuar de manera oportunista ante casos de posible mala práctica médica, sino, también, de una reparación del daño moral ocasionado. Desafortunadamente, el paciente es la parte débil de la ecuación y muchas personas han muerto en manos de aquellos llamados médicos por título, pero no por vocación.

Tercero. -Lo correspondiente a la responsabilidad civil tiene que ver con el resarcimiento económico y lo correspondiente a la responsabilidad penal tiene que ver con la sanción que según la normativa costarricense imponga para todos aquellos profesionales de la salud que hayan delinquido y faltado a las normas éticas y legales; en el supuesto de la mala práctica médica, ya sea por medio de: pena por cárcel o la inhabilitación para practicar la medicina.

Referencias

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1973). *Código de Familia*. Recuperado de

<http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/codigodefamilia.pdf>

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1970). *Código Penal*. Recuperado de

http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Costa_Rica.pdf

Asamblea Nacional Constituyente. (1949). *Constitución Política de la República de Costa Rica*.

Recuperado de

http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1973). *Ley General de Salud*. Recuperado

de

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=6581&strTipM=TC

Astolfo, F. (2016). Iatrogenia en Cirugía ¿Cómo Evitarla? *encolombia*, (21), 1. Recuperado de

<https://encolombia.com/medicina/revistas-medicas/cirugia/vc-211/ciru21106-iatrogenia/>

Baumann, J. (1973). *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema: introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Buenos Aires: Editorial Depalma. Recuperado de <https://es.scribd.com/doc/30576901/Bauman-Jurgen-Derecho-Penal-Conceptos-Fund-Amen-Tales-y-Sis>

Bacigalupo, E. (1985). *Lineamientos de la teoría del delito*. San José: Editorial Juricentro.

Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL.

Cabanellas, G. (2000). *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Cabezas, Y. (2015). Asegurados sienten que denunciar malos tratos y negligencia en la CCSS es un calvario. *crhoy.com*, p. 1. Recuperado de <http://www.crhoy.com/archivo/asegurados-sienten-que-denunciar-malos-tratos-y-negligencia-en-la-ccss-es-un-calvario/nacionales/>

Cafferata, J. (1998). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Canady, M. R. (2016). THE VERDICT IS IN: SURVIVING A MEDICAL MALPRACTICE TRIAL. *Physician Leadership Journal*, 3(3), 14-17. Recuperado de <http://web.b.ebscohost.com/ehost/detail/detail?vid=2&sid=d0708510-e823-4030-a2e4-c5112f994be3%40sessionmgr120&hid=101&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#AN=115234410&db=buh>

Castro, J. A. (2008). *Teoría del delito*. San José: Poder Judicial.

Centro de Información Jurídica en Línea. (2008). *Responsabilidad civil en la práctica del estudiante de medicina*. Recuperado de

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portalinvestigaciones.php?x=MTQ1MQ==>

Corte Suprema de Justicia. (1994). *Sala Primera de la Corte. Res.: 112-199*. Recuperado de

http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=3&tem1=da%C3%B1os&nValor1=1&nValor2=1430¶m7=0&strTipM=T&IResultado=29&strLib=LIB

Corte Suprema de Justicia. (2002). *Sala Primera de la Corte. Res.: 606-2002*. Recuperado de

http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=210990&tem1=Malafa%20praxis&strTipM=T&IResultado=3&strTem=ReTem

Enciclopedia Jurídica. (2014). *Enciclopedia Jurídica*. Recuperado de

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/onus-probandi-incumbit-actori/onus-probandi-incumbit-actori.htm>

Montero, F. (1999). *Obligaciones*. San José: Editorial Premià Editores.

Morales, E. (1994). *La responsabilidad penal y civil del médico en las demandas por negligencia profesional*. San José: Editorial IJSA.

Nación & Salud. (2015). Santa Fe: Destrozos y amenazas de muerte a médicos del Htal. Cullen. (Martes 11 de abril, 2015). *Nación & Salud. El Periódico On Line de la Red Argentina de Salud*. Recuperado de

<http://nacionysalud.com/node/4472>

Pérez, V. (1991). *Derecho Privado*. San José: Editorial LIL.

Presidencia de la República de Costa Rica y Ministro de Salud. (2016). *Decreto Ejecutivo N° 39609-S. Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica*. Recuperado de:

<http://portal.medicos.cr/documents/20183/533000/Co%CC%81digo+de+E%CC%81tica+Me%CC%81dica+2016.pdf/c9ca8bdc-d3ba-4b32-9fa8-70e0f4610f18>

Presidencia de la República de Costa Rica y Despacho de Justicia. (1886). *Código Civil*.

Recuperado de

http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/Pginas/Leyes.aspx

Quesada, M. (2016, octubre, 18). *Responsabilidad médica sobre mala praxis: aspectos civiles, penales y de seguros* [video]. Recuperado de

<https://www.youtube.com/watch?v=EvVqjQ9VmvE>

Ramiro, A. (27 octubre de 2002). *Médico investigado por amputación equivocada*. (Editorial).

Nacion.com. Recuperado de

http://www.nacion.com/ln_ee/2002/octubre/27/pais2.html

Real Academia de la Lengua Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. (23ª. ed.).

Madrid: Espasa. Recuperado de

<http://www.rae.es/obras-academicas/diccionarios/diccionario-de-la-lengua-espanola>

Terragni, M. A. (2010). *El delito culposo en el tránsito y la medicina*. San José: Editorial Jurídica

Continental.

Tribunal Contencioso Administrativo. (2007). *Sentencia 407-2007*. Recuperado de

http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=3&tem1=d%C3%B1os&nValor1=1&nValor2=387029¶m7=0&strTipM=T&IResultado=29&strLib=LIB

Uribe-Velázquez, H. M. (2006). El médico anesestesiólogo y su responsabilidad civil. *Revista*

Mexicana de Anestesiología, 1-4. Recuperado de

<http://www.medigraphic.com/pdfs/rma/cma-2006/cmas061u.pdf>

Vargas, C., & Ruíz, M. (2003). Aspectos legales de las notas de enfermería. *Colegio De*

Enfermeras De Costa Rica, (1409-1992). Recuperado de

<http://www.binasss.sa.cr/revistas/enfermeria/v25n2/3.pdf>