

## **Responsabilidad administrativa por el funcionamiento del servicio público hospitalario**

**Ernesto Jinesta L.**

### Sumario:

Introducción. 1.- Supuestos de responsabilidad administrativa por funcionamiento de los servicios públicos hospitalarios. 2.- Responsabilidad de los servicios hospitalarios por sacrificio especial o sin falta. 3.- Responsabilidad de los servicios hospitalarios por funcionamiento anormal o falta de servicio. A.- Responsabilidad por actos médicos o quirúrgicos. B.- Responsabilidad por la organización y funcionamiento del servicio hospitalario. B.1.- Concepto de hospital. B.2.- Cobertura de este tipo de responsabilidad. B.3.- Condiciones de funcionamiento de los hospitales. B.4.- Tipo de actividades en un hospital y posibles fuentes de responsabilidad administrativa. a) Actividades Administrativas. a.1) Proveduría. a.2) Mantenimiento. a.3) Lavandería y ropería. a.4) Transportes. b) Actividades auxiliares de diagnóstico y tratamiento. b.1) Radiología y Servicio de Medicina Nuclear. b.2) Laboratorio Clínico y Banco de Sangre. b.3) Farmacia. b.4) Enfermería. b.5) Servicio de esterilización de equipos. c) Actividades de atención directa al paciente. c.1) Consulta externa. c.2) Servicio de atención de emergencias. d) Salas de operaciones. e) Disposición y tratamiento de desechos hospitalarios. f) Listas o tiempos de espera de los pacientes. 4.- Derechos y obligaciones del paciente usuario de los servicios públicos hospitalarios. A.- Derechos del paciente frente al médico y personal auxiliar que le atiende. B.- Derechos del paciente frente al establecimiento hospitalario. C.- En especial sobre el derecho al consentimiento informado. C.1.- Fundamento constitucional. C.2.- Concepto. C.3.- Excepciones. C.4.- Marco normativo. D.- obligaciones de los pacientes de los servicios hospitalarios.

## Introducción

La confluencia de tres derechos fundamentales, cuya titularidad y goce ostentan los administrados, como el de la salud –extraído del artículo 21 constitucional en cuanto proclama el Derecho a la vida-, el resarcitorio –artículo 41 constitucional- y al buen funcionamiento de los servicios públicos –artículo 140, inciso 8, constitucional-, demanda que la administración sanitaria cumpla fiel y cabalmente una serie de obligaciones preexistentes –constitucionales y legales- que le impone el ordenamiento jurídico para con los usuarios de los servicios de salud.

El incumplimiento de esas obligaciones provoca una falta de servicio de los servicios públicos de salud en sus diversas manifestaciones –prestación tardía, defectuosa u omisión en la prestación- y la consiguiente responsabilidad administrativa frente a los usuarios y pacientes de aquellos. Desde luego, que en la prestación y gestión normal de los servicios públicos de salud, la administración no está exenta de provocarle a los usuarios o administrados un sacrificio singular o especial, que por la intensidad excepcional de la lesión antijurídica inflingida (anormalidad) y la pequeña proporción de afectados (especialidad) deba resarcirlo.

El presente artículo tiene por objeto identificar los escenarios factibles en que la administración sanitaria resulta patrimonialmente responsable frente a los usuarios de los servicios públicos de salud, determinar con claridad el catálogo de obligaciones preexistentes que debe observar en los diversos sub-sectores de esta parcela de la función administrativa, así como analizar los derechos y deberes de los usuarios y pacientes, en cuanto son el eje del servicio público de la sanidad.

1.- Supuestos de responsabilidad administrativa por funcionamiento de los servicios públicos hospitalarios.

A la administración sanitaria, concretamente, en la prestación de los servicios de salud en hospitales y clínicas le resulta aplicable el entero régimen jurídico de la responsabilidad administrativa en general (artículos 190 y siguientes de la LGAP), con algunas variables y matizaciones propias y específicas que dimanar de la naturaleza propia del servicio público.

En el vasto campo de los servicios públicos hospitalarios es preciso delimitar y acotar campos de responsabilidad administrativa que se rigen por

principios diversos. En primer término, se debe hacer un esfuerzo por identificar y agrupar las hipótesis de responsabilidad administrativa que puedan presentarse en este ámbito, según los sistemas o regímenes de responsabilidad administrativa que hemos estudiado. Así, es preciso identificar las posibles hipótesis de responsabilidad de la administración sanitaria por sacrificio especial o sin falta y luego, en el ámbito de la responsabilidad por falta de servicio, deslindar la responsabilidad administrativa derivada (a) del funcionamiento y organización de los nosocomios que incluye las lesiones antijurídicas causadas a los pacientes por la infraestructura y condiciones de funcionamiento de tales establecimientos públicos y (b) de los actos curativos y tratamientos brindados por los médicos y demás personal paramédico o auxiliar (enfermeras y técnicos).

## 2.- Responsabilidad de los servicios hospitalarios por sacrificio especial o sin falta.

En los hospitales y clínicas públicas es posible encontrar supuestos de responsabilidad por sacrificio especial o sin falta. Así, por ejemplo, cuando se utiliza en los pacientes métodos terapéuticos experimentales o nuevos que provocan riesgos desconocidos o conocidos pero de naturaleza excepcional –daño remoto- en los enfermos.

Podemos ubicar, también, el caso de los pacientes contaminados en una instalación hospitalaria pública por el virus del VIH o SIDA por medio de transfusiones sanguíneas, cuando la sangre ha sido obtenida de un banco privado que presuntamente le ha practicado todas las pruebas para evitar una posible contaminación de la mortal enfermedad.

La figura del error médico excusable nos permite, también, ubicarnos en el terreno de la responsabilidad sin falta, puesto que, en este caso la acción profesional es ejecutada dentro de los niveles de diligencia, prudencia, pericia y reglas del arte (*lex artis ad hoc*), sin embargo se produce un daño que no entra dentro de la previsibilidad científica del profesional, por tratarse de sectores de actividad inseguras o dudosas con los medios científicos y técnicos disponibles. Se trata de una incapacidad ante lo desconocido por las limitaciones en el avance de la ciencia y no por ignorancia de las reglas del arte. Ahora bien, al haberse producido una lesión antijurídica dentro del sistema hospitalario a un paciente se le ha provocado un sacrificio singular

que se debe indemnizar. Estos supuestos ponen de manifiesto la objetividad de la responsabilidad de los servicios públicos hospitalarios.

Queda descartada la posibilidad de incluir en el terreno de la responsabilidad por sacrificio especial la diatrogenia, puesto que, en este caso el paciente posee una condición singular o particular que genera un daño como consecuencia de un tratamiento médico, no obstante, la ciencia médica si la conoce y registra pero el médico tratante no, por lo que activa un mal que ya de por sí tiene el paciente.

De la misma forma, hay responsabilidad por sacrificio especial cuando un paciente que ha sido sometido a tratamientos o intervenciones invasivas adquiere una bacteria intra hospitalaria (v. gr. la “come carne”) que le provoca la muerte o la amputación de algún miembro pese a todas las medidas de higiene y de asepsia adoptadas –funcionamiento normal-. En este caso se le ha provocado al paciente un sacrificio singular que no tiene el deber de soportarlo.

3.- Responsabilidad de la seguridad social por funcionamiento anormal o falta de servicio.

Tradicionalmente en el ámbito del funcionamiento anormal de los servicios hospitalarios se distingue entre dos supuestos: A) Responsabilidad por acto médico o quirúrgico y B) Responsabilidad por la organización y funcionamiento del servicio hospitalario.

A.- Responsabilidad por actos médicos o quirúrgicos.

Debe tomarse en consideración la *lex artis ad hoc*, que constituye un criterio de valoración acerca del carácter técnicamente correcto del concreto acto médico ejecutado por el profesional en medicina y de sus resultados, para lo cual deben ponderarse diversos factores tales como los siguientes: a) el autor del acto médico, donde influyen sus circunstancias personales y profesionales, tales como su especialidad; b) el objeto sobre el que recae el acto médico singular o específico, tales como su dificultad; c) el estado del enfermo –gravedad o estado crítico- y de su familia –que puede presionar por la práctica de un tratamiento o intervención o la dispensa de un medicamento o tratamiento -; d) el protocolo existente en el cual se establecen una pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento terapéutico; y d) la propia organización sanitaria donde se ejecuta el acto, puesto que, debe contarse con

circunstancias, instrumentos y medios adecuados. La corrección del acto médico es importante para determinar la existencia de una causal de exoneración de responsabilidad, atenuarla o bien agravarla.

Es importante señalar que no siempre la prestación asistencial o sanitaria debida puede garantizar el restablecimiento de la salud del paciente y, eventualmente, su vida, dado que, en el caso de pacientes con enfermedades terminales o con patologías de alto riesgo. En consecuencia, habrá hipótesis en que las consecuencias dañosas para un paciente no derivan de la prestación sanitaria sino de lo delicado de su situación de salud previa. De modo que para que surja la responsabilidad es preciso que, además, en la prestación sanitaria se haya infringido el criterio de la *lex artis ad hoc*, esto es, debe valorarse la corrección de la prestación sanitaria brindada para el caso concreto sobre la base del criterio de la normalidad que representa la *lex artis ad hoc* o estado del saber del momento.

Se incluyen en este epígrafe todos aquellos actos que deben efectuarse, exclusivamente, por un médico o un cirujano (v. gr. diagnósticos, escogencia o determinación de tratamientos, ejecución de operaciones quirúrgicas) y todos los que no pueden ejecutarse por los auxiliares –enfermeras o técnicos– si no es bajo la responsabilidad y supervisión directa de un médico en condiciones que le permitan controlar su ejecución (v. gr. suministro de anestesia, radiología, inyecciones y perfusiones).

Destacan los retardos (v. gr. en la aplicación de un masaje cardíaco o en una intervención quirúrgica después de haberse diagnosticado una gangrena gaseosa) y los errores de diagnóstico (v. gr. no brindar tratamiento antitetánico cuando el riesgo de tétano es real o utilizar un método de parto normal cuando, según las circunstancias particulares de la paciente y del nasciturus, lo más recomendable y acertado es una cesárea).

Desde luego, que cae en la órbita del médico tratante verificar los resultados de la operación quirúrgica y del tratamiento suministrado antes de dar la salida, pues de lo contrario se produce una falta (v. gr. médico que le practica un legrado a una paciente ante un embarazo ectópico y le da la salida antes de haber removido todo el producto, produciéndose una infección general y agravamiento de su estado de salud en su domicilio).

Debemos incluir, también, aquí las hipótesis de falta personal impura del médico o del personal auxiliar parcialmente conectada con el servicio -falta de servicio- por aplicación de los criterios de conexión, esto es, por

haberse producido la lesión antijurídica con ocasión del servicio empleando los instrumentos –infraestructura, aparatos y equipo-, las circunstancias –durante el lapso en que se debe prestar el servicio y en el lugar donde se hace- y los fines –preventivos o curativos o, en general, de seguridad social del ente público al que pertenece el hospital-.

La diatrogenia es la acción adversa o perjudicial que resulta directa o indirectamente de la actividad terapéutica o diagnóstica del equipo de salud, con lo que se abarcan las reacciones secundarias que producen las sustancias, medicamentos o equipos empleados en la acción curativa. Este concepto comprende los daños sufridos por caso fortuito, riesgo imprevisible o la misma enfermedad padecida. La diatrogenia genera una responsabilidad administrativa por funcionamiento anormal del servicio público, ya que, como se señaló precedentemente el caso fortuito no excluye la responsabilidad administrativa.

La mal praxis es la actuación imprudente o negligente de un médico que ocasiona un daño en la salud del paciente y que de haberse procedido de forma correcta no se hubiere verificado. La mal praxis al constituir una falta personal del médico –culpa grave- da origen a una responsabilidad por funcionamiento anormal del servicio público sanitario.

Obviamente, en los casos de faltas de servicio anónimas, la administración pública sanitaria será responsable, puesto que, en el tratamiento o intervención del paciente ha intervenido un equipo médico y de auxiliares dificultándose la identificación del verdadero autor del daño, dado el encubrimiento natural que se produce entre los miembros del grupo.

Esta materia, originalmente, estuvo sometida a un nivel alto de funcionamiento anormal, por lo que se requería de una falta grave para que existiera responsabilidad, sin embargo modernamente se admite que la falta leve genera responsabilidad administrativa.

En cuanto a estos supuestos, la carga de la prueba debe invertirse y establecerse una presunción de falta de servicio, cuando se trata de pacientes o enfermos que ingresan a un centro hospitalario para una simple cura o intervención benigna y egresan con una grave secuela que, normalmente, no debe presentarse. Tales casos serían, a título de ejemplo, una inyección intramuscular que le provoca al paciente una parálisis de un miembro inferior, la extracción de una cordal que le provoca una parálisis facial, las quemaduras provocadas con equipo o material radiológico, las perturbaciones graves derivadas de la aplicación de anestesia, un paro cardíaco o lesiones cerebrales posteriores a una broncoscopia, etc..

Conviene hacer referencia a la denominada “medicina defensiva”, la cual repercute de forma negativa en el funcionamiento de los sistemas hospitalarios y de salud. Esa modalidad surge ante el aumento extraordinario de demandas de responsabilidad contra los médicos. Como una forma de evitar esa amenaza latente de una eventual imputación o reclamación de mal praxis, los médicos prescriben la realización de pruebas diagnósticas (análisis, radiografías, resonancias, etc.) que exceden de lo habitual o normal, atendiendo la patología y circunstancias del paciente, para evitar un diagnóstico errado y así todo riesgo de responsabilidad. Este tipo de medicina defensiva o excesiva, le provee al profesional que la practica la protección frente a eventuales y futuras demandas de responsabilidad, demostrando que la prestación asistencial fue conforme a la *lex artis*. Sin embargo, ese celo excesivo y, en ocasiones, infundado de los médicos repercute de forma negativa en el servicio público hospitalario y sanitario en general, por cuanto, retarda la prestación efectiva, quebrantándose los principios de eficacia, eficiencia, celeridad, continuidad y regularidad y se encarece significativamente la asistencia sanitaria prestada a los pacientes al efectuarse pruebas de las que bien pudo prescindirse. Adicionalmente, la medicina preventiva contraría la ética médica, puesto que, el fin de todo médico es la curación del enfermo, adoptando las medidas y tratamientos más adecuados a ese fin y no prescribiendo aquellos que le provean protección ante una eventual demanda de responsabilidad. Resulta claro que el criterio o parámetro de normalidad representado por la *lex artis* debe evolucionar y adaptarse a las exigencias de los cambios tecnológicos y científicos, pero no se debe prestar para justificar una defensa del gremio de los médicos, de modo que el juez contencioso-administrativo debe ser muy cuidadoso al momento de ponderar los elementos probatorios, sobre todo los peritajes o experticias que pueden ser proclives a favorecer y fomentar la “medicina defensiva”.

B.- Responsabilidad por la organización y funcionamiento del servicio hospitalario.

B.1.- Concepto de hospital.

Debe tomarse en consideración que la Ley General de Salud , en su artículo 69, párrafo 1º, estipula que *“Son establecimientos de atención médica, para los efectos legales y reglamentarios, aquellos que realicen*

*actividades de promoción de la salud, prevención de enfermedades o presten atención general o especializada, en forma ambulatoria o interna, a las personas para su tratamiento y consecuente rehabilitación física o mental.”*

Por su parte, el artículo 3° del Reglamento General de Hospitales Nacionales (Decreto Ejecutivo No. 1743-SPPS del 4 de junio de 1971, publicado en la Alcance No. 71 a la Gaceta No. 143 del 14 de julio de 1971), establece que *“Hospital es el establecimiento destinado a realizar todas o algunas actividades de recuperación, rehabilitación, fomento y protección de la salud, mediante atención cerrada o ambulatoria. Son además centros de enseñanza e investigación”*.

Una norma fundamental del Reglamento General de Hospitales Nacionales que le fija una serie de obligaciones a tales establecimientos en el artículo 303 al indicar lo siguiente:

*“El objeto fundamental de los hospitales es cuidar de la salud de los habitantes de su área de atracción. En consecuencia, todos los esfuerzos del establecimiento deberán tender a proporcionarles los procedimientos técnicos a su alcance para fomentar, proteger, recuperar y rehabilitar la salud de los mismos. Estas acciones deberán ser programadas y ejecutadas en la forma más oportuna, eficaz y humana...”*

El artículo 1° del Reglamento General de Hospitales indica que *“El Sistema Hospitalario está integrado por todas las instituciones de asistencia médica, especializadas o no, que funcionen en el país”*.

Después de la promulgación de la Ley No. 5349 del 24 de septiembre de 1973 (administración Figueres Ferrer), denominada de universalización de los seguros sociales, el ente público titular y administrador del sistema hospitalario lo es la Caja Costarricense de Seguro Social, puesto que, en el artículo 1°, párrafo 1°, de esa ley se dispuso lo siguiente: *“Para efectos de la universalización del Seguro de Enfermedad y Maternidad, cuya administración se ha confiado a la Caja Costarricense de Seguro Social, así como para el logro de un sistema integral de salud, el Ministerio de Salubridad Pública, las Juntas de Protección Social y los Patronatos a cargo de instituciones médico-asistenciales, traspasarán a la Caja las instituciones que de ellos dependen. La Caja queda facultada para recibir dichas*

*instituciones, de acuerdo a su ley, reglamentos y programas de extensión o universalización (...)*". Por supuesto que tal transferencia supuso el traslado de las respectivas rentas e ingresos, bienes muebles e inmuebles, equipos y personal. Actualmente, entre hospitales nacionales, regionales y periféricos la CCSS maneja alrededor de 27, más las Clínicas y los EBAIS.

## B.2.- Cobertura de este tipo de responsabilidad.

Debemos indicar que comprende todas las faltas que se producen en la organización o funcionamiento del hospital como estructura administrativa y en los simples actos de cura, con lo que se hace referencia al conjunto de medios o recursos administrativos, materiales, tecnológicos y humanos y la racionalidad y diligencia en su uso.

En este apartado se incluye la coordinación del personal, la información a los pacientes –consentimiento informado-, la organización de los locales, las condiciones y utilización de los materiales, la vigilancia, supervisión y seguimiento de los enfermos, la presencia de personal calificado, etc.

De la misma forma, se debe incluir los actos de cura simple o corriente, esto es, que no presentan ningún grado de dificultad seria y que no requieren de conocimientos especializados por cuanto son efectuados por auxiliares médicos o técnicos sin inconvenientes de ningún tipo y sin intervención o vigilancia médica. Es posible, ubicar también los actos simples practicados por un médico como tomas de muestras de sangre, inyecciones, cambios de vendas, etc.

## B.3.- Condiciones de funcionamiento de los hospitales.

Las condiciones y requisitos de funcionamiento de las diferentes áreas que integran un hospital, sea administrativas , auxiliares de diagnóstico y tratamiento, de atención directa al paciente (médicas y quirúrgicas) se encuentran claramente establecidas, tal y como veremos más adelante en el Reglamento General de Hospitales Nacionales. Sin embargo, la Ley General de Salud establece unas de carácter genérico, con lo cual encontramos las primeras obligaciones preexistentes de los servicios hospitalarios.

En efecto, el artículo 70 de la Ley General de Salud preceptúa que *“Todo establecimiento de atención médica deberá reunir los requisitos que dispongan las normas generales que el Poder Ejecutivo dicte para cada categoría de éstos, en especial, normas técnicas de trabajo y organización;*

*tipo de personal necesario; planta física, instalaciones; equipos; sistemas de saneamiento y de eliminación de residuos y otras especiales que procedan atendiendo a la naturaleza y magnitud de la operación del establecimiento.”*

El Reglamento General de Hospitales, por su parte, en el artículo 44 establece que *“El establecimiento es un todo indivisible y todas las funciones que en él se desarrollan están íntimamente ligadas entre sí. En consecuencia, los médicos deberán contribuir con interés a las labores administrativas, cumpliendo y haciendo cumplir los Reglamentos, vigilando la eficiencia y comportamiento del personal, cuidando el ingreso justificado y el alta oportuna de los enfermos, así como el orden y conservación de los equipos, dando ejemplo al personal con su propia conducta”*.

De modo general y sin entrar en el detalle normativo que se efectuará infra, podemos afirmar que las administraciones sanitarias tienen una serie de obligaciones generales preexistentes, inherentes a la naturaleza del servicio público hospitalario –cuyo quebranto provoca una falta de servicio-. Así, a modo de ejemplo y sin ningún ánimo exhaustivo, tenemos las siguientes:

a) La infraestructura hospitalaria debe contar con las condiciones de higiene y asepsia que requieren los pacientes, así como las previsiones necesarias para garantizar su salud, restablecimiento y mejoramiento. Este aspecto tiene que ver con las condiciones de los quirófanos y su instrumental, salas de recuperación, de emergencia, de aislamiento y de las tuberías de agua potable y de oxígeno. Resulta, por ejemplo, un quebranto a tales obligaciones preexistentes el que la tubería de aguas negras se encuentre expuesta en un quirófano o que el suministro de oxígeno a los pacientes sea interrumpido por un tercero vinculado o ajeno al servicio que tiene fácil acceso al cuarto de mando o control.

b) Se debe informar de forma clara, precisa y circunstanciada a los pacientes para que ponderen los riesgos y secuelas particulares de una intervención o tratamiento quirúrgico con el propósito de obtener su consentimiento informado. Su omisión o los defectos en el cumplimiento de esta obligación podría provocar responsabilidad administrativa por un funcionamiento anormal o por falta de servicio. Obviamente, en circunstancias de urgencia o necesidad se excusa la omisión del deber de informar al paciente.

c) El equipo tecnológico debe encontrarse en buen funcionamiento y no en malas condiciones (v. gr. si el aspirador de reanimación no funciona decrecen las probabilidades de supervivencia de un enfermo, las condiciones

de salud de un paciente se deterioran si un aparato radiológico o una bomba de irradiación están inadecuadamente calibrados o en malas condiciones).

d) La programación de los servicios hospitalarios debe ser diligente para evitar retardos en una intervención quirúrgica o tratamiento que pueda agravar el estado del paciente. Los problemas más serios se enfrentan en la falta de espacio y recursos para los servicios de emergencia y en la problemática de las listas de espera de los asegurados.

e) Necesaria presencia del personal calificado con disponibilidad efectiva, con lo cual sería una falta de servicio si en una intervención quirúrgica falta el anestésista, la anestesia es suministrada por un estudiante de medicina o una enfermera o si una operación quirúrgica es efectuada por estudiantes sin experiencia.

f) Vigilancia adecuada de los enfermos por el personal médico o de enfermería, con lo cual podría ser una falta de servicio si se sabe de antemano que el paciente tiene tendencia al suicidio y es dejado en un cuarto sin vigilancia, sin sistema de cierre con lo que se facilita su escape o con instrumentos que le permitan cometer el acto. Esta obligación resulta aplicable a los hospitales psiquiátricos ante la salida definitiva de un enfermo al considerarse que está curado, de enfermos no autorizados para egresar que escapen y luego lesionan o matan a un tercero y ante las salidas de prueba o permisos de salida para visitar a la familia o facilitar la reintegración social.

g) El despacho de medicamentos debe efectuarse de modo celeré, oportuno y continuo para evitar que descrezcan las expectativas de vida y el mejoramiento del estado de salud de los usuarios y pacientes.

B.4.- Tipo de actividades en un hospital y posibles fuentes de responsabilidad administrativa.

a) Actividades Administrativas.

En este acápite incluimos todos los servicios administrativos que “(...) *no ejercen acciones directas de salud, pero que colaboran al bienestar y mejor atención del paciente*” y, sobre todo a la “(...) *organización y funcionamiento óptimos del hospital, como un todo armónico*” (artículo 197 del RGHN). En este apartado se aglutinan actividades que, probablemente, no tengan mayor interés desde el punto de vista de la responsabilidad administrativa como los siguientes: Administración, Tesorería, Contabilidad, Proveeduría, Mantenimiento, Lavandería y Ropería, Aseo y Labores Misceláneas, Personal, Biblioteca y Comunicaciones.

No obstante, podremos identificar algunas unidades en las que, eventualmente, se podría ver empeñada la responsabilidad administrativa de la Caja Costarricense del Seguro Social, tales como la Proveeduría, Mantenimiento, Lavandería y ropería y Transportes.

a.1) Proveeduría.

Esta unidad administrativa de un hospital tiene un valor estratégico en la atención que brinda, puesto que, de su correcto desempeño depende que haya en existencia, previa compra, medicamentos, instrumental y demás equipo necesario para atender las necesidades de los usuarios (artículo 219 del RGHN). De lo contrario, puede producirse una falta de servicio por prestación defectuosa o tardía al carecerse de medios materiales.

En esta materia, recientemente, la Sala Constitucional ha dictado varios fallos de gran trascendencia para asegurar una provisión adecuada de medicamentos y equipo tecnológico, en los que le dirigió órdenes de hacer expresas a la CCSS condenándola, además, al pago de los daños y perjuicios.

En el Voto No. 5316-05 de las 8:32 horas del 6 de mayo del 2005, la Sala Constitucional le ordenó a la CCSS una adecuada planificación en la contratación administrativa para la adquisición y suministro de medicamentos. La sentencia se dictó ante un amparo que presentó una paciente que padecía de asma severa y refractaria y el Servicio de Farmacia del Hospital San Juan de Dios omitió proveerle el medicamento Oxis por estar agotado, por lo que esa instancia judicial obligó a suministrárselo. Adicionalmente, le ordenó a ese Hospital planificar los programas de compra de medicamentos para evitar que entre el momento en que se agotan las existencias de los medicamentos de la lista oficial y una nueva adquisición medie un lapso que pueda suponer una violación a los derechos a la vida y a la salud de los usuarios y pacientes de los servicios de salud. Del mismo modo, le ordenó a ese nosocomio que cuente con una provisión permanente y continua de los medicamentos para no comprometer la salud y vida de los pacientes.

De la misma forma, en el Voto No. 5600-05 de las 16:34 hrs. del 10 de mayo del 2005, la Sala Constitucional le ordenó a la CCSS atender con celeridad las recetas o el despacho de medicamentos en casos de cáncer y tener existencias suficientes de medicamentos para atender la demanda de los asegurados de forma continua e ininterrumpida. El pronunciamiento fue dictado a raíz de un recurso de amparo interpuesto por una asegurada que padecía de cáncer de mama y a quien se le dejó de suministrar un

medicamento por haberse agotado. El Tribunal Constitucional le ordenó al Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social, el Director del Hospital México, la Directora de Farmacia de ese nosocomio y al Jefe de Oncología de ese centro de salud, atender con celeridad las recetas o despacho de medicamentos en casos de cáncer. Del mismo modo, le ordenó a esos mismos funcionarios, tomar las medidas de urgencia, en coordinación, con el Departamento de Adquisiciones, la Dirección de Recursos Materiales y la Junta Directiva de la CCSS, para adquirir suficientes existencias de los medicamentos necesarios en casos de cáncer, para atender de modo continuo e ininterrumpido la demanda de dichos medicamentos por los asegurados.

Finalmente, en el Voto No. 5318-05 del 6 de mayo del 2005, la Sala Constitucional obligó a la CCSS, entre otras órdenes de hacer, tomar las medidas urgentes para adquirir nuevos aceleradores lineales para atender de forma continua la demanda del servicio. La sentencia fue dictada con motivo de un recurso de amparo interpuesto por un paciente que tenía cáncer de próstata, dado que desde el 16 de diciembre del 2004 el Jefe de Servicio de Urología remitió la recomendación para aplicarle radioterapia, siendo que todavía el 18 de febrero del 2005 la Gerencia Médica de la institución no había resuelto y, por consiguiente, no se le había aplicado ese tratamiento, dado que, en el Hospital México se trabaja con solo un acelerador lineal.

#### a.2) Mantenimiento.

Esta es una unidad neurálgica para la prestación eficiente y eficaz del servicio público hospitalario, al encargarse del mantenimiento correctivo –daños producidos- y preventivos –a través de inspecciones periódicas- de las construcciones, áreas circundantes, instalaciones, mobiliario y equipo del establecimiento hospitalario (artículo 224 RGHN).

Una instalación en mal estado o con interrupciones indebidas, como podría ser la tubería de oxígeno que provee este elemento a los pacientes, puede provocar graves consecuencias patrimoniales al complicarse el estado de salud de un paciente o al fallecer, lo mismo acontece cuando se trata a un paciente con un equipo en mal estado. El mantenimiento tiene importancia en materia de conflagraciones o incendios, puesto que, las instalaciones hospitalarias deben contar con las medidas adecuadas para evitar cualquier tragedia –salidas y escaleras de emergencia, extinguidores cargados, tubería y mangueras habilitadas, rociadores, etc.- y descartar así una falta de servicio o funcionamiento anormal por omisión en la planificación e implementación de tales medidas.

### a.3) Lavandería y ropería.

Este departamento se encarga de abastecer de ropa limpia a las dependencias del hospital que requieran este servicio (artículo 231 RGHN). Dentro de las obligaciones del jefe de esta unidad se encuentran algunas que repercuten directamente sobre el estado de salud del paciente como las siguientes: a) velar porque en cada servicio exista una dotación suficiente y adecuada de ropa; b) velar porque cada paciente cuente con ropa limpia y c) velar porque la ropa proveniente de casos considerados como sépticos o infecciosos reciban el tratamiento adecuado (artículo 234 RGHN).

Desde luego que la suspensión o interrupción en la prestación de este servicio, por ejemplo, por razones de una huelga puede afectar o poner en serio riesgo la salud y la vida de los pacientes hospitalizados al propiciar, por la falta de asepsia e higiene, el contagio y propagación de ciertas infecciones o patologías, con lo que, en caso de producirse tal hipótesis, puede generar una eventual responsabilidad administrativa.

### a.4) Transportes.

Debido a la circulación constante de los vehículos de un hospital en la red vial, ya sea, para transporte de pacientes, de cadáveres, suministros o administrativos, se pueden presentar diversos eventos de responsabilidad administrativa por las lesiones antijurídicas que estos les causen a terceros.

### b) Actividades auxiliares de diagnóstico y tratamiento.

Respecto de este segmento de actividades hospitalarias podemos identificar un sector que, en tesis de principio, no suele ser fuente de la responsabilidad administrativa, tales como Alimentación, Estadística y Documentos Médicos, Servicio Social, Servicio de Esterilización y equipos, Anatomía Patológica, Electrocardiografía, Electroencefalografía, Metabolismo Basal y Fisioterapia. No obstante, podemos ubicar otro grupo de actividades que sí pueden ser campo fértil de la responsabilidad administrativa tales como Enfermería, Farmacia, Laboratorio Clínico y Banco de Sangre, Radiología y Radio isótopos.

### b.1) Radiología y Servicio de Medicina Nuclear.

Esta dependencia del hospital tiene por función elaborar, analizar y rendir el informe de los estudios radiológicos ordenados por el personal médico autorizado (artículo 116 RGHN).

Dentro de las obligaciones del Jefe del Departamento o Servicio, normalmente un radiólogo, se encuentran las siguientes: a) cuidar por el progreso científico del personal; b) velar que la aplicación de radiaciones ionizantes (radium, roentgenterapia, telecobaltoterapia, etc.) en el tratamiento de los enfermos se efectúe preferentemente por médicos especialistas.

Sobre este particular, es preciso tomar en consideración algunas de las obligaciones que establece la Ley General de Salud, sobre el tratamiento con equipos y aparatos que generen radiaciones ionizantes. Así el artículo 145 de esa ley establece que *“En todo caso, la utilización, manipulación, aplicación y administración, según proceda, de materiales, aparatos, equipos o instrumentos que por su naturaleza puedan significar riesgo para la salud de las personas que los manejan o utilizan, o para el paciente (...) deberán ser operados, administrados y utilizados por personas capacitadas en tales actividades y en las condiciones reglamentarias que eviten o disminuyan el riesgo para las personas”*.

El ordinal 146 de la Ley General de Salud establece que *“(...) la importación y traspaso de material natural o artificialmente radioactivo y de aparatos y equipos diseñados para la emisión de rayos X, para la diagnosis o terapia médica, odontológica (...) deberá ser autorizada y registrada en el Ministerio de Saludo oyendo a la Comisión de Energía Atómica cuando se estime necesario”*.

Por último, el numeral 246 de la Ley General de Salud preceptúa que *“Toda persona natural o jurídica de derecho público o privado, quedará sujeta al control del Ministerio y a las medidas prácticas que este ordene, dentro de su competencia, a fin de proteger a las personas, de la contaminación proveniente de la luz ultravioleta y de las radiaciones ionizantes emitidas por aparatos especialmente diseñados para producirlas o de sustancias naturales o artificiales radiactivas a que queden expuestas con ocasión de sus actividades profesionales y ocupaciones; como resultado de*

*tratamientos médicos; accidentalmente, o por vivir en las cercanías de un establecimiento que utilice sustancias radiactivas en sus operaciones.”.*

La Ley Básica de Energía Atómica para Usos Pacíficos No. 4383 del 18 de agosto de 1969, establece, entre otros de sus objetivos (artículo 2°), *“Fomentar las aplicaciones (...) de la energía atómica con fines pacíficos”*, *“Regular la posesión y el uso de todas las sustancias radioactivas naturales o artificiales, y de equipos e instalaciones nucleares”* y *“Prevenir los peligros derivados de las radiaciones ionizantes”*. Para cumplir con los propósitos de la ley, la misma creó, en su artículo 3°, la Comisión de Energía Atómica como un ente público con personalidad jurídica y patrimonio propios.

El numeral 21 de la Ley Básica de Energía Atómica para Usos Pacíficos, establece que toda persona jurídica –privada o pública- *“(...) que pretenda producir, poseer, importar, exportar, comercializar o usar sustancias radioactivas naturales o artificiales o equipos nucleares con fines de (...) la medicina (...), deberá obtener una licencia de la Comisión (...)”*. El numeral 23 puntualiza que para el otorgamiento de la licencia será necesario presentar un informe del Ministerio de Salud en el que se compruebe la seguridad del equipo e instalaciones y la debida preparación técnica del personal.

Esta Ley Básica de Energía Atómica para Usos Pacíficos, en su capítulo IV (artículos 30 a 39), regula lo concerniente a la responsabilidad derivada de la producción, posesión, transporte o uso de sustancias radioactivas naturales o artificiales o equipos nucleares, siendo que muchas de sus normas son de avanzada para la época en que se promulgo el texto legislativo. El artículo 31 indica que *“La responsabilidad civil por daños que se produzcan como resultado de las propiedades radioactivas o de su combinación con propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de las sustancias radioactivas naturales o artificiales y de equipos nucleares, será objetiva.”*. Los numerales 34 y 35 excluyen la responsabilidad cuando media culpa de la víctima, o cuando los daños nucleares se originan en un conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección o son consecuencia de una catástrofe natural. Finalmente, el artículo 39 de la ley establece un plazo específico de prescripción de la pretensión indemnizatoria al indicar que *“El derecho para reclamar una indemnización por daños nucleares se extingue por el transcurso de cinco años a partir de la fecha en que se hagan evidentes los daños a la salud o propiedad de las personas”*.

Evidentemente, la radioterapia como un instrumento fundamental para luchar contra el cáncer, lamentablemente, puede ser un campo fértil de responsabilidad administrativa, dado el necesario equilibrio en la dosimetría de la radiación para que destruya los tejidos malignos y no los sanos. Los supuestos de responsabilidad administrativa surgen, básicamente, por la obsolescencia de los equipos usados, por estar mal calibrados o por la ineptitud del personal que los emplea. Tenemos, así, como precedente el caso de los sobre irradiados con la bomba de cobalto.

#### b.2) Laboratorio Clínico y Banco de Sangre.

Esta dependencia hospitalaria tiene por objeto la elaboración, el análisis y el informe de los exámenes de laboratorio solicitados por el personal y la recolección, clasificación, almacenamiento y distribución de la sangre para el adecuado tratamiento de los enfermos (artículo 136 RGHN). Dentro de sus unidades de trabajo ordinarias (parasitología, microbiología, hematología, etc.), debe contar con un Banco de Sangre con una unidad de inmunohematología (artículo 142, inciso e, RGHN).

El jefe de Laboratorio Clínico y de Banco de Sangre, tiene, entre otras obligaciones, las siguientes: a) Mantener informada a la Dirección del hospital sobre los distintos tipos de análisis que los laboratorios están en condiciones de realizar; b) realizar nuevos análisis e informar sobre nuevos procedimientos y señalar los que carecen de eficacia; c) velar por el progreso científico del personal profesional a su cargo; d) procurar el control de los materiales comprados y la calibración del equipo a su cargo (artículo 141 RGHN).

El artículo 143 RGHN establece que todo pedido de análisis debe enviarse al Laboratorio en formulario firmado por el médico y los informes de resultados de los análisis deben hacerse por escrito en el menor tiempo posible, en formulario especial firmado por el personal autorizado y retirados por los funcionarios responsables.

En lo tocante a las solicitudes de sangre para enfermos debe hacerlas el médico responsable por escrito, señalando la urgencia del caso, antes de la entrega el Banco de Sangre deberá proceder a hacer los análisis de compatibilidad, exámenes serológicos o inmunohematológicos respectivos (artículo 145 RGHN).

La Ley General de Salud establece que los Bancos de Sangre son *“Todo establecimiento en que se obtenga, conserve, manipule y suministre sangre humana y sus derivados”* (artículo 83, inciso b).

De acuerdo con el párrafo 2° del numeral 83 de esa ley, tales establecimientos deben funcionar bajo la regencia de un profesional incorporado al Colegio de Microbiólogos Químicos Clínicos el cual será el responsable de la operación del establecimiento.

El artículo 84 de la Ley General de Salud indica que tales establecimientos, sean de carácter público o privado, requieren inscribirse en el Ministerio y *“(…) presentar los antecedentes, certificados por el Colegio respectivo, en que se acredite que el local, sus instalaciones, el personal profesional y auxiliar y la dotación mínima de equipo, materiales y reactivos de que disponen, aseguran la correcta realización de las operaciones en forma de resguardar la calidad y validez técnica de los análisis y de evitar el desarrollo de riesgos para la salud del personal o de la comunidad, particularmente, los derivados del uso de materiales radioactivos o de especímenes de enfermedades transmisibles(…)”*.

El artículo 90 establece que toda persona jurídica o física que pretenda instalar y operar un banco de sangre requiere de la autorización del Colegio de Microbiólogos Químicos Clínicos y su inscripción en el Ministerio, siendo que en caso de servicios de transfusión se precisa de una autorización específica del Ministerio. De la misma forma el ordinal 91 estatuye que se debe acreditar que el establecimiento *“(…) reúne las condiciones reglamentarias exigidas para su buen funcionamiento, especialmente en cuanto a la persona que responderá técnicamente de la operación; a las instalaciones y equipos adecuados para su elaboración, manipulación, clasificación y conservación de la sangre y de sus derivados, así como de la identificación, estado de salud y registro de los donadores de sangre”*.

Los Bancos de Sangre, a partir del surgimiento de ciertas enfermedades infecciosas de grandes proporciones y carentes de una cura, tales como el VIH-SIDA, han pasado a ser una fuente importante de responsabilidad administrativa de los hospitales públicos, por la posibilidad de transfusiones contaminadas con el virus. Sobre este particular la Ley General sobre el VIH-SIDA No. 7771 del 29 de abril de 1998, establece que la prueba de diagnóstico clínico de la infección por el VIH será obligatoria *“Cuando se trate de donación de sangre, hemoderivados, leche materna, semen, órganos y tejidos”* (artículo 14, inciso c).

El artículo 19 de la Ley General sobre el VIH-SIDA, le establece una serie de obligaciones a los bancos de sangre al indicar lo siguiente:

*“Para prevenir la transmisión del VIH, los bancos de productos humanos deberán ejercer control sobre la calidad y los procesos que apliquen, con el objeto de procurar garantizar la inocuidad de la sangre y sus derivados, de la leche materna, el semen y otros tejidos u órganos de recolección hasta la utilización.*

*Para ese fin, todos los bancos deberán realizar, antes de utilizar los productos mencionados, las pruebas correspondientes para determinar la existencia de hepatitis B, hepatitis C, sífilis, VIH y cualquier otra enfermedad infecto-contagiosa, según determinen las autoridades competentes de Salud.”*

En lo tocante a los fabricantes de hemoderivados y productos biológicos, el artículo 20, párrafo 1º, de la Ley General sobre el VIH-SIDA les obliga a certificar que la prueba exigida por el Ministerio de Salud fue efectivamente realizada *“(…) para determinar que cada donante, sus productos y la sangre empleada en el proceso no son portadores de anticuerpos contra el VIH. Además, deberán acreditar que cuentan con las instalaciones, los equipos, las materias primas y el personal adecuados para realizar dichas pruebas, sin perjuicio del cumplimiento de otro tipo de controles y normas de calidad y de cualquier otra medida requerida por el Ministerio de Salud”*. De la misma forma, ese mismo numeral impide el registro y desalmacenaje de productos humanos importados si el representante de la industria fabricante no presenta los certificados anteriormente referidos.

Sobre este particular la doctrina ha indicado que *“El sida ha creado la necesidad de costosos exámenes de la sangre que se ha de utilizar en los pacientes. Así las cosas, pareciera que el Estado está en la obligación de practicar esos exámenes antes de transfundir la sangre”*.

Finalmente, en cuanto a las medidas universales de bioseguridad, el artículo 23, párrafo 1º, de la Ley General del VIH-SIDA manda que *“Los bancos de productos humanos, los laboratorios y establecimientos de salud deberán contar con personal, material y equipo adecuados, de conformidad con las recomendaciones sobre medidas de seguridad universales, difundidas por el Ministerio de Salud”*.

Desde esta perspectiva, los casos de responsabilidad administrativa pueden ser muchos tales como el incumplimiento de las obligaciones administrativas preexistentes a que hemos hecho referencia. Así, cuando en un Hospital Público se produzca una transfusión de sangre o hemoderivados, un trasplante de órganos o tejidos o se utilice un instrumento u objeto invasivo –de punción o cortante- infectados con el VIH habrá responsabilidad administrativa por funcionamiento anormal o falta de servicio. Algunos sostienen que la simple contaminación con un producto suministrado por una institución de la seguridad social ha de presumir la falta de servicio

### b.3) Farmacia

La farmacia tiene como principal obligación (a) centralizar los medicamentos, (b) efectuar su control y (c) atender el despacho de los mismos cuando sean prescritos por el personal médico (artículo 149, párrafo 1°, RGHN).

La farmacia debe estar a cargo de un Regente debidamente incorporado y son obligaciones del Jefe de Farmacia las siguientes: a) velar para que se mantenga una existencia adecuada de medicinas de acuerdo con el consumo; b) descartar, oportunamente, todos los medicamentos vencidos o en mal estado; c) velar que la Farmacia tenga un inventario permanente de drogas y medicamentos actualizado; d) mantener y distribuir entre el cuerpo médico listas actualizadas de los medicamentos existentes en la farmacia y e) ser el depositario de los estupefacientes (artículo 151 RGHN).

En lo tocante al despacho de recetas se establecen los siguientes deberes a cargo de la Farmacia: a) Las recetas se prescriben de puño y letra del médico tratante en formularios contra cuya presentación la Farmacia procede a su despacho; el formulario debe indicar, al menos, fecha, nombre del paciente, edad, servicio a que corresponde, medicamento prescrito, cantidad del mismo e indicaciones para su uso y firma del médico responsable, en pacientes de consulta externa se debe anotar la edad y las indicaciones para el uso del medicamento; b) cada prescripción que se despache debe quedar registrada en la farmacia, anotándose el número de orden, fecha, indicaciones y nombre del médico responsable; c) se le da preferencia a las recetas de urgencia, etc. (artículo 153 del RGHN).

Evidentemente, el incumplimiento de tales obligaciones administrativas preexistentes puede originar una falta de servicio y, por consiguiente, implicar

la responsabilidad administrativa. Este es, precisamente, uno de los ámbitos de la organización hospitalaria donde mayores daños se le pueden causar a un usuario o paciente por un funcionamiento anormal. Lo anterior puede acontecer por la indebida custodia de los recetarios –formularios- por parte de los médicos, la firma de recetas en blanco, errores del médico tratante –generalmente involuntarios- en el contenido de la receta al escribirse un nombre diferente del medicamento que pensó prescribirse o sobre la cantidad e indicaciones para su uso y errores, propiamente en el despacho de la receta –al confundir el dependiente de la Farmacia un medicamento con otro-, retrasos irrazonables en el despacho de un medicamento que ponen en peligro la vida y la salud del paciente o usuario –aspecto íntimamente vinculado a lo que se señaló en el acápite respectivo de la Proveduría de los Hospitales respecto de los Votos de la Sala Constitucional Nos. 5316-05 de las 8:32 horas del 6 de mayo del 2005 y 5600-05 de las 16:34 hrs. del 10 de mayo del 2005, en los que se le ordenó a unos hospitales públicos planificar la compra de medicamentos, contar con suficientes existencias, evitando su agotamiento, y ser despachados de forma oportuna-.

#### b.4) Enfermería.

De acuerdo con el Reglamento General de Hospitales Nacionales, al Departamento o Servicio de Enfermería le compete “(...) *colaborar, en su campo técnico, en las acciones de recuperación, rehabilitación, fomento y protección de la salud confiadas al establecimiento*” (artículo 156). Debe estar a cargo de un Jefe y un Subjefe que deben ser enfermeras graduadas, costarricenses y registradas en el Colegio respectivo (artículo 157 RGHN). En los Hospitales de clase A debe existir, además del Jefe y Subjefe, Enfermeras Supervisoras y Jefes de Sala (artículo 158 RGHN). Este servicio o departamento aglutina al cuerpo de enfermeras y sus auxiliares. Una de las principales obligaciones de este servicio es su “*carácter permanente durante las 24 horas del día*” para lo que se debe establecer un orden riguroso de turnos (artículo 169 del RGHN). Es importante recalcar que en un hospital público grande el Departamento de Enfermería debe contar con áreas de trabajo (v. gr. quirúrgica, pediátrica, gineco-obstétrica, consulta externa, emergencias, etc. –artículo 170 RGHN-).

Dentro de las obligaciones del Jefe de Enfermería se encuentran las siguientes: a) organizar el trabajo y distribuir el personal a su cargo, proponer turnos para asegurar “(...) *el buen cuidado de los pacientes durante las 24*

horas; vigilar su cumplimiento y evaluar el trabajo para su constante perfeccionamiento”; b) cooperar para que el trabajo se realice de forma adecuada y se disponga del equipo, personal y demás elementos necesarios; c) aportar “(...) su esfuerzo e interés para la mejor marcha del establecimiento” (artículo 160 RGHN).

En lo referente a las Enfermeras Supervisoras del Área Clínica tienen, entre otras obligaciones, las siguientes: a) Colaborar con el subjefe “(...) en la organización de los turnos y relevo de personal, que sean necesarios para la buena marcha del servicio”; b) asumir la responsabilidad de la atención de enfermería dentro de su área de trabajo; c) “Colaborar con el cuidado directo al paciente e informar al Médico del Servicio y a la Subjefe las novedades y problemas que se presenten en el desempeño de sus funciones. Asimismo, atender al paciente grave que requiera atención especial”; d) participar en la elaboración de normas técnicas y procedimientos de enfermería; e) “Mantenerse informada de las necesidades del Servicio y velar porque se cuente con los elementos necesarios para la buena atención de los pacientes” (artículo 162 RGHN).

Las enfermeras Jefes de Sala tienen los siguientes deberes: a) “Asignar y coordinar las actividades correspondientes a su personal subalterno, así como supervisar y evaluar la calidad de su atención a los pacientes”; b) “Tomar las medidas necesarias para que se dé un buen cuidado de enfermería a los pacientes de su unidad, en forma continua e integrada, así como dar atención directa de enfermería a los pacientes que así lo requieran por su condición”; c) “Mantener un ambiente confortable, ordenado y limpio para los pacientes”; d) “Colaborar con el personal médico y para-médico en su atención al paciente”; e) participar en la elaboración de normas, técnicas y procedimientos de enfermería; f) “Cuidar que todo paciente ingrese con su historia clínica, que cumpla con los trámites estadísticos, tanto en el momento de admisión como en el de su egreso, y responsabilizar a los funcionarios a su cargo del cuidado de historias clínicas, placas radiográficas y hojas de tratamiento, así como devolverlas oportunamente”; g) “Adoptar las medidas necesarias en casos de emergencia y comunicarlas oportunamente a sus superiores”; h) rendir un informe diario del estado de los enfermos en la unidad a su cargo, e i) “Acompañar al personal médico en su visita diaria a los pacientes”.

Las enfermeras generales tienen las siguientes obligaciones: a) “Dar cuidados directos de enfermería a los pacientes que le sean asignados”; b)

“Colaborar con el personal médico y para-médico en su atención al paciente” y c) “Acompañar al personal médico en su visita diaria a los pacientes”. Por su parte los auxiliares de enfermería tienen los siguientes deberes: a) “Dar cuidados directos e integrados de enfermería a los pacientes que le sean asignados”; b) ayudar a las enfermeras en la atención de pacientes graves.

Es evidente que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones anteriormente citadas respecto de un paciente hospitalizado –sea agudo, subagudo, convaleciente o crónico-, en lo que se refiere a su atención permanente, constante, solícita y oportuna, por parte de los servicios de enfermería, puede involucrar la responsabilidad administrativa cuando repercute negativamente en el estado de salud del paciente, incluso, en su propia vida.

#### b.5) Servicio de esterilización de equipos.

Este departamento de un hospital público tiene una gran labor que consiste en velar por la asepsia del equipo, instrumental y demás recursos materiales que se requieren, lo que adquiere enorme importancia en tratándose de enfermedades infecto-contagiosas o infecciones intrahospitalarias.

A tenor del ordinal 174 del RGHN este servicio tiene las siguientes obligaciones: a) “Recibir, almacenar, preparar, distribuir y controlar todo el material esterilizado que requieran los servicios del establecimiento, así como otros materiales y equipos médico-quirúrgicos que sean confiados a su cuidado”; b) “Esterilizar el instrumental quirúrgico, el material y ropa de las salas de operaciones y partos, así como todo material que requiera el establecimiento”.

El jefe del departamento tiene obligaciones significativas tales como: a) “Velar por la existencia de normas y recursos que garanticen la adecuada esterilización del material”; b) “Velar por la existencia de normas y recursos para el manejo y control adecuados de instrumental, ropa y materiales, esterilizados y no esterilizados que se distribuyan a través del servicio”; c) “Velar porque los equipos de esterilización (hornos, autoclaves, etc.) sean revisados periódicamente y por la existencia de normas, preferentemente escritas, que garanticen su adecuado manejo”; d) “Velar por la existencia de normas, preferentemente escritas, que garanticen un adecuado manejo de

*materiales y ropa provenientes de casos considerados como “sépticos”*”; e) crear programas de distribución de materiales y equipos esterilizados.

En tratándose de materiales no descartables o desechables, el servicio de esterilización juega un papel de primer orden, puesto que, en caso de tratar a los pacientes con materiales no esterilizados se les pueden transmitir fácilmente cualquier enfermedad y con ello comprometer seriamente su estado de salud y su vida y, por su puesto, la eventual responsabilidad del establecimiento hospitalario.

### c) Actividades de atención directa al paciente.

Dentro de esta categoría entran las actividades, en sus diversas especialidades, médicas (v. gr. cardiovascular, neurología, enfermedades infecciosas, etc.), quirúrgicas (cirugía general, oncología, traumatología y ortopedia, neurocirugía, etc.), gineco-obstétricas y pediátricas, que pueden dar origen a una responsabilidad administrativa por acto médico.

No obstante, podemos ubicar algunas actividades que pueden constituirse en fuente de responsabilidad administrativa por un defectuoso funcionamiento del servicio hospitalario, tales como la Consulta Externa y el Servicio de atención de emergencias.

#### c.1) Consulta externa.

Este tipo de actividad está orientada a la atención de los pacientes ambulatorios –no internos- y está dirigida a la gran masa de los usuarios de los servicios públicos de salud. De este tipo de prestación depende, en buena parte, el prestigio de un hospital público al brindar sus servicios.

Salvo los casos de urgencia y los recién nacidos en el propio establecimiento hospitalario que se enfermen y requieran hospitalizarse, todo ingreso debe efectuarse a través de la consulta externa, en la cual se procura efectuar un diagnóstico y brindar un tratamiento, cuando éste pueda hacerse de forma ambulatoria. La hospitalización queda reservada, exclusivamente, para perfeccionar un diagnóstico que no haya podido realizarse en la consulta externa o para efectuarle un tratamiento que obligue al enfermo a ser internado (artículo 54 del Reglamento General de Hospitales Nacionales).

Normalmente, en la consulta externa se inicia la historia clínica de un paciente –información suministrada por el paciente-.

Evidentemente, los supuestos de responsabilidad administrativa pueden ser varios, dado que, el médico que valora en la consulta externa puede equivocarse en su diagnóstico, refiriendo al paciente a su casa de habitación cuando de trata de un caso de urgencia, o en el tratamiento prescrito –medicamentos- cuando requiere realmente de un tratamiento que solo internado se le puede brindar.

### c.2) Servicio de atención de emergencias.

El servicio de emergencias supone, dentro de la infraestructura hospitalaria, contar con una asistencia médica continua que preste una atención permanente e impostergable durante las 24 horas del día con varios profesionales disponibles –equipo médico de turno-, a las urgencias de origen hospitalario o extrahospitalario (artículo 60 del RGHN).

Este servicio tiene por fines los siguiente: a) la atención integral e inmediata, sin discriminación, de todos los enfermos que por accidente o enfermedad lleguen al nosocomio y cuya atención no se puede postergar; b) recepción e inicio de atención de los enfermos que requieran hospitalizarse en horas distintas a la de funcionamiento de la Consulta Externa; c) observar o vigilar técnicamente y atender profesionalmente a los enfermos hospitalizados cuando el estado y curso de una enfermedad lo requiera, sea por complicaciones, accidentes u otro imprevisto en su evolución; d) la organización inicial de las medidas de emergencia en caso de accidentes colectivos o catástrofes (artículo 62 RGHN).

Es importante indicar que todo enfermo que ingresa al Servicio de Emergencias queda “(...) *bajo su inmediata responsabilidad (...) hasta que el servicio médico correspondiente se haga cargo del enfermo el primer día hábil*” (artículo 72 RGHN). Lo anterior, tiene su razón de ser en que todo enfermo que ocupe una cama de emergencia debe ser trasladado al servicio clínico dentro de las 24 horas siguientes, salvo indicación médica fundada en sentido contrario (artículo 73, párrafo 2º, RGHN).

El equipo médico de turno, por su parte, tiene obligaciones tales como las siguientes: a) efectuar rondas sistemáticas por todas las salas y dependencias del establecimiento con la frecuencia que ordene el Director; b) requerir la ayuda de profesionales o funcionarios del establecimiento durante o fuera del horario habitual, si existe motivo que lo justifique; c) vigilar la evolución de los enfermos hospitalizados que así lo requieran y d) asumir la responsabilidad en la atención de los enfermos graves (artículo 65 RGHN).

Como se ve este servicio hospitalario extraordinario tiene obligaciones preexistentes de gran trascendencia cuyo incumplimiento o cumplimiento defectuoso puede provocar la responsabilidad administrativa. En efecto, son sabidos los problemas de carencia de infraestructura –salas de cirugía o de operaciones de emergencia-, recursos humanos –equipo médico de turno- y materiales –material quirúrgico- que enfrentan los servicios de emergencia en los hospitales. Por lo anterior, en muchas ocasiones pacientes extrahospitalarios que ingresan por una emergencia deben esperar grandes lapsos para ser atendidos, por lo que cualquier complicación que ponga en riesgo su salud o su vida puede provocar una cuestión de responsabilidad administrativa. Lo mismo acontece con los enfermos hospitalizados cuando tienen una complicación en su salud fuera de los turnos ordinarios y no se les trata a tiempo por los servicios de emergencia (v. gr. una intervención quirúrgica impostergable o cuya espera provoca riesgos adicionales).

d) Salas de operaciones.

En lo que respecta al responsable de las salas de operaciones –normalmente el Departamento o Servicio de Cirugía del Hospital-, debe cumplir con una serie de obligaciones tales como las siguientes:

a) Cuidar y responder por la conservación del material quirúrgico, del instrumental y demás artículos; b) velar por la existencia y cumplimiento de normas y recursos tendientes a prevenir complicaciones intrahospitalarias y vigilar por que se cumplan todas las condiciones de asepsia y demás requisitos que la técnica señala para las mismas; c) velar por la existencia y cumplimiento de normas tendientes a evitar explosiones o incendios por manejo inadecuado de gases o instalaciones inadecuadas; d) velar por la existencia de normas y recursos que garanticen una protección contra insectos y roedores; e) velar por que se cuente con todos los elementos necesarios para la realización correcta y satisfactoria de las intervenciones quirúrgicas (artículo 76 RGHN).

El encargado de la sala de operaciones puede, incluso, suspender una operación o alterar el programa diario de intervenciones si no se cumplen los requisitos que exige la seguridad de los enfermos o existen otras razones fundadas para ello (artículo 77 RGHN).

e) Disposición y tratamiento de desechos hospitalarios.

Este es un ámbito propicio para el surgimiento de diversos supuestos de responsabilidad administrativa, ya sea por contagio de enfermedades infecto contagiosas a funcionarios hospitalarios, trabajadores externos al hospital o, en general, a cualquier administrado que por alguna circunstancia entre en contacto con ellos, puesto que, se trata de desechos muy peligrosos por su carga patógena o microbiana considerable. En general un inadecuado manejo, tratamiento y transporte de tales desechos puede acarrearle responsabilidad administrativa a la Caja Costarricense de Seguro Social, toda vez, que la disposición final suele estar a cargo de otro ente público o de un concesionario de éste para la administración y operación de un relleno sanitario.

La normativa sobre el particular es muy escasa, sin embargo la propia Caja Costarricense de Seguro Social ha dictado algunas normas sobre el particular. Tenemos así la “Norma institucional para el manejo de desechos anatomopatológicos” implementada por la Dirección Técnica de Servicios de Salud (Programa de Saneamiento Básico Institucional), la cual define a los mismos como los *“órganos, tejidos, partes del cuerpo, productos de la concepción y fluidos corporales, obtenidos por trauma, mutilación, así como por procedimientos médicos, quirúrgicos y autopsia”*.

En cuanto a su manejo se establece que deben depositados en recipientes rígidos, impermeables y de cierre hermético que permita la protección de los manipuladores y su exposición al público. Tales recipientes deben ser de color rojo y marcados con el símbolo universal de biopeligroso. En lo relativo al transporte, se indica que su manipulación y embarque debe ser tal que minimice la posibilidad de derrames accidentales, evitándose la compactación y el tratamiento rudo para evitar dañar la integridad del empaque. Los vehículos deben ser de uso exclusivo para ese efecto, desinfectarse diariamente, contar, en lo posible, con una unidad de refrigeración, seguir rutas y horarios preestablecidos. Finalmente, en lo atinente a su disposición final puede hacerse mediante inhumación inmediata en un cementerio –sólidos-, relleno sanitario o el sistema de drenaje –algunos líquidos tratados-, sin preverse el mejor método que es la incineración.

f) Listas o tiempos de espera de los pacientes.

Uno de los más agudos problemas que enfrenta la gestión y administración hospitalaria y de los centros de salud de la Caja Costarricense de Seguro Social, lo constituye la lista o el tiempo de espera de los pacientes para ser sometidos a una cirugía electiva o de una determinada especialidad

quirúrgica, ser atendidos en la consulta externa especializada o para someterse a cualquier otro procedimiento o técnica curativa o de diagnóstico (v.gr. ecografías, tomografías computarizadas, resonancias magnéticas, coronariografía, pruebas de esfuerzo, biopsias para cáncer, etc.), los que se ven obligados a soportar plazos exorbitantes e intolerables que ponen en serio riesgo y peligro la salud física –al retrasarse el tratamiento- y mental –por los sentimientos de desequilibrio que genera la espera- y la vida –por el retardo o, incluso, la omisión puede generar la muerte-. Evidentemente, el problema de las listas de espera, en cuanto una disfunción grave de la organización, funcionamiento y gestión de los hospitales y clínicas, constituye un campo fértil para la responsabilidad administrativa por falta de servicio, sea por la omisión o la prestación tardía de los servicios de salud (v. gr. piénsese en una cirugía cardiovascular urgente como by-pass coronario o la urgencia en el diagnóstico de un cáncer de mama, colorectal, de cuello uterino, estómago, próstata, etc. para su tratamiento inmediato). Podríamos afirmar, incluso, que constituye un estado de cosas administrativo inconstitucional, puesto que, se trata de una situación crónica y estructural que se arrastra desde hace mucho tiempo y que no ha sido solventada de forma oportuna y eficiente por la Caja Costarricense de Seguro Social.

Este estado de cosas administrativo inconstitucional ha sido, incluso, reconocido oficial y formalmente por la propia institución encargada del gobierno y la administración de los seguros sociales, puesto que, la Junta Directiva de la CCSS en la Sesión No. 7552 del 31 de mayo del 2001, artículo 11°, aprobó el “*Reglamento de funcionamiento de la Unidad Técnica de Listas de Espera*”, el cual fue publicado en La Gaceta No. 114 del 14 de junio del 2001.

La creación de esta Unidad Técnica de Listas de Espera o “UTLE”, adscrita a la Gerencia de División Médica (artículos 2°, inciso c, y 5°, del Reglamento de funcionamiento de la UTLE), constituye el reconocimiento explícito y formal de una falta de servicio crónica y estructural que, desde luego, le facilitaría a un administrado o paciente que ve comprometida su salud, integridad física o vida como consecuencia de la prestación tardía de una cirugía, un tratamiento o un diagnóstico, obtener, en sede judicial, una indemnización o reparación, toda vez, que la falta de servicio ha sido reconocida, por la propia entidad, pública, oficial y formalmente, de modo que se produce una inversión de la carga probatoria (onus probandi), con lo cual el damnificado se ve liberado de acreditar la falta de servicio, siendo que la administración sanitaria deberá demostrar que no hubo lapso exorbitante o irrazonable de espera según una serie de factores tales como los niveles de

gravedad, sufrimiento, urgencia y secuelas de la patología o dolencia que presenta el paciente, los beneficios esperados de las intervenciones o tratamientos y las prioridades en su atención.

El artículo 1° de ese Reglamento dispuso que “(...) regirá todo lo referente al manejo de las políticas de reducción de plazos de espera para efectuar las cirugías electivas, la consulta externa especializada y los procedimientos, en las especialidades médicas que se han determinado como críticas y las que se definan como tales a futuro (...) El objeto de este Reglamento es garantizar una atención oportuna y de calidad en los servicios de salud de los establecimientos de la Caja Costarricense de Seguro Social (...)”, con lo cual esa entidad hizo una especie de reconocimiento explícito de su responsabilidad por el profundo problema que le aqueja e, indirectamente, que los servicios de salud no se prestan de forma eficaz, eficiente, continua y oportuna.

El artículo 2° de esa norma entiende por tiempo de espera “(...) el plazo entre la fecha en que el profesional médico competente recomienda la cirugía electiva, consulta especializada o procedimiento y la fecha en que será efectivamente intervenido (...)”. En marzo del 2001, la UTLE (Boletín No.1) había determinado que las especialidades médicas con mayores tiempos de espera eran neurocirugía, oftalmología, ortopedia, urología, cirugías general y cardiovascular, dentro de las cuales figuran especialidades críticas.

Recientemente, la Sala Constitucional en el Voto No. 7532-2004 de las 17:03 hrs. del 13 de julio del 2004, al abordar el problema del programa de transplante de hígado en adultos, señaló en torno a las listas de espera lo siguiente:

“Redacta el Magistrado Jinesta; y,  
CONSIDERANDO:

(...) **VII.- DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD.** El derecho a la vida reconocido en el numeral 21 de la Constitución es la piedra angular sobre la cual descansan el resto de los derechos fundamentales de los habitantes de la república. De igual forma, en ese ordinal de la carta política encuentra asidero el derecho a la salud, puesto que, la vida resulta inconcebible si no se le garantizan a la persona humana condiciones mínimas para un adecuado y armónico equilibrio psíquico, físico y ambiental. Evidentemente, cualquier retardo de los

*hospitales, clínicas y demás unidades de atención sanitaria de la Caja Costarricense del Seguro Social puede repercutir negativamente en la preservación de la salud y la vida de sus usuarios, sobre todo cuando éstos sufren de padecimientos o presentan un cuadro clínico que demandan prestaciones positivas y efectivas de forma inmediata. Evidentemente, tratándose de pacientes que precisan de un trasplante de hígado, cualquier retraso puede, eventualmente, comprometer seriamente su salud y su vida al ponerlas en serio riesgo y peligro. Pacientes de esta índole, no pueden sometidos a ningún trámite burocrático previo o lapso de espera, puesto que, por la naturaleza de su dolencia deben ser objeto de una atención inmediata y celeridad que les aumente y refuerce sus probabilidades y expectativas de vida. Los entes, órganos y funcionarios públicos se deben a los usuarios con una clara e inequívoca vocación de servicio, puesto que, esa ha sido la razón de su creación y existencia.*

**VIII.- EFICIENCIA, EFICACIA, CONTINUIDAD, REGULARIDAD Y ADAPTACIÓN EN LOS SERVICIOS PUBLICOS DE SALUD.** *Los órganos y entes públicos que prestan servicios de salud pública tienen la obligación imperativa e impostergable de adaptarlos a las necesidades particulares y específicas de sus usuarios o pacientes y, sobre todo, de aquellos que demandan una atención médica inmediata y urgente, sin que la carencia de recursos humanos y materiales sean argumentos jurídicamente válidos para eximirlos del cumplimiento de tal obligación. Desde esta perspectiva, los servicios de las clínicas y hospitales de la Caja Costarricense de Seguro Social están en el deber de adoptar e implementar los cambios organizacionales, de contratar el personal médico o auxiliar y de adquirir los materiales y equipo*

*técnico que sean requeridos para brindar prestaciones eficientes, eficaces y rápidas. Los jefes de las Clínicas y Hospitales no pueden invocar, para justificar una atención deficiente y precaria de los pacientes, el problema de las “listas de espera” para las intervenciones quirúrgicas y aplicación de ciertos exámenes especializados o de la carencia de recursos financieros, humanos y técnicos, puesto que, es un imperativo constitucional que los servicios de salud pública sean prestados de forma eficiente, eficaz, continua, regular y celeridad. Los jefes de la Caja Costarricense de Seguro Social y los Directores de Hospitales y Clínicas que les pertenecen están en el deber y, por consiguiente son los personalmente responsables -en los términos del artículo 199 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública-, de adoptar e implementar todas las providencias y medidas administrativas y organizacionales para poner coto definitivo a la prestación tardía –la cual, en ocasiones, deviene en omisión por sus consecuencias- de los servicios de salud, situación que constituye, a todas luces, una inequívoca falta de servicio que puede dar lugar a la responsabilidad administrativa patrimonial de esa entidad por las lesiones antijurídicas provocadas a los administrados o usuarios (artículos 190 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública) (...).”.*

A propósito de la aplicación del tratamiento de radioterapia a los pacientes con cáncer, la Sala Constitucional en el Voto No. 5318-05 del 6 de mayo del 2005, le ordenó a la CCSS atender con celeridad las solicitudes urgentes. Así estimó lo siguiente:

*“Redacta el Magistrado Jinesta Lobo; y,*

*CONSIDERANDO:*

*(...)VI.- ATENCIÓN CÉLERE DE LAS SOLICITUDES DE APLICACIÓN DE RADIOTERAPIA. En el presente asunto quedo plenamente acreditado que desde el 16 de diciembre*

*del 2004, el Jefe del Servicio de Urología del Hospital Calderón Guardia le remitió la solicitud a la Gerencia Médica para someter al paciente al tratamiento de radioterapia, sin embargo, no fue sino hasta dos meses después que la Gerente de la División Médica le remitió al Jefe de Servicio de Oncología del Hospital México el expediente médico del amparado para iniciar el tratamiento requerido, todo a raíz de la notificación de la providencia que le dio curso al presente proceso. Es evidente que tal actuación releva una ineficiencia clara y descoordinación del servicio público de salud que presta la Caja Costarricense de Seguro Social, puesto que, resulta inaudito que un paciente que padece de un cáncer y requiere de forma urgente un tratamiento, tenga que ser expuesto a un retardo administrativo y burocrático exorbitante y abusivo que puede poner en serio riesgo su estado de salud e, incluso, su vida. El servicio público sanitario debe actuar de forma celer, regular, continua e ininterrumpida, así como las unidades administrativas que le brindan apoyo. Por lo expuesto, se impone ordenarle a la Gerente de la División Médica de la Caja Costarricense de Seguro Social que en adelante atienda con celeridad y premura las solicitudes de aplicación del tratamiento de radioterapia a los pacientes que padecen de cáncer.”*

De igual forma, el Tribunal Constitucional, con motivo de un recurso de amparo interpuesto por un paciente que requería una intervención quirúrgica cardíaca, dictó la sentencia No. 5647-05 de las 14:37 hrs. del 11 de mayo del 2005, y le ordenó a la Caja Costarricense de Seguro Social racionalizar la lista de espera de los servicios de Cirugía Cardíaca del Hospital San Juan de Dios, y desde luego, practicarle la cirugía al paciente, al respecto consideró lo siguiente:

*“Redacta el Magistrado Jinesta Lobo; y,  
CONSIDERANDO:*

**(...) IX.- RACIONALIZACIÓN DE LA LISTA DE ESPERA EN CIRUGÍA CARDÍACA.**  
*Las listas de espera de los pacientes o usuarios de los servicios de salud en ciertas especialidades médicas pueden representar una seria amenaza para la vida y salud de aquéllos, puesto que, un retardo en la prestación debida puede representar la diferencia entre el mejoramiento efectivo de las condiciones de salud o, incluso, entre la vida y la muerte. La cirugía cardiaca es una especialidad especialmente sensible, puesto que, en esta materia la prontitud, presteza y celeridad en la intervención quirúrgica puede reforzar las probabilidades y expectativas de vida y salud del paciente. Por lo anterior, debe ordenarse al Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social y a la directora del Hospital San Juan de Dios que tomen todas las medidas pertinentes para racionalizar la lista de espera de los servicios de cirugía cardiaca de ese centro hospitalario. (...)*”

Finalmente, la Sala Constitucional en el Voto No. 6002-2005 de las 16:02 hrs. del 24 de mayo del 2005, condenó a la CCSS al pago de los daños y perjuicios derivados de la infracción al derecho a la salud y le ordenó a esa entidad que los amparados que estuvieren en lista de espera de cirugía oftalmológica que no hubieren sido intervenidos quirúrgicamente a la fecha del dictado de la sentencia lo sean en el plazo de dos meses contados a partir de la notificación del fallo, todo según el orden de prioridad que la Dirección de la Clínica Oftalmológica de la CCSS establezca, según el grado de urgencia y gravedad de su padecimiento, del mismo modo se le ordenó que en el plazo de tres meses pusiera en operación la cuarta y quinta salas de cirugía de la clínica, mediante la adquisición de equipos y la contratación del personal necesario.

4.- Derechos y obligaciones del paciente usuario de los servicios públicos hospitalarios.

Una forma para recomponer el cuadro de las obligaciones administrativas preexistentes de la administración sanitaria –hospitales y clínicas de la CCSS-, lo constituye la determinación de los derechos de los usuarios, puesto que, éstos suponen obligaciones o deberes correlativos, cuyo quebranto da origen a una falta de servicio.

Estos derechos los puede tener el paciente tanto frente al médico tratante y el personal auxiliar que le atiende –funcionarios públicos- como del propio servicio público –establecimiento hospitalario- entendido como una organización a su servicio.

Del mismo modo, resulta de enorme trascendencia para delimitar la órbita de la responsabilidad de la administración pública por la prestación de los servicios hospitalarios, identificar las obligaciones de los pacientes para con el personal médico, auxiliar y el propio establecimiento de salud, a fin de determinar una eventual culpa de la víctima que sea motivo suficiente para romper el nexo de causalidad, excluyéndose cualquier posible indemnización o resarcimiento.

A.- Derechos del paciente frente al médico y personal auxiliar que le atiende.

Sobre este particular, son pocas las normas que le reconocen un derecho al paciente, así por ejemplo la Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos (No. 3019 del 8 de agosto de 1962 y sus reformas) establece en su ordinal 3° que esa corporación tiene por finalidad, entre otras, velar porque la profesión se ejerza con arreglo a las normas de la ética, de esta forma, el Código de Moral Médica (Decreto Ejecutivo No. 13032-P-SPPS del 15 de octubre de 1981), le establece al médico, sea que trabaje privadamente o en un establecimiento público una serie de obligaciones que son reflejo de los derechos del paciente o del enfermo.

El Código de Moral Médica, establece en su artículo 2° que *“Las necesidades integrales del paciente deben ocupar lugar prominente en la conducta profesional del médico”*, quien, a través de los medios de que dispone, debe procurar satisfacerlas.

El numeral 3° de ese cuerpo normativo establece que el *“(...) médico debe ser consciente de sus deberes sociales y profesionales hacia el paciente (...)”*.

La parte II del Código de Moral Médica se intitula *“Deberes de los Médicos para con los Pacientes”* y en la misma se indica en el artículo 10 que *“El respeto de la vida humana constituye el deber primordial de los*

médicos”, luego el 11 preceptúa que *“No es lícito al médico, en ningún caso o circunstancia, proporcionar o suprimir tratamiento a un paciente con el fin de producir la muerte”*, lo cual constituye una condena ética a la eutanasia.

Otros de los deberes del médico son los siguientes: a) El médico debe abstenerse de ejercer su profesión en condiciones que *“(…) puedan comprometer la calidad de los cuidados y de los actos médicos”* (artículo 16); b) todo médico *“(…) debe llevar auxilio pronto al enfermo en peligro inmediato”* (artículo 18); c) el médico desde que ha sido llamado a brindar sus cuidados a un enfermo y lo ha aceptado, *“(…) está obligado a asegurarle, de inmediato todos los cuidados médicos en su poder, personalmente, o con ayuda de terceras personas calificadas”*; d) el médico *“(…) no puede abandonar a un enfermo por el hecho de que su enfermedad o estado hayan sido definidos como incurables. Debe atenderlos hasta el final”* (artículo 30).

El artículo 27 del Código de Moral Médica dispone que *“Todo acto profesional que se haga en forma apresurada y deficiente, por motivos personales o administrativos, se debe considerar como reñido con la ética”*, por último el numeral 72 de ese texto normativo establece que *“El médico que desempeña un cargo en la Administración Pública, o en cualquier institución está obligado, en el desempeño del mismo, a respetar la ética profesional y a cumplir con lo establecido en este Código. Sus obligaciones con el Estado y con la institución no lo eximen de sus deberes éticos con sus (…) pacientes”*.

B.- Derechos del paciente frente al establecimiento hospitalario.

La Ley No. 8239 del 2 de abril del 2002 de “Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados”, establece un elenco de derechos -no exhaustivo o taxativo- al disponer lo siguiente:

*“Artículo 2º—Derechos. Las personas usuarias de los servicios de salud tienen derecho a lo siguiente:*

*a) Recibir información clara, concisa y oportuna, sobre sus derechos y deberes, así como sobre la forma correcta de ejercitarlos.*

*b) Ser informadas del nombre, los apellidos, el grado profesional y el puesto que desempeña el personal de salud que les brinda atención.*

*(…)*

*d) Recibir, sin distinción alguna, un trato digno con respeto, consideración y amabilidad.*

*e) Recibir atención médica con la eficiencia y diligencia debidas.*

*f) Ser atendidas sin dilación en situaciones de emergencia.*

*g) Ser atendidas puntualmente de acuerdo con la cita recibida, salvo situaciones justificadas de caso fortuito o fuerza mayor.*

*(...)*

*k) Tener acceso a su expediente clínico y a que se le brinde una copia.*

*l) Recibir atención en un ambiente limpio, seguro y cómodo.*

*m) Hacer que se respete el carácter confidencial de su historia clínica y de toda la información relativa a su enfermedad salvo cuando, por ley especial, deba darse noticia a las autoridades sanitarias. En casos de docencia, las personas usuarias de los servicios de salud deberán otorgar su consentimiento para que su padecimiento sea analizado.*

*n) Disponer, en el momento que lo consideren conveniente, la donación de sus órganos.*

*ñ) Presentar reclamos, ante las instancias correspondientes de los servicios de salud, cuando se hayan lesionado sus derechos.*

*o) Hacer uso de sus efectos personales durante el internamiento, con sujeción a las reglas del establecimiento y siempre que con ello no se afecten los derechos de otros pacientes.*

*p) Recibir una cuenta con el detalle y la explicación de todos los gastos en que se ha incurrido en su tratamiento, en el caso de pacientes no asegurados cuando acudan a consulta en los servicios públicos.”*

Por su parte, el Reglamento General de Hospitales Nacionales, con una visión de avanzada para la época en que fue promulgado (1971), establece en su artículo 304 los derechos de los pacientes.

Dentro de los derechos previstos figuran los siguientes: a) respeto íntegro de sus creencias u opiniones; b) trato y atención igual, cualquiera sea su credo, raza o condición socioeconómica; d) puesta oportuna a su disposición de los medios con que cuenta el hospital para su diagnóstico y tratamiento, que se le indique dónde encontrarlos o que se le refiera donde existen; e) abandono del hospital cuando así lo exija él o su representante legal con las limitaciones por los servicios de salud mental y reclusos o indiciados; f) el respeto de la información confidencial de su historia clínica y g) ser informado de las acciones preventivas acerca de su padecimiento que debe adoptar él o su familia.

El Reglamento del Seguro de Salud de la CCSS en su Capítulo VI (Derecho y deberes de los usuarios), también regula (artículo 75) una serie de derechos de los asegurados, tales como los siguientes: a) Ser atendido de forma oportuna, con el máximo de respeto, sin discriminación y con relevancia de su condición de ser humano; b) que toda la información generada por el sistema de salud sea documentada, sin excepción, en el expediente clínico; c) conocer y solicitar la certificación de cualquier información de su expediente clínico; d) confidencialidad en el tratamiento de los informes y registros, salvo cuando deba darse noticia a la autoridades sanitarias; e) respeto al derecho a la imagen, salvo consentimiento para ser objeto de información pública; f) tener acceso, en caso de duda, a una segunda opinión de otro médico antes de autorizar tratamientos, intervenciones quirúrgicas o procedimientos médicos de cualquier índole; g) conocer el nombre del médico tratante y del personal responsable de su atención, de la especialidad, calificación y responsabilidad en la coordinación, selección y administración del tratamiento; l) recibir instrucciones claras, por escrito, sobre la utilización de los medicamentos recetados; m) esperar una atención continua, recibir información sobre sus necesidades de atención posteriores a su egreso y recibir adiestramiento para cuidar personalmente su

salud; n) no ser rechazado por el tipo, gravedad o naturaleza de la enfermedad.

La Carta de Derechos y Deberes para los servicios que brinda la Caja Costarricense de Seguro Social, establece un elenco de derechos de los pacientes y usuarios de los servicios –algunos contenidos en el Reglamento del Seguro de Salud- entre los que se pueden citar los siguientes: 1) *“A recibir oportunamente los servicios de hospitalización, de consulta externa general, especializada y de urgencias; los procedimientos de diagnóstico y tratamiento, y los medicamentos, con equidad y sin costo adicional (...)”*; 2) *“A conocer quiénes son las personas que le brindan el servicio, a ser atendido en un ambiente de seguridad, tranquilidad y confianza (...)”*; 3) ser informado *“(...) de las demoras en la espera de los servicios”*; 4) *“A recibir información sobre los efectos terapéuticos de los medicamentos prescritos, con indicaciones claras y escritas sobre su administración y adecuada conservación en el hogar”*; 5) *“A que sea registrada con claridad en su expediente, la información que genera el proceso de atención en salud, por el personal competente y a que sea administrada confidencialmente”*; 6) *“A leer y conocer su expediente clínico”*; 7) *“A que en el caso de que existan listas de espera en hospitalización y consulta externa, que éstas reflejen con criterios de equidad únicamente las prioridades de urgencia médica y tiempos de espera. Asimismo, tiene derecho a ser informado periódicamente de las causas de la demora existente (...)”*.

C.- En especial sobre el derecho al consentimiento informado.

C.1.- Fundamento constitucional.

El derecho al consentimiento informado es actualmente un derecho fundamental de los usuarios de los servicios de salud y de los pacientes, tanto que existen instrumentos internacionales que se ocupan del mismo, así, en el ámbito europeo, existe el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina o “Convenio de Oviedo” del 4 de abril de 1997.

Este derecho fundamental encuentra sustento en una serie de valores, principios y preceptos constitucionales tales como la autonomía de la voluntad (artículo 28 de la Constitución Política), la dignidad humana (artículo 33 ibidem), el libre desarrollo de la personalidad, los derechos a la vida, integridad física y a la salud (artículo 21 ibidem).

## C.2.- Concepto.

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

Al constituir el consentimiento informado una expresión de la autonomía o autodeterminación resulta indiscutible que es esencialmente revocable, de modo que el paciente puede, incluso interrumpir un tratamiento o intervención en curso.

El fundamento de esta figura se encuentra en varias razones como la autonomía individual o autodeterminación del paciente a quien debe permitírsele la adopción de decisiones racionales en su tratamiento, la personalización y humanización del tratamiento médico y la superación de un enfoque paternalista y de beneficencia en la relación médico-paciente. Consecuentemente, no se puede concebir como una concesión graciosa del médico por razones deontológicas sino como un verdadero derecho del paciente o usuario de los servicios de salud.

Debe indicarse que para la expresión del consentimiento del paciente para someterse a un tratamiento concreto o una intervención médica determinada, es esencial la información previa que reciba, de modo que existe una secuencia sucesiva entre la información y la expresión del consentimiento, sin una información comprensible o simple, completa, adecuada, veraz y objetiva, al paciente le resulta imposible tomar una determinación voluntaria y libre o lo que es lo mismo para dar su consentimiento el paciente requiere de información y conocimiento. No debe

confundirse la información para el consentimiento o previa al consentimiento para un acto sanitario concreto y particular con la denominada “información terapéutica, clínica o asistencial” que debe ser permanente y continua al paciente o aquellas personas con las que tenga un vínculo jurídico (v. gr. representación o familiar) o fáctico (v. gr. conviviente) sobre el proceso que le afecta –incluyendo el diagnóstico, alternativas de tratamiento, riesgos y pronóstico- o con el denominado “consejo genético” (“genetic council”) que es la información de las consecuencias relacionadas con la existencia o riesgo de un trastorno genético familiar o hereditario (v. gr. problemas que acarrea, probabilidad de padecerla o transmitirla y medios para evitarlo o paliarlo), como el diagnóstico preimplantatorio –en la fecundación in vitro- o preconceptivo. De la misma forma, el consentimiento informado no debe distinguirse de la voluntad anticipada o testamento vital que es aquel documento en el cual el paciente hace referencia a la aplicación de actos médicos que puedan determinar el alargamiento o interrupción de la vida.

Desde luego que el deber de informar se extiende no solo al médico responsable o tratante sino, también, a todo el personal profesional y auxiliar que atienda al paciente durante el proceso asistencial o le aplique una técnica o procedimiento concreto.

### C.3.- Excepciones.

Se admiten como excepciones al consentimiento informado (“privilegio terapéutico”) las siguientes:

a) Los casos de urgencia o estados de “necesidad terapéutica”; b) cuando la información sea perjudicial para la salud del paciente y así se estime justificada y objetivamente; c) cuando medie una renuncia a la información, esta última no excluye, por sí, el deber de recabar un consentimiento expreso, libre y claro para someterse al tratamiento o intervención; d) riesgo grave para intereses colectivos o difusos como la salud pública, al padecerse una patología infecto-contagiosa.

Obviamente, no deben confundirse estas excepciones con el consentimiento por sustitución, cuando el paciente no tiene la capacidad suficiente para externar su consentimiento, en cuyo caso debe hacerlo el representante legal, los familiares, las personas vinculadas de hecho al paciente y, eventualmente, hasta el propio juez.

### C.4.- Marco normativo.

En nuestro medio hace falta una regulación de rango legal unitaria y sistematizada sobre el consentimiento informado, dada su enorme trascendencia para el desarrollo efectivo de una serie de principios y valores constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía o autodeterminación personales y los derechos fundamentales a la vida, la salud y la integridad físicas. La normación general del instituto de marras se ha producido, básicamente, por vía reglamentaria -excepción hecha de la Ley No. 8239 del 2 de abril del 2002 de Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados que contiene algunas normas sobre el particular-, lo que no deja de presentar serios inconvenientes por la jerarquía, fuerza y resistencia propia de tales instrumentos normativos.

El artículo 2° de la Ley No. 8239 del 2 de abril del 2002 de Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados, establece los siguientes derechos:

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

*(...)*

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

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

*j) Aceptar o rechazar la proposición para participar en estudios de investigación clínica.(...)”*

De su parte, el artículo 21 del Código de Moral Médica (Decreto Ejecutivo No. 13032-P-SPPS del 15 de octubre de 1981), entre las obligaciones positivas de los médicos, dispone la siguiente: *“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 o procedimiento médico o quirúrgico, y no debe emprender ninguna acción sin el consentimiento del enfermo, o de las personas de las cuales éste depende, si es menor o está incapacitado jurídicamente, exceptuados los casos de absoluta imposibilidad y urgencia”*.

El artículo 310 del Reglamento General de Hospitales Nacionales (Decreto Ejecutivo No. 1743 SPPS del 4 de junio de 1971), dispone lo siguiente:

*“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”*.

Por su parte, el Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social, en su Capítulo VI (*“Derechos y deberes de los usuarios”*), en su artículo 75, inciso b), contempla como un derecho del paciente el siguiente:

*“Recibir información precisa y clara sobre la realidad de su estado de salud, así como de las implicaciones de las diferentes alternativas de tratamiento a que podría ser sometido, de tal modo que pueda adoptar la decisión que mejor se ajuste a sus deseos o a sus convicciones en forma totalmente libre y voluntaria. Este derecho incluye el de ser informado, cuando así lo solicite el paciente por*

*cualquier medio, de la razón de toda medida diagnóstica o terapéutica que se proponga; o de cualquier prueba complementaria. Se entiende que la información debe serle suministrada en términos que él pueda entender, dependiendo de su nivel de educación o experiencia”.*

Ese mismo reglamento de la CCSS establece en sus incisos i), j), k) y l) los siguientes derechos del paciente:

*“i) Decidir libremente, sin ninguno tipo de coacción o condicionamiento, su participación como sujeto pasivo en investigaciones clínicas o terapéuticas.*

*j) Decidir libremente, sin ningún tipo de coacción o condicionamiento, ser sometido a cualquier tipo de diagnóstico, tratamiento o procedimiento de análoga naturaleza.*

*k) Decidir libremente, sin ningún tipo de coacción o condicionamiento, si se somete a procedimientos diagnósticos o terapéuticos de efectividad no comprobada. Únicamente cuando hayan sido debidamente advertidos de los riesgos y ventajas de tales tratamientos. Los pacientes podrán autorizar su aplicación así como desautorizarla en cualquier momento, a su mayor conveniencia. El consentimiento siempre debe quedar constando por escrito.*

*l) Recibir explicación pertinente sobre su estado de salud, sobre la evolución futura y la instrucción suficiente de toda indicación o contraindicación médica.”*

Existen algunas leyes sectoriales que se ocupan del instituto, así la Ley No. 7409 del 12 de mayo de 1994, que Autoriza transplantes de órganos y materiales anatómicos humanos, establece algunas disposiciones específicas en lo relativo al consentimiento informado. Así el ordinal 7, inciso b), señala que para obtener órganos y materiales anatómicos de un donador vivo, para ser implantados en otra persona, solo podrá realizarse cuando se cumple, entre otros requisitos, con el siguiente:

*“El donador haya sido informado acerca de los riesgos de la donación, sus secuelas, la evolución previsible y las limitaciones resultantes. Del cumplimiento de este requisito y del consentimiento del donador deberá quedar constancia, debidamente documentada y firmada por él, de acuerdo con las normas que se establezcan en el Reglamento de esta Ley.*

*El donante podrá revocar la manifestación de su voluntad, en cualquier momento, sin que esto genere ninguna responsabilidad de su parte.”*

Por su parte el artículo 17, inciso ch), de ese cuerpo normativo, prevé el consentimiento informado del receptor a quien se le implantará el órgano o material anatómico, al indicar que solo se aprobará, entre otros requisitos, cuando se cumpla el siguiente:

*“El receptor o su representante legal, en caso de pacientes menores de edad o de incapaces, sean informados por el jefe del equipo o por el profesional que éste designe, acerca de los riesgos de la implantación, sus secuelas, la evolución previsible y las limitaciones resultantes.*

*Deberá quedar constancia, debidamente documentada y firmada por quien corresponda, del cumplimiento de este requisito, así como de la decisión adoptada por libre voluntad del receptor o de sus representantes legales, de acuerdo con las normas que se establezcan en el Reglamento de esta Ley.”*

Los artículos 9 y 10 de la Ley No. 7409 le permite a cualquier persona dejar una voluntad anticipada para prohibir o evitar la extracción de órganos o materiales anatómicos después de la muerte.

La Ley General sobre el VIH SIDA, No. 7771 del 29 de abril de 1998, también contiene algunas normas específicas, así el artículo 6°, entre los derechos de quienes padecen esa enfermedad, señala el de obtener información sobre la salud, al establecer que *“Todo portador del VIH-Sida*

*tiene derecho a contar con información exacta, clara, veraz y científica acerca de su condición, por parte del personal profesional y técnico.”*

El artículo 17 regula lo relativo a la notificación al paciente al preceptuar lo siguiente:

*“El médico tratante o el personal de atención en salud capacitado que informe a un paciente sobre su condición de infección por VIH, deberá indicar, además del carácter infectocontagioso de esta, los medios y las formas de transmitirla, el derecho a recibir asistencia, adecuada e integral, en salud y la obligatoriedad de informar a sus contactos sexuales.*

*Para ese efecto, el médico tratante o el personal de salud deberá proveer a la persona infectada por el VIH la información necesaria que deberá facilitarles a sus contactos y la forma de hacerlo.*

*Cuando el paciente no quiera o no pueda comunicar el resultado de su diagnóstico por lo menos a sus contactos sexuales actuales, el personal de atención en salud deberá realizar las gestiones posibles, a fin de lograr dicha notificación.*

*La notificación deberá realizarse de tal modo que respete la confidencialidad de las personas involucradas.”*

Por último el artículo 29, párrafo 2º, en lo relativo a la investigación, señala que *“Ninguna persona infectada por el VIH podrá ser objeto de experimentos, sin haber sido advertida de la condición experimental y de los riesgos, y sin que medie su consentimiento previo o el de quien legalmente esté autorizado para darlo”*.

Resulta evidente que si el consentimiento informado es una obligación del médico tratante o responsable y del personal profesional o auxiliar que somete a algún tratamiento específico o intervención concreta a un paciente y, como tal, del servicio público de la seguridad social, su incumplimiento genera no solo una eventual falta del servicio, configurándose un funcionamiento anormal de éste sino, también, una falta personal del funcionario que la tiene a su cargo, lo anterior cuando del acto clínico deriva

una lesión antijurídica que el paciente o usuario del servicio de la sanidad no pudo conocer al no informársele adecuadamente y omitirse recabar su consentimiento libre, consciente y voluntario.

#### D.- Obligaciones de los pacientes de los servicios hospitalarios.

El artículo 4° de la Ley No. 8239 del 2 de abril del 2002 de Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados, establece los siguientes deberes:

*“a) Proporcionar la información más completa posible en relación con su estado de salud, enfermedades anteriores, hospitalizaciones, medicamentos y otras condiciones relacionadas con su salud.*

*b) Cumplir las instrucciones e indicaciones que les brinde, en forma adecuada, el personal de salud.*

*c) Responsabilizarse por sus acciones u omisiones, cuando no sigan las instrucciones de su proveedor del cuidado médico (...).”*

El artículo 305 del RGHN enuncia algunas de las obligaciones de los pacientes, las cuales también resultan de importancia para una eventual causa de exclusión de responsabilidad como la culpa de la víctima. Algunas son las siguientes: a) cumplir con las prescripciones y órdenes de los profesionales que los atiendan; b) proporcionar al médico tratante y demás funcionarios a los que corresponda los antecedentes que les soliciten para identificación y tratamiento adecuados y c) *“Someterse a los turnos de espera que les correspondan, de acuerdo con la demanda de atención y los recursos de que disponga el hospital, salvo casos considerados como “de urgencia”, que tendrán prioridad para su atención”* (inciso e). En conexión con el tema de las obligaciones, el artículo 311 del RGHN indica que *“A todo paciente se le deberá proporcionar, a su dada de alta, un documento con el diagnóstico de su enfermedad, el tratamiento empleado, especialmente cuando se refiere a intervenciones quirúrgicas y las principales indicaciones que debe observar, así como la fecha en que deba regresar al establecimiento para su control”*.

La Carta de Derechos y Deberes de los servicios brindados por la CCSS enuncia, también, una serie de obligaciones para los usuarios que tienen una importancia a efecto de determinar una eventual causa de exclusión de responsabilidad administrativa –tanto del ente público como del funcionario-, como lo es la culpa de la víctima. Entre éstas se señalan las siguientes: 1) *“Suministrar toda la información que se le solicita (...) relacionada con el padecimiento actual, padecimientos anteriores y antecedentes familiares, tratamiento y hospitalizaciones previos en forma precisa y completa”* 2) *“Informar al personal del servicio sobre cualquier cambio inesperado en su condición de salud, asimismo sobre todo cambio relacionado con medicamentos o tratamientos suministrados”*; 3) *“Seguir el plan de tratamiento y los exámenes indicados por los profesionales responsables de su atención y cumplir con sus indicaciones”*.