

## **MALA PRAXIS Y DERECHO PENAL COSTARRICENSE: UN ÉNFASIS EN LAS CIRUGÍAS ESTÉTICAS**

Lic. Adrian Bellanero Quesada<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Abogado litigante especializado en derecho comercial por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y actualmente cursando la Maestría en Ciencias Penales en la misma universidad.

**Resumen:** Usualmente cuando se habla de acto médico, se le suele conceptualizar desde la óptica de la medicina curativa, lo mismo se hace al definir las fases que lo componen (diagnóstico, tratamiento...) ello deja de lado, una rama de la medicina que en los últimos años proliferando y crecimiento exponencial como le es la medicina satisfactiva o voluntaria, en este artículo se abordará la mala praxis desde la base de las cirugías estéticas.

**Palabras claves:** mala praxis, médico, paciente, acto médico, iatrogenia, cirugía estética, delitos culposos, medicina.

**Abstract:** Generally, when talking about a medical act, it is generally conceptualized from the point of view of curative medicine; and the same happens when defining the phases that are part of such act (diagnosis, treatment ...). This excludes satisfactive or voluntary medicine, which a branch of medicine that has proliferated with an exponential growth over recent years. This essay will address malpractice from the base of cosmetic surgery.

**Keywords:** malpractice, doctor, patient, medical act, iatrogenesis, cosmetic surgery, negligent crimes, medicine

## Índice:

### Introducción

1. Concepto de mala praxis
2. La cirugía estética
3. El consentimiento informado
4. Lex artis en las cirugías estéticas
5. Responsabilidad penal por mala praxis
6. Iatrogenia

### Conclusiones

### Bibliografía

## **Introducción:**

La salud, es entendida en la actualidad desde un sentido amplio, así lo ha establecido la Organización Mundial de la Salud, al disponer que esta debe entenderse como un estado completo de bienestar, es decir físico y mental, sufriendo la vieja concepción de que salud es la ausencia de enfermedad.

Bajo esa tesitura en este artículo, se aborda la mala praxis médica con un énfasis en las cirugías estéticas, que forman parte de la medicina satisfactiva, siendo esta aquella que no tiene como fin la curación o prevención de enfermedades, sino el embellecimiento, el perfeccionamiento del cuerpo o la simple eliminación o reducción de elementos faciales o corporales que no son de agrado del paciente, este mejoramiento de la apariencia física para algunas personas, es la forma de alcanzar el estado pleno de bienestar y con ello una salud integral.

Dentro el análisis que se realiza en este trabajo de investigación, se aborda el consentimiento informado, el cual es esencial para la ejecución de los actos médicos por parte del profesional —salvo que se trate de asuntos graves o urgentes que ponga en riesgo la vida o salud de las personas— pues de lo contrario este asumiría responsabilidad de índole penal o civil, según sea el caso, estableciendo por ello cuales son los requisitos mínimos que debe contener el consentimiento informado en las intervenciones estéticas.

Asimismo, se realiza un abordaje, del término de *lex artis* y *lex artis ad hoc*, siendo esto un elemento esencial para determinar la existencia o no de mala praxis por parte del profesional médico, pues son estas las que delimitan el baremo de cuidado que debe seguir médico en los actos que ejecuta y por lo cual faltando a ella se le puede atribuir responsabilidad por delitos sancionados en el Código Penal costarricense con pena privativa de libertad, ergo también se analiza la figura de la iatrogenia que es una eximente de responsabilidad penal y civil del médico, y que está basada básicamente en la imposibilidad de imputación de un resultado al actuar del médico, por cuanto el mismo no solo no fue provocado por un actual negligente suyo, sino que no le era previsible, y de serlo no lo podría evitar.

### **a) Concepto de mala praxis:**

Al hablar de mala praxis, no debe entenderse que nos encontramos siempre ante un escenario jurídico penal o en una circunstancia de corte médico, es necesario dejar claro, que este concepto se aplica en todas las profesiones (sentido amplio) por lo que se puede hablar de mala praxis en la abogacía, en la arquitectura o en la ingeniería por ejemplo, no obstante, el presente artículo se centrará en el sentido estricto del término, es decir en la “*mala praxis médica*”, entendida como la actuación de un médico (acto médico) en forma contraria a la “*lex artis*” es decir apartándose del baremo adecuado de cuidado que debe seguir el médico prudente de acuerdo a los principios y estándares establecidos en el área o especialidad médica en que se desempeña.

No resulta baladí, sino por el contrario es imperioso, analizar para la correcta conceptualización de la mala praxis médica, el acto médico, pues es entorno a este que gira la exigencia de la debida aplicación de la *lex artis*. Tradicionalmente se ha tenido a la medicina como una profesión cuyo fin es cuidar la vida y la salud de las personas, así como

la prevención de enfermedades<sup>2</sup>, en razón de ello se ha establecido la definición de acto médico ligada a la medicina curativa o necesaria y a la medicina preventiva, la primera consiste en las técnicas médicas dirigidas a diagnosticar y formular un tratamiento médico para la sanación de una persona enferma o bien procurarle una mejoría en su padecimiento, es decir ya existe una patología previa a la intervención del médico, por su parte la segunda explora la de la persona y busca preservarla prolongando su vida o bienestar físico y/o mental, es decir este tipo de medicina se ejecuta en una persona que goza de salud para evitar una patología futura, reconociéndose que no toda actividad médica está motivada por la curación, sino que hay acciones beneficiosas para la persona de corte preventivo.

En relación con lo anterior se encuentra en el Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, la siguiente definición del acto médico:

*Acto Médico: Es el acto en el cual se concreta la relación médico-paciente. Es un acto complejo, personal, libre y responsable, efectuado por el profesional médico, conocimientos, destrezas y actitudes óptimas, legalmente autorizado y en beneficio del paciente asumiendo el valor fundamental de la vida desde el momento de la fecundación hasta su muerte natural y respetando la dignidad de la persona humana, tanto de quien lo ejecuta como de quien lo recibe. El acto médico comprende la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad, su diagnóstico y tratamiento, rehabilitación y cuidados paliativos hasta el ocaso de la vida. Incluye también toda acción o disposición que realice el médico en los campos de la enseñanza y la investigación de la medicina y la administración de servicios médicos, ya sea en su condición de director, asistente, docente, especialista, investigador, administrador, consultor, auditor o perito. (el subrayado es personal)*

En esta misma línea se puede encontrar múltiple doctrina, que aborda la definición del acto médico desde la base de la medicina curativa y preventiva, en ese sentido véase los siguientes conceptos:

Romero (2013)<sup>3</sup> “*Esta circunscrito a la actuación que concreta la relación médico-paciente comprendiendo: la promoción de la salud, prevención de la enfermedad, su diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, cuidado de la salud de modo permanente hasta la defunción del respectivo paciente.*” (p. 111)

Mora & Gómez (2018)<sup>4</sup> “*aquellos actos mediante los cuales el médico busca obtener un alivio o curación, dentro de los cuales podemos describir los **preventivos** los*

---

<sup>2</sup> En ese sentido el artículo 1 del Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica establece: (...) “*La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del ser humano y propender por la prevención de las enfermedades y con ello, el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinción de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes*” (...).

<sup>3</sup> Romero. J. 2013, Apuntes sobre la mala praxis médica. Revista de Ciencias Jurídicas número 135 (107-122). Septiembre- diciembre 2014. San José, Costa Rica

<sup>4</sup> Mora. N y Gómez M. 2018. La Responsabilidad Médica en los Procedimientos Estéticos Invasivos. Facultad de Derecho, Universidad Cooperativa de Colombia.

*cuales advierten o recomiendan medidas para evitar la aparición de procesos patológicos, los **diagnósticos**, en los cuales nos referimos a la opinión del médico respecto de la observación o el laboratorio, los **terapéuticos**, aquellos que se encargan del tratamiento de la enfermedad como tal y de **rehabilitación**, son las medidas complementarias a la terapéutica con el fin de reincorporar el paciente a su entorno social”.* (p. 23)

El Comité de Expertos en Problemas Legales del Consejo de Europa como se citó en Calabuig (2004)<sup>5</sup> define el acto médico como “*Toda clase de tratamiento, o intervención con fines diagnósticos, profilácticos, terapéuticos o de rehabilitación llevados a cabo por un médico o bajo su responsabilidad.*” (p .57)

Esta concepción de acto médico, si lo aplicamos a la mala praxis genera una exclusión de aquellas intervenciones médicas que no tengan como fin la prevención o curación de enfermedades, dentro de lo cual se encuentra la medicina voluntaria, es decir la estética, que más adelante se abordará con amplitud, pero de forma somera es aquella que tiene como fin el “mejoramiento” de la apariencia física de las personas, al apartarse esta medicina del fin que tradicionalmente se la ha dado a esta área del saber<sup>6</sup>, ha sido bastante cuestionada, atribuyéndosele que va en contra de los principios básicos que rige la profesión médica, como lo son la beneficencia<sup>7</sup> y la no maledicencia<sup>8</sup> por cuanto se está sometiendo a una persona sana a una intervención médica que no necesita y que le genera un riesgo indebido a su salud, no obstante, ello no puede corresponder menos a la realidad, pues los detractores de la medicina estética parten de un concepto de salud en sentido estricto, es decir la simple ausencia de enfermedad, y no un sentido amplio como lo ha establecido la Organización Mundial de la Salud<sup>9</sup>, al definirla como “*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”. Es decir, la salud no es sólo el bienestar físico sino también el bienestar psíquico, en otras palabras, se trata de la salud integral de los individuos, quienes en el caso de la medicina estética ese afán de generarse un bienestar integral en su salud, específicamente en su estabilidad psíquica al buscar sentirse bien consigo mismo y con su proyección social (por medio de su apariencia) optan por intervenciones en su cuerpo de esta índole, las cuales son realizadas por profesionales médicos y que deben estar necesariamente abarcada dentro de la conceptualización de actos médicos.

Atendiendo a esto, el autor Calabuig<sup>10</sup> define de manera correcta el acto médico como “*Toda actividad lícita, desarrollada por un profesional médico, legítimamente*

---

<sup>5</sup> Calabuig. G. 2004. Medicina Legal y Toxicología. Sexta edición. Editorial Masso.

<sup>6</sup> La curación o prevención de enfermedades, tal como se establece en el artículo primero del Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica.

<sup>7</sup> Beneficencia: Hacer siempre el bien. Que en medicina se traduce como hacer todo lo que esté a su alcance para salvaguardar la salud y la vida del paciente. (artículo 1 Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica.)

<sup>8</sup> No maledicencia: No hacer el mal (primun non nocere) y que en medicina lleva consigo el deber de no someter o exponer al paciente a prácticas o riesgos innecesarios. (artículo 1 Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica.)

<sup>9</sup> Organización Mundial de la Salud, tomado de <https://www.who.int/about/es/>

<sup>10</sup> ibidem

*capacitado, conducente a la curación de una enfermedad o a la promoción de la salud integral de la persona. Se incluye, por tanto, actos diagnósticos, curativos, de alivio del dolor, de la preservación de la salud y de la mejora del aspecto estético.” (p.57)*

Entendiendo que el acto médico no es sólo aquel destinado a curar o prevenir una enfermedad, sino el que tiene como fin la promoción de la salud integral de las personas y que por ende cuando se hable de diagnóstico o tratamiento médico, resulta menester alejarse de las definiciones dadas por el Diccionario de la Real Academia Española<sup>11</sup> que los circunscribe al ámbito de la medicina curativa, de la misma forma que lo hace Terragni (2010)<sup>12</sup> quien define el diagnóstico como “*el conocimiento diferencial de los signos de enfermedad*” y el tratamiento como “*el método, efectivamente empleado, la actividad concreta puesta al servicio de la curación*” (p. 332) y por el contrario asumir una conceptualización amplia (aplicables a las medicina estética), entendiendo el diagnóstico no sólo como la determinación de la enfermedad a través de sus signos, sino también como la determinar de las condiciones o variables corporales que desagradan al cliente, identificando que las produce y como deben ser corregidas, incluyéndose aquí las valoraciones preoperatorias y la elección de la técnica médica, y el tratamiento como la ejecución de la técnica médica elegida para corregir o reducir las condiciones corporales que el cliente buscó modificar por medio de la intervención estética.

Teniendo claro lo anterior, una definición que se adecua a lo expuesto es la brindada por el Dr. Tiffer (2008)<sup>13</sup>

“La mala praxis médica consiste en un error involuntario vencible, un defecto o falta en la aplicación de métodos, técnicas o procedimientos en las distintas fases de actuación del médico (exploración, diagnóstico, tratamiento y seguimiento) que tiene como resultado una afectación, que era previsible, en la salud o vida del paciente.” (p. 26)

Otra definición atinada de mal praxis la aporta Fernández (2016)<sup>14</sup> al afirmar que esta es:

*“Toda infracción de parte del médico del deber propio de su profesión y más concretamente del deber de actuar con la diligencia objetivamente exigida por la naturaleza del acto médico que se ejecuta, según las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Se refiere a la responsabilidad profesional por los actos realizados sin seguimiento a la diligencia o el beneficio del paciente y se identifica frecuentemente a partir de uno o más errores injustificados, por la culpa y por tanto responsabilidad de parte del médico.”*  
(p. 4)

## **b) La cirugía estética**

---

<sup>11</sup> Define la palabra diagnóstico como “determinar el carácter de una enfermedad mediante el examen de sus signos” y la palabra tratamiento como “conjunto de medios que se emplean para curar o aliviar una enfermedad.”

<sup>12</sup> Terragni. M. 2010. El delito culposo en el tránsito y la medicina. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica.

<sup>13</sup> Tiffer. C. 2008. Responsabilidad penal por mala praxis. Estudio sistemático de casos. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica.

<sup>14</sup> Fernández. S. 2016. El Acto Médico: Error y la Mala praxis. Boletín CONAMED-OPS. Marzo-Abril 2016.

Se ha venido exponiendo sobre los campos de la medicina, la curativa y la satisfactoria; ambas pueden generar intervenciones por medio de cirugía, en la primera se practica cuando el paciente sufre una enfermedad que torna necesario este acto médico para procurar su cura o una mejora de la condición preexistente, piénsese en una persona que padece cáncer de colon o de mama que requiere la extirpación total o parcial del órgano para quitar la parte afectada con las células cancerosas, con ello evitar metástasis y una muerte próxima. Por su parte la cirugía estética se practica como su nombre lo indica, con el fin de mejorar estéticamente una parte del cuerpo, con ello el aspecto físico de la persona, como por ejemplo una mamoplastia de aumento de senos que una mujer se realiza porque no se siente bien con el tamaño natural de su busto, esto en busca de obtener un estado completo de bienestar físico y mental.

En los últimos años, las cirugías estéticas han proliferado en Costa Rica y en el mundo, es común ver publicidad donde médicos ofrecen servicios de cirugía plástica o estética, también es usual que el público se someta a estas cirugías, sin tan siquiera poder distinguir la una de la otra, pensando que se trata de lo mismo, lo cual no es correcto, por cuando entre ambas lo que existe es una relación de género (plástica)-especie (estética), en ese sentido Félix (2014)<sup>15</sup> afirma que “*Debemos hacer hincapié en que la cirugía plástica es una rama del género de la cirugía, cuyas especies autónomas la constituyen la cirugía reparadora y la estética.*” (p. 198), dicho autor define la cirugía reparadora como aquella que “*incide en el perfeccionamiento de una persona que presenta una anatomía anormal como consecuencia de una deformación congénita o de una enfermedad adquirida por causas traumáticas o patológica*” (p. 198) y la cirugía estética como la que “*perfecciona el aspecto externo de la persona utilizando procedimientos quirúrgicos no reparadores ni terapéuticos, sino puramente estéticos. En principio quien se somete a una cirugía estética presenta anatomía normal*”. (p. 198). Por su parte Sociedad Española de Cirugía Plástica<sup>16</sup> define y realiza una distinción de la cirugía plástica, la cirugía plástica reparadora y la cirugía plástica estética de la siguiente manera:

*La Cirugía Plástica es una especialidad quirúrgica que se ocupa de la corrección de todo proceso congénito, adquirido, tumoral o simplemente involutivo, que requiera reparación o reposición, o que afecte a la forma y/o función corporal. Sus técnicas están basadas en el trasplante y la movilización de tejidos mediante injertos y colgajos o incluso implantes de material inerte. La Cirugía Plástica Reparadora procura restaurar o mejorar la función y el aspecto físico en las lesiones causadas por accidentes y quemaduras, en enfermedades y tumores de la piel y tejidos de sostén y en anomalías congénitas, principalmente de cara, manos y genitales. La Cirugía Plástica Estética, en cambio, trata con pacientes en general sanos y su objeto es la corrección de alteraciones de la norma estética con la finalidad de obtener una mayor armonía facial y corporal o de las secuelas producidas por el envejecimiento. Ello repercute en la estabilidad emocional mejorando la calidad de vida a través de las relaciones profesionales, afectivas, etc. (Lo subrayado es personal).*

---

<sup>15</sup> Félix, G. 2014. El delito imprudente en la actividad médica. Editorial Grijley. Lima. Perú

<sup>16</sup> Sociedad Española de Cirugía Plástica. S. F. Tomado de <https://secpre.org/que-es-la-cirugia-plastica>

La distinción entre estas cirugías adquiere relevancia a la hora de atribuir responsabilidad de índole civil, pues la cirugía reconstructiva que deriva de una patología o dolencia previa — incluyendo reconstrucciones mamarias que derivan de la mastectomía total o parcial de un seno por la existencia de una masa cancerosa y la reducción de senos cuando se acredite que la misma se realizó con el fin de eliminar dolencias en la espalda producidas por el gran tamaño de las mamas y no con un fin estético — se ha establecido dentro de las cirugías curativas, en las cuales al médico asume una obligación de medios, mientras que la cirugía estética por no ser necesaria para curar, sino que lo que prima es la voluntad de la persona que busca transformar su cuerpo para adecuarlo a sus deseos de hermosura y apariencia, se ha definido dentro de la medicina satisfactiva, que a nivel doctrinal se ha establecido que implica una obligación de resultados al médico que la practique.

### c) El consentimiento informado

De acuerdo con el autor Kvitko (2015)<sup>17</sup> fue en el año 1957 en California Estados Unidos, que se empleó por primera vez el término consentimiento informado, esto en el caso *Martín Salgo vs Standford Jr. University*, en este asunto Martín sufrió parálisis permanente en sus extremidades inferiores, producto de una aortografía translumbar por lo cual denunció a su doctor por negligencia y no haberle informado los riesgos de parálisis, resolviendo el juez Bray lo siguiente “*Un médico viola sus obligaciones hacia su paciente y se expone a ser demandado si le oculta cualquier hecho que pueda ser necesario para fundamentar un consentimiento inteligente del mismo al tratamiento propuesto. Asimismo, el médico no puede minimizar los riesgos conocidos en un procedimiento u operación para inducir el consentimiento de su paciente*” (p.105)

La figura del consentimiento informado deriva del derecho de autonomía y autodeterminación de las personas<sup>18</sup>, por medio del cual los sujetos tienen derecho fundamental de aceptar o rechazar un examen o tratamiento médico de cualquier índole (salvo las vacunas obligatorias)<sup>19</sup>, este derecho de autonomía del paciente se encuentra comprendido en el artículo primero del Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, el cual dispone que “*los valores, criterios y preferencias del enfermo, gozan de prioridad en la toma de decisiones, en virtud de su dignidad como sujeto*”, ello es así porque por fortuna se dejó de lado la concepción del paciente como objeto, subordinado a soportar todo aquello que el médico considerara conveniente para

---

<sup>17</sup> Kvitko. L. 2015. Consentimiento informado. Segunda Edición. Editorial Tribunales Ediciones. Buenos Aires Argentina.

<sup>18</sup> Membrado (2014) “En atención al principio de autonomía que fundamenta el derecho del paciente a tomar decisiones de manera consciente, libre y voluntaria sobre aquellas intervenciones que tengan por objeto su cuerpo, el médico tiene que proporcionarle preceptivamente la información para que pueda escoger con plena libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece, o en su caso, pueda negarse a la intervención propuesta” (p.73)

<sup>19</sup> Artículo 46: Toda persona puede negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico o quirúrgico, con excepción de los casos de vacunación obligatoria o de otras medidas relativas a la salud pública, la seguridad laboral y de los casos previstos en el artículo 98 del Código de Familia. (Código Civil Costa Rica)



lograr su sanación, siendo ahora el paciente un sujeto, libre de tomar decisiones sobre su propio cuerpo y su salud.

Como bien lo afirma Cañadas (2004)<sup>20</sup> todo acto médico, desde una simple exploración hasta la intervención médica más compleja, implica una vulneración a los bienes jurídicos más preciados del paciente, como lo es la integridad física, la salud, la libertad, hasta la intimidad, y ellos no son sancionados penalmente, aunque implican conductas típicas, — piénsese en una cirugía, sin ser de urgencia, sin mediar consentimiento del paciente, en donde el doctor duerme al enfermo y realiza una incisión en el abdomen de este para extraer un tumor, desde punto de vista de la lesionología existe ya un daño físico, independientemente que se extraiga o no el tumor, que acareará una imposibilidad de la persona de desempeñar sus ocupaciones habituales, posiblemente por más de 5 días (tiempo que dure su recuperación), asimismo, el cirujano sabía que esta lesionando al paciente y tuvo la voluntad de hacerlo —, debido a que cuentan con el consentimiento informado del paciente otorgado de forma válida, pues sin él se trataría de un acto médico arbitrario que le generará al médico responsabilidad de índole penal.

Con base a lo anterior, como lo indica Cañadas (2004)<sup>21</sup> se establece un principio general que debe respetarse, como lo es la necesidad y la obligación de todo médico que contar en cualquier acto médico que realicen en la relación médico-paciente, un consentimiento informado por parte de este último donde los autorice a someterlo con la intervención médica propuesta, este deber médico de generar el consentimiento por parte del enfermo, se observa en la legislación costarricense en el artículo 22 de la Ley General de Salud<sup>22</sup> y en el capítulo quinto del Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica.

Ahora bien, conociendo la obligatoriedad del consentimiento informado en todo acto médico, resulta necesario establecer su concepto, requisitos e implicaciones, enforcarlo primordialmente al tema de nuestro interés, como lo son cirugías estéticas, el autor Rafael Aguiar, como se citó en Kvitko (2015) define el consentimiento informado como:

*“aquel acto expreso de voluntad, libremente manifestado, específico, y determinado, oportuna y cabalmente informado, documentado y válido, mediante el cual un paciente (física y jurídicamente) capaz, acepta los procedimientos diagnósticos y/o terapéuticos a ser realizados por un médico con quien, anticipadamente, ha convenido en establecer una relación médico-paciente, en los términos establecidos en la ley y que en ninguna forma o circunstancia significa la renuncia del paciente a sus derechos ni tampoco exonera -per se- la responsabilidad legal individual médica subjetiva”*

---

<sup>20</sup> Calabuig, G. 2004. Medicina Legal y Toxicología. Sexta edición. Editorial Masso.

<sup>22</sup> ARTICULO 22.- Ninguna persona podrá ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico que implique grave riesgo para su integridad física, su salud o su vida, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada a darlo legalmente si estuviere impedido para hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de urgencia. (Asamblea Legislativa, 1974. Ley General de Salud)

Por su parte, como también cita Kvitko (2015) la Asociación Argentina de Cirugía, define esta figura como “*acto de decisión voluntaria realizado por una persona competente, por el cual acepta o rechaza las acciones diagnósticas o terapéuticas sugeridas por sus médicos, fundado en la comprensión de la información revelada respecto a los riesgos y beneficios que puedan ocasionar.*”, por otro lado, Membrado (2014)<sup>23</sup> expone que este instituto:

*“es el instrumento para decidir sobre los actos médicos que afectan al paciente, para que pueda autodeterminarse con plena libertad es imprescindible que cuente con la información médica adecuada ya que sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones propuestas”.* (p 74)

En similar sentido, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica<sup>24</sup>, definió el consentimiento informado como:

*El consentimiento informado, es la autorización que hace una persona con plenas facultades físicas y mentales para que los profesionales de la salud puedan realizar un tratamiento o procedimiento. El consentimiento es personal, debe otorgarlo el paciente que requiere el procedimiento o tratamiento; ante la imposibilidad física o mental de ésta, lo harán sus familiares (la pareja cónyuge compañero o compañera, hijos e hijas, padre o madre), representantes legales; se exceptúa el consentimiento, en casos de urgencia. Dentro del principio de autonomía de la voluntad, el paciente puede aceptar o rechazar las indicaciones del acto médico. Es un deber del profesional de la salud, pedir la autorización y un derecho del paciente autorizarlo o rechazarlo. El profesional debe limitar su actuación a la autorización otorgada. Si durante la ejecución del acto médico consentido se requiere una ampliación y el paciente no está en condiciones de decidir, se podrá continuar la intervención sólo cuando se trate de un asunto grave o urgente que ponga en riesgo la vida o la salud de la persona. Realizado el diagnóstico, y antes de la intervención riesgosa, el médico debe informar al paciente el pronóstico, las posibilidades terapéuticas o quirúrgicas, los efectos secundarios adversos, inmediatos o tardíos, el riesgo previsto, de tal forma que el paciente pueda consentir en forma voluntaria y consciente. En general, el enfermo desconoce la técnica, y por tanto no tiene la capacidad de decidir, de allí la obligación del médico de informarle. El consentimiento será válido sólo cuando proceda de una persona bien informada. (Lo subrayado es personal)*

Como se puede observar de dichos conceptos el consentimiento informado, es una manifestación de voluntad por parte del paciente de someterse a una intervención médica, por ello dicha voluntad tiene que ser válida y no contener vicios de ninguna índole (error,

---

<sup>23</sup> Membrado. C. 2014. La responsabilidad civil por implante mamario. Mala praxis, consentimiento informado y prótesis defectuosa. Editorial Comares. Granada. España.

<sup>24</sup> Resolución N° 00821 - 2008

coacción, entre otros) por ello el médico tiene que suministrar al paciente toda la información relevante y esencial, para que este pueda tomar una decisión libre y basada en una correcta información (de calidad y cantidad) sobre su situación clínica, esa necesidad de información cobra mayor relevancia para el paciente en las cirugías estéticas, por cuanto las mismas son realizadas no con un afán curativo, sino meramente de mejora de apariencia física, es decir no son necesarias ni trascendentes en relación a un interés vital, existiendo un mayor margen de decisión por parte de este, quien ante una información detallada de las complicaciones operatorias y postoperatorias que puede suscitar este tipo de cirugía y ante una ponderación de los interés en juego, puede decidir no realizarla, mientras que en las cirugías curativa ante la ponderación de una eventual muerte o el mantenimiento del padecimiento doloroso o indoloro que puede empeorar agudizando la afección a su salud, posiblemente la información detallada de los riesgos no lo hará cambiar de opinión respecto a practicarse la cirugía. Por lo anterior a nivel doctrinario se ha sostenido que la información que se debe brindar en la medicina satisfactiva debe necesariamente ser más amplia y rigurosa que en la medicina curativa.

Debido a que, como se manifestó en las cirugías estéticas hay mayor probabilidad de que el paciente teniendo conocimiento pleno y riguroso de los riesgos, pros y contras de la intervención médica decida no someterse a ella, se establece a nivel doctrinario en este tipo de cirugías —en contraposición con las curativas— mayor rigurosidad al médico en su obligación de informar al paciente<sup>25</sup>, por ello de acuerdo con Membrado (2014) la información que se debe comprender mayores elementos para poder considerarse como suficiente y por tanto que haya una asunción válida del riesgo por parte del paciente (no es válida cuando se desconocen las complicaciones que pueden surgir del acto médico que se autoriza):

*“la información no sólo comprende la posibilidad de fracaso de la intervención, o lo que es lo mismo, el pronóstico sobre la posibilidad del resultado, sino que es necesario advertir a la paciente del más ínfimo riesgo de secuelas complicaciones o resultados adversos que pueden producirse, sean temporales o permanentes y con independencia de la frecuencia en que produzca y de que la intervención se desarrolle de modo correcto desde un punto de vista técnico.” (p.77)*

Con base a lo anterior, a la persona que se quiere someter a una cirugía estética, para que pueda brindar un consentimiento válido y que con base en el, el médico pueda ejecutar el acto médico debe contener como mínimo, pero de forma ampliada, los requisitos básicos en toda intervención, que son como lo destaca Cañadas (2004)<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Felix (2014), *“la indicación exacta del peligro de la operación y el consentimiento dado por el interesado, con todo conocimiento de causa, son absolutamente necesarios, y deben ser rigurosamente exigidos cuando la operación no es con el fin de curar la enfermedad, sino sólo de hacer desaparecer o atenuar una imperfección física”*. (p. 199)

<sup>26</sup> Ibidem, pagina 88-89

a-) *El objeto de la acción médica: lo que se pretende hacer y por qué.* (atiende a la explicación detallada de la técnica que se ejecutará).

b-) *Los riesgos que entraña.* (por más mínimos que sean -por ejemplo, la posibilidad de necrosis, problemas cicatrizales, entre otras-, que podrían generar no sólo que no obtengan los resultados deseados, sino empeorar la situación actual. Estos riesgos no sólo se deben abordar desde el punto de vista del acto médico puro y duro, sino también los riesgos por las condiciones individuales del paciente -si es hipertenso, diabético, padece del corazón...-).

c-) *los beneficios que se espera.* (indicándose un índice estadístico de fracasos) y

d-) *las posibles alternativas terapéuticas o diagnosticas, con sus ventajas e inconveniente.* (explicación de otras técnicas y porque no se eligen).

Por su parte Membrado (2014) como contenido mínimo del consentimiento informado en las cirugías estéticas establece:

1-) Naturaleza de la intervención: en qué consiste y qué se va a hacer.

2-) Objetivos de la intervención: para qué se hace.

3-) Beneficios de la intervención: qué mejoría espera obtener.

4-) Riesgos, molestias y efectos secundarios posibles, incluido el riesgo de no hacer la intervención, los riesgos que pueden derivarse de la técnica quirúrgica, influencia que pueden tener en el resultado los medios materiales o humanos disponibles, apercibiéndose al paciente si los mismos pueden ser insuficientes.

5-) Alternativas posibles a la intervención propuesta; explicación breve del motivo que lleva al donatario a elegir a esta y no otras.

6-) Posibilidad de retirar el consentimiento de forma libre cuando lo desee.

7-) Informar y aconsejar a la paciente de que al margen de su deseo existen condiciones que desaconsejan ese resultado. Por ejemplo, que el tamaño de los implantes que desean está contraindicado.

8-) Debe emplearse un lenguaje comprensivo y completo.

Uno de los temas que se discute a nivel doctrinal sobre el consentimiento informado, es si el mismo forma parte de la *lex artis* médica o no, ello es de relevancia, pues de formar parte de ella, su omisión o insuficiencia (no cumplir con todos los requisitos mínimos supra indicados que la tornarían nula<sup>27</sup>) acarrearía responsabilidad al médico,

---

<sup>27</sup> Kvitko. L. 2015. "La aprobación del paciente sólo es válida cuando este recibe una información completa por parte de su médico, por lo que muchos de los formularios genéricos que firman los pacientes en el momento de la entrada en el hospital no sustituyen al consentimiento y no tiene la misma validez legal". (p. 113)

siendo de relevancia establecer cuando la falta de este elemento necesario —salvo casos excepcionales— para ejecución de actos médicos, genera responsabilidad de índole penal. Dentro de los partidarios de la tesis que establece que el consentimiento informado no forma parte de la *lex artis* médica se encuentra Casado como se citó Kvitko (2015) quien expone que el consentimiento no forma parte de la *lex artis*, porque este ni cura ni interviene en el diagnóstico y afirma que la *lex artis* se limita a la aplicación de una guía o protocolo basado en la evidencia científica, mientras que el consentimiento por el contrario corresponde a una indicación jurídica que exige darle información al paciente, no obstante este autor circunscribe, para fundamentar su tesis, el consentimiento a la medicina curativa esto afirmando que “*el médico le dice al paciente que el papel que va firmar le indica qué le puede suceder en una operación, pero también le cuenta que se le debe operar de todas formar*” (p. 140), para los defensores de esta tesis el consentimiento no forma parte de la *lex artis*, porque esta última abarca los parámetros de las técnicas de la profesión médica, por su parte la tesis contraria que establece que el consentimiento si forma parte de la *lex artis*, sostienen que “*Así como la diligencia en la técnica quirúrgica utilizada constituye parte de lex artis, el consentimiento informado es un presupuesto y un elemento esencial de la misma y forma parte de toda la actuación esencial*” (Membrado. 2014. p.76) dicho autor parte de que el consentimiento informado es un elemento esencial del acto médico, lo cual comparto, porque excluyendo las razones excepciones con base en las cuales se puede prescindir de él, sin el consentimiento informado el médico no puede actuar pues de lo contrario lo estaría haciendo en contra de la autonomía y autodeterminación, lo cual corresponde a una actuación médica arbitraria y generadora según el escenario, de responsabilidad por delitos dolosos (no culposos) como coacción, lesiones o privación de libertad.

En el campo civil<sup>28</sup> —siguiente la tesis de lo consentimiento informado como parte de la *lex artis* médica— se ha establecido que el médico que por omisión total o parcial de proporcionar al paciente información rigurosa incurre en culpa, pese a haber desplegado la técnica de forma ajustada a los baremos de cuidado, es responsable por cuanto el paciente pierde una oportunidad de, con la información mínima suficiente, decidir si se somete o no a la cirugía estética, lo cual depende plenamente de su libre voluntad, por no ser la misma innecesaria.

Esta tesis ha sido adoptada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia<sup>29</sup>, al disponer lo siguiente:

---

<sup>28</sup> No es aplicable en materia penal, por cuanto por un error en la información, se estaría responsabilizando al médico, por resultados iatrogénicos que no fueron informados como posibles, aunque son previsibles, pero inevitables, piénsese en posibles problemas de cicatrización, que desde un enfoque civil deben ser informado al paciente en las cirugías estéticas para poder obtener un consentimiento válido, la no información de ello tiene como nulo el consentimiento y al médico responsable de indemnizar al paciente por haberle quitado el chance de al estar bien informado decidir valorando los pros y los contras, máxime tratándose de una cirugía voluntaria, y no realizarse la operación, si esta tenía como probabilidad y un riesgo que el paciente no estaba dispuesto a asumir, un empeoramiento de la situación preexistente. En este escenario es mi criterio, es decir, de un consentimiento informado insuficiente respeto a los riesgos de la intervención, la actuación del médico para efectos de responsabilidad penal se debe de valorar desde el punto de vista de la aplicación diligente de la técnica -la cual debió ser la correcta- empleada y no desde la información suministrada, lo cual será punto de análisis para la determinación de responsabilidad civil.

<sup>29</sup> Resolución N° 4166-2019

*Tratándose de pacientes que no se encuentren en una situación de emergencia, menores de edad o inconscientes, existe un derecho fundamental de las personas a la autodeterminación, así como el principio de intangibilidad psicofísica del ser humano (artículos 22 Ley General de Salud, 2 y 310 Ley de Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados). Implica el deber de los médicos de informar (lex artis) y el derecho del paciente a ser enterado en términos comprensibles de su padecimiento, los posibles tratamientos o intervenciones quirúrgicas, así como los riesgos que ello implica -obligación que no existe en riesgos atípicos, sea los imprevisibles o infrecuentes-. El paciente debe manifestar haberla recibido y entendido. Se aplica, además, la inversión de la carga de la prueba al médico, al hallarse en mejores condiciones para acercar la probanza al proceso. En el caso concreto, existe un nexo de causalidad entre el mal funcionamiento administrativo, por no informar de la manera correcta y completa a la paciente, para que ella, con conocimiento de causa, hubiera tomado una decisión; actuación administrativa que genera responsabilidad (voto 4166-F-2019). -lo subrayado es personal-*

#### **d) Lex artis en las cirugías estéticas**

Para que la actuación médica sea correcta y se abstraiga del interés del derecho penal, se requiere que la misma cumpla con tres requisitos, el primero es que sea efectuada por un profesional en el campo médico debidamente habilitado para el ejercicio de dicha profesión, el segundo que sea efectuado con la venia (consentimiento) del paciente el cual debe cumplir con los requisitos mínimos antes indicados y el tercero debe realizarse de acuerdo a la lex artis, este último requisito es el que se analiza en este título.

De acuerdo con Terragni (2010) la lex artis médica, “*está constituida por los principios científicos de la práctica médica para una especialidad determinada o un procedimiento específico*” (p.308), por su parte Membrado (2014) afirma que la lex artis “*refiere al principio rector de la actuación médica. No es ajeno a la misma la titulación profesional y la especialidad y grado de evolución de la ciencia médica para definirla y modularla.*” (p.35) Este mismo autor centra en gran manera la lex artis sobre las condiciones subjetivas del médico, especialmente sobre su capacitación, esto al incluir dentro de esta figura lo siguiente: “*conjunto de reglas y principios que si bien no están escritos está socialmente aceptado que comprende el deber de ajustar la actuación a las reglas técnicas, a las normas legales y a los principios deontológicos, al deber de prepararse adecuadamente adaptando el conocimiento al estado de la ciencia y a la experiencia profesional, evitando actuación para las que el profesional no esté suficientemente capacitado*”. (p.35).

No hay una fórmula mágica para determinar si un acto médico, fue realizado en apego a la lex artis, pues nos encontramos ante una ciencia inexacta, sujeta a componentes aleatorios, y cuya ejecución varía de acuerdo a las circunstancias que se estén atendiendo, por ello que en la doctrina se le suele agregar a este término el elemento ad hoc, para individualizar la actuación médica en un acto determinado, valorándose según Membrado (2014) “*el objeto sobre el que recae la actuación, en particular, la clase de intervención, los medios asistenciales, el estado del enfermo, la gravedad o no y la dificultad de*

*ejecución*” (p.37) ello en conjunto con los conocimientos técnicos que debe tener todo médico, y los cuales deben ser acordes con el estado actual de la ciencia médica, los principios, estándares y protocolos propios y normalmente establecidos en el área o especialidad médica en que se desempeña.

En similar sentido la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica<sup>30</sup>, dispuso el contenido de la *lex artis*, esto conforme a lo siguiente:

*Las pautas de la lex artis médica están compuestas tanto por el conocimiento sistematizado y validado por la ciencia médica, como también por las normas de experiencia o costumbres que, si bien no se encuentran formalmente sistematizadas mediante formulaciones teórico-científicas, gozan de un alto grado de reconocimiento, reiteración y vigencia en los distintos ámbitos y procedimientos vinculados con las ciencias de la salud y con la praxis en que estas se implementan.*

Por ello el análisis que se debe realizarse en el caso concreto por parte de la Sección de Medicina Forense del Organismo de Investigación Judicial, cuando se investiga si existe responsabilidad profesional de índole penal en una intervención médica, que provocó daños físico o la muerte, es si el médico adecuó su accionar a los baremos exigidos de cuidado según las técnicas médicas normalmente exigidas de acuerdo al caso en concreto y en firme ejecución de los conocimientos, protocolos y estándares actuales de la especialidad médica en que se desempeña.

La autora Membrado (2014), establece cuales son algunos de los errores comunes en que incurren los médicos y por los cuales asumen responsabilidad por realizar el acto médico de forma contraria a la *lex artis* que les es exigida, apuntando los siguientes:

- a) Errónea elección de la técnica: Para analizar ello se deben identificar las circunstancias del caso particular, tales como la complejidad, la trascendencia vital del paciente y en su caso de otros factores endógenos, ello para determinar si la técnica ejecutada y elegida fue deficiente.
- b) Deficiencia en el preoperatorio: Acontece cuando la mala praxis deriva de un deficiente preoperatorio, citando el autor un caso en donde se omitió el estudio para comprobar la existencia de tejidos cancerosos por medio de mamografía, a una mujer que se había operado previamente de mastopatía fibroquística y adenosis esclerosante, por lo que al realizarse la cirugía de aumento de mamas con implante de prótesis, estas le tuvieron que ser retirada un mes después a la paciente para realizarle una mastectomía. “*La lex artis implica el deber del médico de realizar todas las pruebas diagnósticas en el preoperatorio atendiendo al estado de la ciencia médica.*” (p.56)  
Esta obligación también acontece cuando se va a prescribir un tratamiento médico, por ejemplo, un tratamiento penicilínico, antes del cual debe realizar la prueba dérmica de intolerancia y obtener un resultado negativo.
- c) Deficiencia en el postoperatorio: Esta contase cuando es una deficiente actuación médica posterior a la operación, la que infringe la *lex artis*, por ejemplo, no atender de forma adecuada la herida producida por la operación, provocándose infección y

---

<sup>30</sup> Resolución N° 950-2010

epidermólisis que tampoco fue atendida, evolucionando a necrosis provocando la pérdida del complejo areolar.

Por su parte Muñoz, como se citó en Llobet (2020)<sup>31</sup> establece una serie de pautas para determinar si el médico a adecuado su actuar a la *lex artis* y con ello eximirse de responsabilidad:

*“1. La propia capacidad profesional del médico, su preparación y experiencia. Parece lógico que un médico antes de proceder a una actuación quirúrgica examine su capacidad para llevarla a cabo. La simple titulación no le da derecho a practicar intervenciones peligrosas para las que o está suficientemente capacitado o cuando posea conocimientos ya superados o no convenientemente actualizados.*

*2. Las circunstancias de lugar y tiempo. Evidentemente no pueden valorarse igual el ejercicio de la Medicina en un ámbito rural que en un buen hospital, aisladamente o en equipos, y tampoco puede valorarse del mismo modo una intervención quirúrgica peligrosa realizada por razones de urgencia o de carácter excepcional (catástrofes, etc.), que en circunstancias normales con el tiempo y los medios adecuados.*

*3. La valoración de la actuación médica depende también de la fase en que se produzca. Los fallos en el diagnóstico o en el pronóstico no suelen ser por si solos causas adecuadas para producir un resultado lesivo o letal. Mayor importancia tiene la aplicación de medidas terapéuticas en las que se puede llegar por imprudencia a la producción de resultados lesivos o letales, sobre todo cuando se trate de intervenciones quirúrgicas, en las que lo relevante no es sólo la operación como tal, sino también la fase anterior a la misma, así como el postoperatorio. También son importantes los actos concomitantes a la intervención quirúrgica propiamente dicha, como la anestesia, la transfusión sanguínea o la desinfección. La mayoría de los casos de imprudencia se dan en esas fases y los Tribunales suelen condenar cuando en ellas no se observan las precauciones mínimas que, de acuerdo con las circunstancias, exige la ciencia médica”.*

## **5. Responsabilidad penal por mala praxis**

Al igual como acontece en las operaciones curativas, en las cirugías estéticas una falta a la *lex artis* por parte del médico relacionada con el resultado que sobre el cuerpo humano esta provoque, puede acarearle responsabilidad de índole penal por supuesto complementada con responsabilidad civil, no obstante, para los efectos de este trabajo, únicamente se abordará la primera.

La mala praxis implica per se, un actuar por parte del médico contrario a la *lex artis*, pero su accionar se realiza de forma involuntaria, provocando un resultado no querido, ni

---

<sup>31</sup> Llobet. J. 2020. Homicidio, Femicidio y Aborto. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica.



aceptado<sup>32</sup>, por lo que nos debemos de abstraer en su totalidad de los comportamientos dolosos, que implican un quebrantamiento consiente y voluntario de una norma y adentrarnos en los comportamientos en los que el autor se aparta de las pautas de conductas que debe adoptar la persona prudente.

Ergo las conductas típicas que puede realizar un médico faltando a la *lex artis* en una cirugía estética, se encuentran descritas en los artículos 117<sup>33</sup> y 128<sup>34</sup> del Código Penal, numerales que tipifican los delitos de homicidio (a quien por culpa mata) y lesiones culposas (a quien por culpa cause lesiones), tipos penales que acuñan el concepto de la culpa —son tipos penales abiertos, por cuanto el juzgado debe complementarlos, por resultar imposible para el legislador establecer en los elementos descriptivos del tipo, todas y cada una de las formas por medio de las cuales faltando al deber de cuidado se puede producir un resultado muerte o lesiones—, a diferencia del dolo, la culpa no se encuentra definido en la parte general del Código Penal costarricense, por ello su conceptualización se ha realizado por medio de la doctrina y la jurisprudencia, empleando primeramente los preceptos usados en la materia civil, como: imprudencia, impericia y negligencia, los cuales son definidos por Calabuig (2004) de la siguiente manera:

1. Imprudencia, por no sopesar los pros y contra de una acción.
2. Impericia, por no poseer los conocimientos técnicos que deben exigirse a cualquier médico para ejercer con seguridad. La jurisprudencia distingue la imprudencia del profesional para referirse al caso concreto de un profesional concreto, en función de sus circunstancias personales. Así no le son exigibles los mismos conocimientos a un jefe de servicio que a un médico de familia o a un residente de primer año, aunque todos deben tener conocimientos básicos de una especialidad.
3. Negligencia. Por no prestar al caso el cuidado y atención que merece lo que, como consecuencia, da lugar a la producción del daño.

A estos tres preceptos Terragni (2015)<sup>35</sup> le suma uno, como lo es la inobservancia de los reglamentos, la cual consiste en que *“cuando la conducta a seguir esta reglada o sujeta a deberes específicamente determinados por una norma legal, el dejar de atacarlos puede ser la razón de que se adecue al tipo. Siempre será necesario, además, que la inobservancia de los reglamentos esté conectada con el resultado al que la ley refiere”*. (p 81).

---

<sup>32</sup> “La actuación carece de finalidad delictiva. El sujeto no sabe, ni quiere, el resultado dañoso”. (Tiffer, 2008, p 28)

<sup>33</sup> Artículo 117.- Se impondrá prisión de seis (6) meses a ocho (8) años, a quien por culpa mate a otro. En la adecuación de la pena al responsable, el tribunal deberá tomar en cuenta el grado de culpa y el número de víctimas, así como la magnitud de los daños causados. En todo caso, al autor del homicidio culposo también se le impondrá inhabilitación de uno (1) a cinco (5) años para el ejercicio de la profesión, el oficio, arte o la actividad en la que se produjo el hecho.

<sup>34</sup> Artículo 128.- Se impondrá prisión hasta de un (1) año, o hasta cien (100) días multa, a quien por culpa cause a otras lesiones de las definidas en los artículos 123, 124 y 125. Para la adecuación de la pena al responsable, el tribunal deberá tener en cuenta el grado de culpa, el número de víctimas y la magnitud de los daños causados. En todo caso, al autor de las lesiones culposas también se le impondrá inhabilitación de seis (6) meses a dos (2) años para el ejercicio de la profesión, el oficio, el arte o la actividad en la que se produjo el hecho.

<sup>35</sup> Terragni. M. 2015. El delito culposo. Tercera edición. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires Argentina

No obstante, los preceptos anteriores evolucionaron en la doctrina y sucesivamente fueron adoptados por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica<sup>36</sup> en el término falta al deber objetivo de cuidado en el caso concreto, al establecer:

*Estas cuatro formas de comportamiento los reconoce la doctrina clásica. No obstante, en la doctrina moderna se resume simplemente a una sola frase: "falta al deber de cuidado". Así reconocido por nuestra Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, quien apunta: "La Sala ha venido sustituyendo los antiguos conceptos civiles de negligencia, imprudencia e impericia, para la definición legal de la conducta culposa. La principal razón de esta escogencia se sustentó en el hecho de que estos conceptos, lejos de ayudar a la aplicación de la Ley, suelen llevar al analista a serios problemas lógicos de definición. De estos problemas, quizá el más importante es la imposibilidad de diferenciar entre imprudencia y negligencia, ya que no es posible encontrar una conducta "imprudente" que no sea "negligente". Así, el análisis judicial se hace expost facto con las mismas circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedió el hecho investigado, pero, en este nuevo suceso, se pone al sujeto a actuar conforme a todo el deber de cuidado que le corresponde acorde con sus condiciones personales, oficio, profesión o arte que hayan concurrido a caracterizar su comportamiento dirigido al fin intrascendente para el Derecho. Si después de semejante examen el resultado siempre se produce (el resultado contrario a Derecho) la conducta analizada resulta atípica del delito culposo. En el caso contrario, si la conducta verificada de acuerdo con este marco hipotético hace que el resultado no se produzca, la conclusión que se deduce es que la conducta que infringió el deber de cuidado fue idónea para producir el resultado y, por ende, resulta típica del delito culposo que se esté investigando.*

Este tipo de delitos, Berdugo (1996)<sup>37</sup> lo define como:

*"acción peligrosa emprendida sin ánimo de lesionar el bien jurídico, pero que por falta de aplicación del cuidado o diligencia debida causa su efectiva lesión. No nos encontramos aquí con la actitud rebelde del sujeto frente a la norma que protege los bienes jurídicos y que prohíbe matar, lesionar o dañar a otro, no es ahí donde se encuentra el desvalor de la acción de estos delitos, sino en el incumplimiento por parte de aquel de la exhortación al actuar cuidado, que es principio general del ordenamiento encargado de prohibir la innecesaria puesta en peligro de los bienes jurídicos ajenos, desvalor que por lo demás, es menos que el de las conductas dolosas. (p.189) – lo subrayado es personal-*

Por lo anterior es que cuando hablemos de delitos culposos, se debe entender que el tipo objetivo es la falta al deber objetivo de cuidado que ocasiona **un resultado previsible**

---

<sup>36</sup> Resolución N° 596-1992

<sup>37</sup> Berdugo. I. 1996. Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Editorial Praxis. Barcelona España.

y **evitable** (por lo cual en el caso de las cirugías estéticas y en general de todo acto médico todo resultado iatrogénico, es decir de derivado de factores endógenos o exógenos, no configura el elemento típico), por ejemplo, muerte o lesiones — no resulta baladí indicar que estos tipos penales son *numerus clausus*, por lo cual únicamente se pueden sancionar como delitos culposos aquellos que expresamente estén establecidos por la ley— mientras que el tipo subjetivo está basado en la culpa y dividido en el elemento cognitivo y el elemento volitivo, el primero consiste en la posibilidad de prever potencialmente o concretamente el resultado y el segundo el optar por medios contrarios al deber de cuidado, pero sin aceptar el resultado<sup>38</sup>.

Ahora bien, como se puede notar, junto con la falta al deber objetivo de cuidado, se ha venido hablando del elemento resultado, el segundo complementa al primero, por cuanto no se le puede atribuir un delito culposo a determinada persona si la falta al deber objetivo de cuidado por parte del agente, no está ligado causalmente a un daño, sea muerte o lesión, en ese sentido para la aplicación de responsabilidad de índole penal a un médico que realizó una cirugía estética se debe establecer en primer término una falta al deber objetivo de cuidado por parte de este, el cual debe estar necesariamente ligado a una violación a la *lex artis* médicas, llámese incorrecta elección de la técnica empleada o errónea aplicación de una técnica correcta, y que eso produzca una afección en la integridad física o en la vida del paciente. No puede atribuírsele responsabilidad penal, por el simple hecho de haber elegido una técnica no acorde con los conocimientos científicos actuales, aunque esta no haya provocado daño alguno, más que tornar más riesgosa (mayor probabilidad de complicaciones).

## 6. Iatrogenia

La medicina es una ciencia inexacta, en donde los profesionales que la ejercer trabajan sobre personas con factores fisiológicos que diferencian a una de la otra, por lo cual siempre existe un componente aleatorio en toda intervención médica, por lo que un resultado no depende única y exclusivamente del médico, sino también de factores endógenos y exógenos que pueden ser imprevisibles o aun pudiendo ser previsibles son inevitables, por lo cual el médico estaría eximido de responsabilidad.

La iatrogenia es el conjunto de dichos factores, en ese sentido Félix (2014) la define como “*una situación atípica de la naturaleza endógena o extra médica, que, por su inevitabilidad, no es constitutiva de responsabilidad penal. Dicho en otras palabras, la iatrogenia es el caso fortuito de la medicina; es el verdadero accidente que no ha podido preverse o que previsto no se ha podido evitar*”. Es decir, pueden existir resultados lesivos a los bienes jurídicos más preciados del paciente como lo son la vida o la integridad física, producto de una intervención médica, pero que son extraños e independientes de la actuación del médico, por ello al mismo no se le puede responsabilizar penal ni civilmente —salvo un consentimiento informado viciado, o un daño desproporcionado— porque son circunstancias provocadas por el propio organismo del paciente, por ejemplo cicatrices queloides o rechazo de implante mamario.

---

<sup>38</sup> Sala Tercera de la Corte, Resolución N° 709 - 2013

En otro orden de ideas Félix (2014) plantea la existencia de cuatro tipos de responsabilidades en un tratamiento médico, a-) del propio paciente que no cumple con las prescripciones en la forma que le fueren indicadas por el profesional y como consecuencia de ello sufre una lesión o la muerte b-) **del médico**, que sólo será responsable cuando actúe con infracción de las normas objetivas de cuidado c-) **de la prescripción**, cuando las medicinas se presenten defectuosas en su calidad o elaboración, por lo que tendrán que responder los profesionales de dicha elaboración y d-) **de las deficiencias de la organización hospitalaria o clínica**, en el supuesto de creación de riesgo por imprudencia en la adquisición y/o mantenimiento de equipos médico-quirúrgicos. Indicando el mencionado autor que cuando el resultado, no pueda ser imputado al paciente, al médico, a las medicinas o a las deficiencias hospitalarias, el mismo debe considerarse producto de una situación imprevisible e inevitable, sólo en esos casos se podría hablar de iatrogenia.

Respecto a este término, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia<sup>39</sup> dispuso lo siguiente:

*Es decir, la iatrogenia es el efecto o reacción surgida en el organismo humano producto de la intervención médica, que aun pudiendo ser previsible es inevitable, partiendo de la aplicación de las reglas del deber objetivo de cuidado. Por consiguiente, al hablar de dicho término en un análisis de causalidad, decimos que la misma se enmarca dentro de la figura denominada “fuerza mayor” atendiendo a hechos que son producidos por la naturaleza e idiosincrasia propia del organismo humano.”*

## Conclusiones

Después de analizados los temas sobre los que se centró el presente artículo se logra concluir lo siguiente:

1-) Cuando se hace referencia a acto médico, se tiene que hacer desde el sentido amplio, incorporando no solo la medicina curativa o preventiva dentro de su definición, sino también la medicina estética pues esta se adecua a la concepción amplia de salud, que implica la existencia de armonía, es decir un completo bienestar, entre la salud física y la psíquica, siendo el fin del acto médico bajo esta concepción, procurar la salud integral de los individuos.

2-) La cirugía estética es la especie de la cirugía plástica, la primera se aplica en personas sanas que procuran un estado completo de bienestar por medio del perfeccionamiento de su apariencia física, que no les es de agrado, mientras que la cirugía plástica es aplicada para la corrección de males congénitos o tumores, asimismo dentro de esta existe una segunda especie que es la plástica reparadora que es aplicada para reparar lesiones provocadas por accidentes, quemaduras o patologías previas.

3-) La lex artis médica es el conjunto de conocimientos técnicos que debe tener todo médico, conocimientos que deben ser acordes al estado actual de la ciencia, los principios, estándares y protocolos normalmente establecidos en el área o

---

<sup>39</sup> Resolución 1353-2007

especialidad en que se desempeña el médico, siendo sobre estos conocimientos que el profesional debe adecuar el acto médico que ejecuta de lo contrario estaría actuando de forma contraria a la *lex artis*, la cual debe analizarse desde su componente *ad hoc*, es decir según las particularidades del caso concreto.

4-) Si el médico actúa de forma contraria a la *lex artis medica ad hoc*, y falta al deber objetivo de cuidado que su profesión le impone, consecuencia de ello provoca un daño en la vida o integridad física del paciente al que trata, el médico sería responsable penalmente ya sea por un delito de homicidio o lesiones culposas, siempre y cuando el daño que se alega como existente, se le pueda imputar objetivamente a su actuar contrario a los baremos de cuidado que le son exigidos, pues si más bien el resultado es provocado por causas endógenas o exógenas no atribuibles al médico nos encontraremos ante un resultado iatrogénico que le exime de responsabilidad.

## **Bibliografía**

Berdugo. I. 1996. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Editorial Praxis. Barcelona España.

Calabuig. G. 2004. *Medicina Legal y Toxicología*. Sexta edición. Editorial Masso.

Fernández. S. 2016. *El Acto Médico: Error y la Mala praxis*. Boletín CONAMED-OPS. Marzo-Abril 2016.

Kvitko. L. 2015. *Consentimiento informado*. Segunda Edición. Editorial Tribunales Ediciones. Buenos Aires Argentina.

Llobet. J. 2020. *Homicidio, Femicidio y Aborto*. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica.

Membrado. C. 2014. *La responsabilidad civil por implante mamario. Mala praxis, consentimiento informado y prótesis defectuosa*. Editorial Comares. Granada. España

Mora. N y Gómez M. 2018. *La Responsabilidad Médica en los Procedimientos Estéticos Invasivos*. Facultad de Derecho, Universidad Cooperativa de Colombia.

Organización Mundial de la Salud, tomado de <https://www.who.int/about/es/>

Presidencia de la Republica y Ministerio de Salud. 2016. Decreto Ejecutivo número 39609-S, Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica. San José, Costa Rica.

Romero-Pérez ,Jorge, 2013. *Apuntes sobre la mala praxis médica*. Revista de Ciencias Jurídicas número 135 (107-122). Septiembre- diciembre 2014. San José, Costa Rica.

Sala Primero de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 4166-2019

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 596-1992.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 1353-2007.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 709-2013.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 950-2010.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 00821-2008

Sociedad Española de Cirugía Plástica. S. F. Tomado de <https://secpre.org/que-es-la-cirurgia-plastica>

Terragni. M. 2010. El delito culposo en el tránsito y la medicina. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica.

Terragni. M. 2015. El delito culposo. Tercera edición. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires Argentina

Tiffer. C. 2008. Responsabilidad penal por mala praxis. Estudio sistemático de casos. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica.