

## OPINIÓN

# LAS ENFERMEDADES INFECTOCONTAGIOSAS Y EL CÓDIGO PENAL DE COSTA RICA

Álvaro Burgos M.\*

### RESUMEN

Las enfermedades infectocontagiosas son de tal magnitud que constituyen un peligro potencial e inminente para el bien jurídico tutelado Salud Pública, por lo que su clara regulación es una tarea de gran importancia dentro de la perspectiva jurídica y médico legal en Costa Rica.

### PALABRAS CLAVE

Enfermedad Infectocontagiosa, Salud Pública, lesiones, culpa.

### ABSTRACT

Infectious diseases are of such magnitude that they constitute a potential and imminent danger to the legally protected public health, so its regulation is clearly a task of great importance within the legal and forensic perspective in Costa Rica.

### KEY WORDS

Infectious Disease , Public Health, injuries, guilt.

\* *Doctor. Derecho Penal y Criminología, Máster Psicología Forense, Especialista en Ciencias Penales. Juez Superior Penal Juvenil y Juez de Juicio del II Circuito Judicial de San José; Catedrático de Derecho Penal Especial y Criminología de la UCR, Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR, del Programa Doctoral en Derecho Penal de la Universidad Escuela Libre de Derecho y de la Maestría en Psicología Forense de la UNIBE.*

Recibido para publicación: 01 de febrero 2010 Aceptado: 20 de marzo 2010

## **INTRODUCCIÓN**

Texto legal del artículo 264 del Código Penal

## **ENFERMEDADES INFECTOCONTAGIOSAS**

**ARTÍCULO 264** Código Penal: Absorbe el artículo 130 del Código Penal (contagio venéreo).

Artículo 264.- Propagación de enfermedades infecto-contagiosas (\*)

Se impondrá prisión de tres a dieciséis años a quien conociendo que está infectado con alguna enfermedad infectocontagiosa que implica grave riesgo para la vida, la integridad física o la salud, infecte a otra persona, en las siguientes circunstancias:

- a) Donando sangre o sus derivados, semen, leche materna, tejidos u órganos.
- b) Manteniendo relaciones sexuales con otra persona sin informarle de la condición de infectado.
- c) Utilizando un objeto invasivo, cortante o de punción que haya usado previamente en él.

(\*) Este artículo fue modificado mediante Ley No. 7771 de 29 de abril de 1998. LA Gaceta # 96 e 20 de mayo de 1998

Concordancias y definiciones: El inciso a) concuerda con el artículo 21 Ley General de Sida. Inciso b), para que se cometa el delito se requiere necesariamente que no se le informe al sujeto pasivo la condición de infectado. Inciso c) Un ejemplo de objeto invasivo es un supositorio, y de objeto de punción una jeringa.

## **DEFINICIÓN DE ENFERMEDADES INFECTOCONTAGIOSAS**

Es la enfermedad producida por la transmisión del agente causal, ya sea por contacto directo con la persona afectada o por otra vía, como el aire, los alimentos, el agua u otras. Una enfermedad infectocontagiosa es causada por

un microorganismo. Puede ser transmitida de una persona a otra. Los microorganismos que causan enfermedades se llaman patógenos y pueden ser de varios tipos: Virus, Bacterias, Protozoarios y Hongos.

**SÍNTOMAS:** son algunas muestras que da el organismo que denotan exteriormente que existen procesos alterados dentro del cuerpo. Pueden ser de dos tipos:

**Subjetivos:** sensaciones que siente la persona enferma tales como dolores en diferentes partes cuerpo o fatiga.

**Objetivos:** son signos visibles por el médico u otra persona que demuestran la presencia de una enfermedad, por ejemplo, erupciones, fiebre, pérdida o aumento de peso.

## **AGENTES QUE CAUSAN LAS ENFERMEDADES INFECTOCONTAGIOSAS:**

Las enfermedades infectocontagiosas son de fácil y rápida transmisión, provocadas por agentes patógenos. El ser vivo o agente patógeno que las produce recibe el nombre de agente etiológico o causal. En algunas ocasiones para que se produzca la enfermedad es necesaria la intervención de otro organismo viviente llamado agente intermediario, transmisor o vector. Los agentes patógenos de este tipo de enfermedades generalmente son virus o bacterias.

## **CONTAGIO O MECANISMO DE TRANSMISIÓN<sup>(1)</sup>**

Es la transmisión de la enfermedad de una o animal enfermo a un hombre sano. El contagio puede ser directo o indirecto.

La enfermedad se transmite por contagio directo cuando hay contacto con la persona o animal infectado o por el contagio indirecto cuando se tocan objetos contaminados (pañuelos, ropa sucia, ropa de cama, vendajes, utensilios utilizados por el enfermo) o mediante un portador (persona o animal que alberga microorganismos infecciosos sin presentar síntomas de la enfermedad).

- **INCUBACIÓN**

Se denomina así al período que transcurre desde el contagio hasta la manifestación de la enfermedad. Es muy variable: en algunos casos tarda apenas unas pocas horas, mientras que en otros la enfermedad se manifiesta después de varios meses de ocurrido el contagio.

**ENFERMEDADES MÁS COMUNES <sup>(2)</sup>:**

- **Herpes:** Existen varios tipos de herpes, el tipo simple es una infección vírica caracterizada por una lesión primaria localizada y un período de latencia y luego se desencadenan los síntomas y muestras de la enfermedad. Los principales tipos son virus de herpes simple-1 y VHS-2, los cuales pueden afectar el aparato genital y la boca.
- **Sífilis:** Enfermedad causada por el *Treponema pallidum* que se caracteriza por una lesión primaria (chancro) que aparece una a tres semanas después de la exposición como una úlcera indolora y se desarrolla en el sitio de su invasión inicial.
- **Gonorrea:** Es una enfermedad de transmisión sexual transmitida por *Neisseria Gonorrhoeae*, caracterizado por la salida de material purulento por la uretra masculina.
- **Cólera:** Enfermedad producida por *Vibrio cholerae*. De inicio súbito con diarrea acuosa y profusa sin dolor, náusea y vómitos abundantes al comienzo del cuadro. Conlleva a una deshidratación severa y a la muerte del paciente.
- **Dengue:** Se caracteriza por un comienzo repentino de fiebre, cefalea intensa, dolor de cuerpo y de articulaciones, anorexia, náusea, vómito y erupción cutánea. Hay dos tipos: Dengue clásico y hemorrágico.
- **Hepatitis:** En este rubro se agrupan varias infecciones diferentes que afectan al hígado y que tienen cuadro clínico similar pero diferente en cuanto a causa y en algunas

características epidemiológicas, clínicas e inmunológicas. Tipos de hepatitis víricas: Hepatitis A, B, C, D y E.

- **Virus de inmunodeficiencia humana/ SIDA:** Conglomerado de enfermedades relacionadas con la pérdida de la inmunidad celular, específicamente de los linfocitos T. El VIH es la infección por virus de la inmunodeficiencia humana y el sida (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida) es la fase clínica de la infección por este virus.

Proyecto de Código Penal Costarricense

El Proyecto de Código Penal Costarricense no establece el delito de contagio de enfermedad. Al respecto serían aplicables los delitos de lesiones gravísimas, graves y leves. Versiones anteriores del Proyecto de Código Penal sí contemplaban el delito de contagio de enfermedad <sup>(3)</sup>.

Bien jurídico tutelado

- Se protege la vida, la integridad física y la salud pública.
- En cuanto a la salud pública se protege la misma mediante la prevención primaria, la acción integral y el nuevo pacto social; esto debido a la participación comunitaria, la vulnerabilidad y los planes de desarrollo.
- Con respecto a la vulnerabilidad y peligrosidad: "Cuando una persona se coloca en situación de vulnerabilidad es cuando el sistema penal la selecciona y la instrumenta para justificar su propio sistema de poder. Es el grado de vulnerabilidad al sistema penal lo que decide la selección y no la comisión de un injusto, porque hay muchísimos más injustos penales iguales y peores que dejan indiferente al sistema penal" <sup>(4)</sup>, por ende debido al grado de peligrosidad de una persona que padezca de una enfermedad infectocontagiosa es que los planes de desarrollo y la política criminal determinante en el país incluye este tipo penal, protegiendo así la salud pública y la integridad física y la vida de los demás ciudadanos.

## Tipo objetivo

Según lo establece Javier Llobet en su libro Delitos en contra de la vida y la integridad Corporal, el artículo 264 forma parte de la ley General sobre VIH, la que da una serie de definiciones que sirven para interpretar los elementos del tipo , convirtiéndose en elementos normativos del tipo.

El artículo 2 de la Ley General del SIDA<sup>(5)</sup> establece:

### **ARTÍCULO 2.**

Definiciones VIH: virus de inmunodeficiencia humana causante de la enfermedad denominada Sida. El término se utiliza además para describir al grupo de portadores del virus, que no han desarrollado aún síntomas ni signos de la enfermedad, es decir, pacientes asintomáticos.

Sida: término que define la enfermedad o al grupo de pacientes que la padecen.

Infectado: una persona contagiada por el virus.

Enfermedad infectocontagiosa: enfermedad producida por la transmisión del agente causal, ya sea por contacto directo con la persona afectada o por otra vía, como el aire, los alimentos, el agua, u otras.

Según Llobet no basta que la enfermedad sea infectocontagiosa, sino se requiere además que implique grave riesgo para la vida, la integridad física o la salud . Por supuesto que en la Ley General del Sida número 7771 en lo que se piensa es en el SIDA, Prueba de ello es que el tipo penal de esta ley es específico a esta enfermedad. Sin embargo también entran dentro del concepto de enfermedades infectocontagiosas las venéreas, tales como el herpes, la gonorrea y la sífilis.

Es necesario que el sujeto activo se encuentre infectado de la enfermedad, es decir que esté contagiado de la enfermedad infectocontagiosa o del virus, en el caso específico del SIDA.

La acción que se realiza debe ser dolosa y es la de infectar a otra persona. Infectar es transmitir

los gérmenes de la enfermedad<sup>(6)</sup>. La infección debe llevarse a cabo en alguna de las tres formas que enumera el artículo 264:

a) Donando sangre o sus derivados, semen, leche materna, tejidos u órganos. Importante es señalar que el artículo 21 de la Ley del SIDA establece:

**ARTÍCULO 21.-** Prohibiciones para donar A las personas que conozcan su condición de infectados por el VIH se les prohíbe donar sangre o sus derivados, semen, leche materna, órganos o tejidos.

El segundo de los supuestos es el siguiente:

b) Manteniendo relaciones sexuales con otra persona sin informarle de la condición de infectado.

Según Llobet conforme a las enseñanzas del principio de autorresponsabilidad de la víctima, dentro de la teoría de la imputación objetiva, no se comete el delito cuando el sujeto pasivo conociendo el carácter de infectado del otro, consciente en tener relaciones sexuales sin protección con la persona infectada. Igualmente hay que tomar en cuenta que para que se dé el tipo penal del artículo 264 se requiere que no se le informe al sujeto pasivo la condición de infectado y que medie dolo, ya sea directo o eventual por parte del sujeto activo.

Con respecto al tercero de los supuestos:

c) Utilizando un objeto invasivo, cortante o de punción que haya usado previamente en él.

El término “invasivo” no es muy claro, plantea Llobet, esto ya que ni siquiera se encuentra en el diccionario de la Real Academia, por lo que esto podría llevar a su inaplicabilidad.

Con respecto al objeto cortante, este es un objeto que corta, mientras que el objeto de punción es uno punzante, sea de carácter puntiagudo que se introduzca en el cuerpo o por ejemplo una jeringa.

Según Llobet<sup>(7)</sup> “con respecto al VIH ha existido una discusión en la doctrina acerca de si se

comete un delito de homicidio o se trata de un delito en contra de la salud y la integridad corporal, esto fue resuelto por parte del legislador con el delito de propagación de enfermedades infectocontagiosas que se introduce en el 264 del Código Penal, esto a fin de considerarlo un delito de lesiones y no de homicidio. Con respecto a esto es importante citar lo siguiente:

“La naturaleza mortal del hombre hace que todo homicidio sea conceptualmente un acortamiento de la vida, y toda lesión seria, en cuanto supone el consumo de recursos vitales , y disminuye la esperanza de vida restante. Por ello, si no se requiere llevar al absurdo la distinción entre delitos de homicidio y de lesión, el concepto de homicidio ha de concebirse desde un principio de manera que no dé cabida a las consecuencias de lesiones corporales que limiten las expectativas de vida. El desenlace mortal esperable tras años y tal vez pronosticable incluso con seguridad, no es suficiente para la la subsunción bajo el concepto de homicidio; suponer lo contrario sería desconocer la relación sistemática existente entre las lesiones y el homicidio”<sup>(8)</sup>.

Igualmente con respecto a esto afirma Arthur Kreuzer que “mientras no haya procedimientos sanitarios o de prevención efectivos, mientras no se pueda excluir el resultado mortal, se buscarán sencillamente cabezas de turco y soluciones sustitutivas y aparentes y se traficará con el tentador activismo de la política criminal”<sup>(9)</sup>

### **Tipo Subjetivo**

El delito es doloso, se requiere el conocimiento de que se está infectado de la enfermedad. No basta la duda al respecto, por lo que basta el dolo eventual en lo relativo al contagio de otra persona.

En relación al dolo, caben en este artículo los siguientes tipos de dolo:

### **Clasificación del Dolo.**

El Dolo presente en referencia al delito de propagación de enfermedades infectocontagiosas, se puede clasificar en<sup>(10)</sup>:

**Dolo Determinado:** Es aquel que ha sido dirigido a un preciso fin criminoso. Por ejemplo a la muerte de un individuo a futuro como consecuencia de una enfermedad infectocontagiosa. También conocido como dolo específico, consiste en la consecuencia de un fin determinado. Se subdivide en:

- a. Dolo directo de primer grado: El sujeto persigue la realización del hecho delictivo. Quiere la realización de ese hecho delictivo y es indiferente que el sujeto prevea el resultado como posible o como seguro.
- b. Dolo Eventual: El agente ha previsto el resultado típicamente antijurídico como probable, no ha confiado en que su destreza, su pericia, impida la realización de ese resultado antijurídico, y sin embargo ha seguido actuando, hasta que actualizó ese resultado típicamente antijurídico que habían previsto como probable.

El sujeto no persigue el resultado pero se le representa como consecuencia inevitable de su actuar. Por ejemplo: El infectado tiene relaciones sexuales con el sujeto pasivo sin protección, pese a que existe la posibilidad que no haya contagio sino hay intercambio de secreciones genitales, es probable que se dé el contagio. El problema de esta diferenciación se plantea cuando con respecto al contagio de enfermedades infectocontagiosas hay que diferenciar entre el dolo eventual de la culpa consciente con representación.

En el caso de propagación de enfermedades infectocontagiosas subsiste esta teoría:

### **Teoría del consentimiento o aprobación:**

Estamos ante un supuesto de dolo eventual cuando el sujeto de haber sabido el resultado a priori, lo hubiese aprobado. Hay críticas a esta teoría porque en la construcción de la misma hay grandes dosis de la interioridad del sujeto (sólo se pueden castigar acciones y no pensamientos según el principio penal del hecho). Es decir si por ejemplo, una persona tiene relaciones sexuales con una persona infectada y acepta el posible resultado, está consintiendo, por lo que

no se configura la tipicidad del delito y por ende, no hay delito.

Con respecto a los elementos del dolo, según Fontán, Balestra<sup>(11)</sup> dos son los elementos sustanciales o constitutivos del dolo:

- a- El elemento psicológico: por lo que se requiere la relación del sujeto con su acción y con el resultado de ella.
- b- El elemento ético o negación del derecho: Que consiste en actuar con el conocimiento que la acción es contraria al orden jurídico.

Según Calvo González <sup>(13)</sup> el tema del riesgo asumido es controversial y tiene diversidad de sentidos, el más común es cuando el demandante, reconociendo la naturaleza y consecuencias del riesgo particular, libre y voluntariamente se expuso al mismo.

### **Tentativa**

Sí es posible la tentativa. La tentativa se configura si aunque el deseo del sujeto activo era el contagio, este no logra darse por razones externas al agente.

### **Problemas de Concursos**

Puede concurrir con un delito sexual, violación, abusos deshonestos, el concurso en tal supuesto es ideal. Igualmente hay concurso aparente con el artículo 130 del Código Penal que establece el contagio venéreo, pero prevalece el 264 por ser un delito especial, referente a enfermedades infectocontagiosas. Según Llobet y Rivero, el delito de contagio venéreo ha de entenderse derogado por el delito de propagación de enfermedades infectocontagiosas de la Ley del SIDA. Esto ya que la conducta comprendida en el tipo de contagio venéreo se enmarca también en el delito de la Ley del VIH-SIDA, que es ley posterior.

### **Persecución Penal**

Se trata de un delito de acción pública perseguible a instancia privada (artículo 81 bis d) del Código Penal (de acuerdo con la ley del Sida). Eso se

deduce también del artículo 18 inciso a) del Código Procesal Penal.

### **Tipos penales similares o relacionados**

- a El delito de contagio venéreo

Este según se explicó anteriormente, se entiende derogado por el artículo 264 del Código Penal. No obstante, es importante conocer la definición de éste para ver las diferencias con el delito de propagación de enfermedades infectocontagiosas, el cual es más amplio:

Contagio Venéreo: “es un delito de lesiones personales pero no de resultado, sino de peligro, que consiste en cohabitar con otra persona sabiéndose el agente atacado de una enfermedad venérea, como la sífilis, benorragia, el chancro blando, etc, con lo cual la expone al contagio aunque éste no llegue a producirse<sup>(14)</sup>. Según el tratadista Sebastián Soler <sup>(15)</sup>, es necesario el conocimiento de padecer una enfermedad venérea, para que se configure el delito, convirtiéndose esta conducta en un elemento subjetivo de la figura, que no puede ser suplido por la obligación que el sujeto tuviera que saber.

Según Naranjo López<sup>(16)</sup>, la jurisprudencia costarricense castiga la conducta dolosa del agente, basados en el conocimiento que el sujeto activo tenga su enfermedad en período contagioso y su afán de transmitirla al sujeto pasivo.

Según Fontán Balestra<sup>(17)</sup>, en el contagio venéreo el daño no termina en el cuerpo de la persona afectada sino que la enfermedad es susceptible de ser transmitida a un número indeterminado de personas, aún sin dolo o culpa del que lo hace, pero será instrumento inconsciente del delito.

- b- Delito de riesgo de contagio VIH conocido por el trabajador de salud

El artículo 41 de la Ley del SIDA dispone:

**ARTÍCULO 41.** Actuación dolosa del trabajador de la salud Se impondrá prisión de tres a ocho años al trabajador de la salud, público o privado que, conociendo que el producto por transfundir

o transplantar o el artículo por utilizar están infectados por el VIH, lo utilice en una persona a sabiendas de los riesgos y admita como probable el resultado de infección. La pena será de doce a veinte años de prisión si, como resultado de la transfusión, el trasplante, el suministro o la utilización de un artículo, algunas personas resultaren infectadas por el VIH-Sida. Las mismas penas se impondrán a los trabajadores de la salud, públicos o privados, que conozcan los riesgos y admitan como probable el resultado de sus actos, así como a quienes faciliten alguna de las actividades anteriores.

Este artículo establece que puede disponerse también de la inhabilitación absoluta o especial, atendiendo a la gravedad del hecho y dentro de los límites del Código Penal. (Artículo 45 Ley del Sida).

El bien jurídico tutelado es la vida, la integridad física y la salud.

Con respecto al tipo objetivo en este delito es un delito que en principio puede ser cometido únicamente por los trabajadores de la salud pública o privada, se entiende tanto las personas, médicos como enfermeras.

#### **Se entiende por VIH SIDA:**

**ARTÍCULO 2.** Definiciones VIH: virus de inmunodeficiencia humana causante de la enfermedad denominada Sida. El término se utiliza además para describir al grupo de portadores del virus, que no han desarrollado aún síntomas ni signos de la enfermedad, es decir, pacientes asintomáticos.

Para la consumación del delito no se necesita que la persona a la que se le hace la transfusión o el trasplante resulte infectada, si ello ocurre se produciría un agravante, aunque el tipo para ello requiere ilógicamente que infecte a más de una persona. Así el artículo utiliza la palabra “algunas”, a diferencia del artículo 42 de la ley, que prevé la comisión culposa y que requiere que se infecte “alguna” persona.

La mención que hace el último párrafo a los trabajadores de la salud públicos o privados no agrega nada que no estuviera contemplado ya

por el párrafo primero del artículo. Se sanciona, sin embargo, también aquellos que faciliten alguna de las actividades anteriores. Se prevé allí a los sujetos que actúan como cómplices y con respecto a los cuales por disposición legal se les aplica la misma pena que a los autores.

#### **Tipo subjetivo**

Es un delito doloso. Se requiere que se conozca que el producto o artículo está infectado por el VIH. No basta la duda al respecto. Es suficiente que se actúe con dolo eventual con respecto a la posibilidad de contagio. El problema del tipo es que se prevé como elemento del delito el conocer que el producto está infectado por el VIH, pero no cuando se actúa con dolo eventual sobre ello. Esto es problemático, puesto que lleva a incoherencias, al preverse como delito la asunción culposa del riesgo de que una persona sea infectada. Sin embargo, no entraría dentro del tipo culposo ni en el doloso la acción de aquel que duda, pero que actúa con dolo eventual con respecto a que el producto o artículo está infectado por el VIH y actúa también con dolo, ya sea directo o eventual en cuanto a la posibilidad de contagio. No podría en tal supuesto aplicársele el tipo culposo, ya que su actuación sería dolosa y no culposa y tampoco el tipo doloso, debido que no tenía conocimiento de que artículo o producto estuviese infectado del VIH.

#### **Persecución penal**

Es un delito de acción pública a instancia privada (Art.81 bis d) del Código Penal (de acuerdo con la Ley del VIH – SIDA).

- c- Delito de negativa a brindar atención a infectado por VIH

Texto legal

Establece el Art. 44 de la Ley del VIH – SIDA:

“Negativa a brindar atención. Se impondrá prisión de uno a tres años al trabajador de la salud, público o privado, o al encargado de la institución que se niegue, omita o retarde la atención sanitaria a una persona

infectada por el VIH, sin perjuicio de otras responsabilidades en que pueda incurrir. Si de esta negativa resultare un grave daño a la salud de la persona ofendida, la pena será de tres a ocho años de prisión”.

Se contempla además la posibilidad de que se ordene la inhabilitación absoluta o especial (Art. 45 de la Ley del VIH – SIDA).

Bien jurídico tutelado

Se protege la vida, la integridad corporal y la salud.

Tipo objetivo

Es un delito de omisión propia. Se mencionan tres posibles formas de realización del tipo: “niegue, omita o retarde”. Entre negarse y omitir la atención, no se encuentra en realidad distinción. El retardar no implica que en definitiva no se le presta la atención sanitaria requerida, sino que se difirió la misma atención.

Se trata de un delito de peligro abstracto. Si se llega a producir un grave daño en la salud de la persona ofendida se agrava la pena.

Tipo subjetivo

Es un delito doloso. Admite el dolo eventual.

#### d Lesiones culposas

Texto legal

Señala el Art. 128:

“Se impondrá prisión de hasta un año o hasta cien días multa, al que por culpa causare a otro lesiones de las definidas en los Arts. 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 se le impondrá también inhabilitaciones de seis meses a dos años para el ejercicio de la profesión, oficio, arte o actividad en que se produjo el hecho...”

(Reformado por Ley N° 6726 del 10 de marzo de 1982).

#### e- Delito de riesgo culposo del trabajador de salud con respecto al contagio de VIH

Texto legal

El Art. 42 de la Ley del VIH – SIDA dispone:

“Se impondrá de uno a tres años de prisión al trabajador de la salud, público o privado que, por impericia, imprudencia o negligencia realice una transfusión de sangre o sus hemoderivados, transplante órganos o tejidos, suministre semen, leche materna o utilice un objeto invasivo, de punción o cortante, infectado por el VIH.

La pena será de cuatro a diez años de prisión sí, como resultado de la conducta descrita en el párrafo anterior, se infectare alguna persona.

Se establece además la posibilidad de ordenar la inhabilitación absoluta o especial, de acuerdo a la gravedad del hecho y dentro de los límites del Código Penal, al trabajador de la salud (Art. 45 de la Ley del VIH – SIDA).

Bien jurídico tutelado

Es un delito en contra de la vida, la integridad física o la salud.

Tipo penal

Se trata de un delito culposo, la actuación falta del debido cuidado por parte del trabajador de la salud pública o privada. A diferencia del homicidio y lesiones culposas no se requiere que se produzca el resultado, sea que el sujeto pasivo resulte efectivamente infectado. Si ello sucede, la pena será mayor.



## Persecución penal

Se trata de un delito de acción pública a instancia privada (Art. 81 bis d) del Código Penal (de acuerdo con la Ley del VIH – SIDA).

## Jurisprudencia relevante

En esta materia prácticamente es nula la jurisprudencia, únicamente figuran dos casos:

- 1) Exp: 99-000276-0060-PE , sentencia: 2001-00074 Sala III, “al estar sometido al peligro de contagio de enfermedades infecciosas a veces de imposible curación como el SIDA o la hepatitis C (...) Claro está que en estos supuestos, tanto el hecho de la toxicomanía como el de los móviles que llevan al suministro, deben quedar demostrados a través de múltiples datos que concurren en el hecho en cuestión, porque lo que tampoco es de recibo es, que tales argumentos lleguen a constituir una patente de corso que se utilice para encubrir verdaderos actos de tráfico que deben ser incriminados...” N° 167-2007 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Goicoechea, a las quince horas del veintiséis de marzo del dos mil siete.- CONCLUSIÓN GENERAL: Reclamo administrativo por la supuesta violación de parte de la Institución, al artículo 8 de la Ley 7771 “Ley General sobre el VIH-SIDA” (esquemas de confidencialidad óptimos), se establece que no se tiene ningún elemento probatorio que faculte a la Caja asumir la responsabilidad por la aparición de documentos del expediente clínico del paciente demandante Recomendaciones: Deben reforzarse los controles institucionales para garantizar al máximo la confidencialidad absoluta, considerando que en la atención médica se presentan una serie de grupos multidisciplinarios que forman parte del proceso de atención de pacientes; no obstante se han aplicado disposiciones protocolarias en los casos particulares de pacientes internados y diagnosticados con el virus de inmunodeficiencia adquirida, acciones establecidas por parte de la Comisión del

SIDA conformada en este Centro Médico impugnado. “En el sub exámine, los exámenes formaban parte del expediente y de allí fueron sacados, sin que a la fecha se sepa quién o quiénes permitieron que ello ocurriera.- Los funcionarios del Hospital estaban en la obligación ineludible de resguardar la documentación médica, en lo que deben guardar siempre un especial celo, pero sobre todo, en supuestos como el presente, en donde los padecimientos de la persona resultan estigmatizantes, como ocurre aún hoy día en nuestra sociedad - lamentablemente, valga acotar-, con quienes están infectados con el virus VIH, causante del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA). Y resulta claro que los controles instaurados en el Hospital, acá resultaron insuficientes, desde que permitieron que alguien tuviera acceso a los legajos, sin ningún tipo de vigilancia o supervisión, y pudiera obtener, de manera indebida, los estudios que hacían constar la naturaleza de la enfermedad que aquejaba a una persona, para luego, ponerlos en conocimiento de terceras personas”.

El texto completo del voto:

La importancia de este voto radica en que las repercusiones que la pandemia causada por el VIH ha provocado dentro del ámbito de los derechos humanos han sido tan notorias, primordialmente en lo relativo a la trasgresión de, lesionando gravemente a los afectados con este mal. Es más, si leemos “ la Declaración Universal de los Derechos Humanos con miras a determinar qué derechos humanos se han visto afectados por distintas respuestas al SIDA, veremos que la mayoría, sino la totalidad de los derechos y libertades humanas fundamentales, identificados como la norma común de aspiraciones de la humanidad hace más de 40 años, han sido impugnados, violados o denegados en el contexto del VIH/SIDA.<sup>(18)</sup>

Según Muñoz Pinel <sup>(19)</sup> como protagonista de esta violación se encuentra el derecho a la igualdad, el cual es ignorado constantemente mediante prácticas discriminatorias que perjudican el desenvolvimiento de los afectados

en todos los aspectos de la vida cotidiana. Es en este sentido que resulta importante leer el voto siguiente:

Nº167-2007

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Goicoechea, a las quince horas del veintiséis de marzo del dos mil siete.-

Proceso ordinario, tramitado en el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, de JGMF, soltero, estudiante, vecino de Búfalo de Limón, contra la Caja Costarricense de Seguro Social (C.C.S.S.), representada por su apoderado general judicial RVC, quien es casado, abogado, vecino de San José, Las personas citadas son mayores.-

**RESULTANDO:**

1. Estimado en treinta millones de colones, se promueve este ordinario civil de hacienda, con el objeto de que en sentencia se disponga lo siguiente: “1. Con lugar en todos sus extremos la presente demanda. 2. Que la demandada, está obligada a resarcirme los daños y perjuicios ocasionados. 3. Que se aprueben los daños y perjuicios ocasionados, según detalle adelante en la suma de CIENTO VEINTE MILLONES DE COLONES. 4. Que la Caja está obligada a pagarme en dinero en efectivo, al contado y en un solo pago, el monto por los daños y perjuicios al cual sale condenada pagar. 5. Se condene al demandado al pago de ambas costas de esta acción. DAÑOS A COBRAR: 1. Daño moral por la violación a la confidencialidad de mi enfermedad, la suma de ¢60.000.000.00 (sesenta millones de colones). 2. Perjuicios: me despidieron de mi trabajo donde devengaba la suma diaria de \$20.00 y hasta la fecha no he podido tener otro, en la suma de \$28.800.00, moneda americana” .-
2. La accionada no atendió el traslado que se le otorgó, por lo que a petición de la contraria, se tuvo por cierta la demanda en cuanto a los hechos y a la parte en estado de rebeldía.-
3. La licenciada Lorena Montes de Oca Monge, Juez del citado Despacho, en sentencia número 939-06 de las once horas del veintidós de agosto del dos mil seis, dispuso: “ POR TANTO: Entendiéndose denegada en lo no expresamente concedido, se declara parcialmente con lugar la presente demanda interpuesta por JGMF contra la Caja Costarricense de Seguro Social.- Se encuentra objetivamente responsable a la entidad demandada de la falta en el deber de cuidado en el manejo del expediente clínico del aquí actor, que repercute negativamente en el deber de confidencialidad que le asiste en pacientes de esta naturaleza.- En consecuencia, se le obliga a reconocer por concepto de daño moral la suma de quinientos mil colones y a título de perjuicios los intereses legales que genere dicha suma a partir de la firmeza de esta resolución y hasta su efectivo pago.- Son a cargo de la vencida el pago de ambas costas de esta acción” .-
4. Inconforme con lo resuelto apeló el apoderado de la entidad aseguradora, recurso admitido y en virtud de lo cual conoce este Despacho en alzada.-
5. En los procedimientos se han observado las prescripciones de ley y no hay vicios u omisiones susceptibles de producir nulidad de lo actuado o indefensión a las partes. Se decide dentro de término, previa deliberación.-

Redacta el Juez y C O N S I D E R A N D O:

- I). Del elenco de hechos probados que consignó la señora Juez, se avalan los dos primeros, por tener respaldo en el expediente, con la única aclaración que la prueba del segundo, se ubica en el legajo Nº 3 del administrativo, y no en el que se indicó.- El número 3), se elimina y se consignan los siguientes: 3) Que el diecisiete de enero del dos mil, el paciente JGMF acudió a consulta en el Hospital Tony Facio de Limón, y se percató que los resultados de los exámenes de sangre que confirmaban que era portador del virus del síndrome de inmunodeficiencia adquirida, habían desaparecido de su expediente, de lo cual

informó inmediatamente a las autoridades de ese centro médico (hecho quinto de la demanda, aceptado en rebeldía, folio 56 del principal); 4) Que el veintitrés de febrero siguiente, JG solicitó una investigación de lo ocurrido (hecho sexto de la demanda, aceptado en rebeldía, folio 56 ídem); 5) Que el día siguiente, veinticuatro, aparecieron en varios lugares a saber, en la casa de habitación del actor y en la de su ex patrón, en el vehículo de su hermano, en la Escuela de Búfalo, en el Supermercado Más por Menos de Limón, en la casa cural y en el Instituto Nacional de Seguros, copias de las pruebas sustraídas (misma prueba anterior); 6) Que por estimar que lo acaecido le causó daños y perjuicios, el señor M presentó el siete de marzo del mismo año, formal reclamo indemnizatorio ante la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social (folios 1 a 4 del legajo N° 1 del expediente administrativo); 7) Que el referido órgano, mediante acuerdo tomado en el artículo 3° de la sesión 7426, del veintisiete de ese mes, dispuso solicitar a la gerencia de la División Médica un informe sobre el particular, asimismo requirió la intervención de la Auditoría y la Superintendencia General de Servicios de Salud, y encargó, "... a la gerencia de la División Médica presentar una propuesta para evitar que situaciones como la planteada en este caso no se den" (folios 6 y 7 del mismo expediente citado); 8) Que mediante oficio AAM-107-A-2000 del primero de junio del dos mil, el Área de Auditoría Médica de la institución, presentó el "Informe análisis e investigación demanda presentada contra la C.C.S.S. por el Sr. JMF, en el que se lee lo siguiente: "CONCLUSIONES: 1. No permite evidenciar esta Auditoría, si efectivamente los documentos aportados como sustraídos estaban incorporados al Expediente de salud del paciente, esto por cuanto no estaba foliado el mismo, situación que hubiese permitido establecer con certeza los folios sustraídos o faltantes. Sin embargo, se debe asumir por parte de esta Auditoría que efectivamente estos documentos forman parte de la Historia Clínica, en virtud de ser documentos médicos que pertenecen al paciente JMF (El foliado del expediente se hizo posterior a presentada la

demanda). 2. Según las entrevistas sostenidas con funcionarios del Hospital Dr. Tony Facio, y en especial con las personas indicadas en la denuncia presentada, permiten definir una acción irregular y no muy clara con respecto a la aparición de documentos en distintos sitios de la Provincia de Limón, tal es el caso de: \* Aparecen sobres de manila amarillo en la Oficina Parroquial de la Iglesia Católica, posterior a que el paciente había estado en esas mismas instalaciones horas antes. Según manifestaciones de la Srta. VR, Secretaria de la Oficina Parroquial le pareció muy extraño esta situación, incluso asumió que el sobre "dejado" en este lugar había sido olvidado por el joven JM\* En las instalaciones de la Escuela de Búfalo, igualmente aparecen tres sobres de manila amarillos, en los escritorios de dos maestras y la Directora, al día siguiente de haberse celebrado un oficio religioso, en el cual estuvo presente el joven JM\* Por último es muy coincidente que las personas a las cuales les llegó los documentos del paciente, son conocidas del mismo, no obstante que ya estaban enteradas desde prácticamente el diagnóstico inicial de la enfermedad que tenía que tenía el joven JM. Incluso se les solicitó a las personas ayuda por parte de los familiares para que sirvieran como testigos, situación que viene a ser desconfirmada en las entrevistas realizadas por la Auditoría, al exponerse de forma particular por parte de dos maestras, la Directora SHG, así como la Srta. Secretaria de la oficina XXX que manifiestan no querer verse involucradas en esta situación e incluso dan por terminado el asunto. 3. Esta Auditoría concluye que no es posible que el Sr. MF conozca la cantidad y calidad de los documentos supuestamente sustraídos de su expediente médico; que se da una contradicción en el término de 24 horas según su propia versión, pues por una parte el 23 de febrero /2000 únicamente afirma que le han sustraído los documentos de su expediente, destacando que son cuatro y da sus nombres y contenidos, pero no indica a donde, no obstante el día siguiente afirma que han aparecido exactamente cinco copias de los mismos y precisa exactamente los lugares donde han ocurrido. Esto último deja una serie de dudas,

pues se localizan tres copias exactamente en una escuela ubicada a 50 metros de su casa de habitación y en donde él había efectuado actividades religiosas. **CONCLUSIÓN GENERAL:** El caso particular que nos ocupa, de forma específica el reclamo administrativo presentado por el paciente JMF, por la supuesta violación de parte de la Institución, al artículo 8 de la Ley 7771 “Ley General sobre el VIH-SIDA”, no tiene ningún elemento probatorio que faculte a la Caja asumir la responsabilidad por la aparición de documentos del expediente clínico del paciente demandante. Si bien es cierto, se tiene comprobado que los documentos llegaron al conocimiento de personas allegadas al paciente, no se puede afirmar que los mismos llegaron porque se violentó la Ley por parte de la Institución en las diferentes instancias médico-administrativas del Hospital Dr. Tony Facio de Limón. Es de consideración de esta Auditoría, que en este tipo de casos es un tanto difícil mantener los esquemas de confidencialidad óptimos, en virtud del trasiego y traspaso de información en el nivel intrahospitalario, sin embargo, se tienen disposiciones contundentes en este centro médico, de la prohibición de dar información médica y documentación sobre historias clínicas a personas que no les compete. Deben reforzarse los controles institucionales para garantizar al máximo la confidencialidad absoluta, considerando que en la atención médica se presentan una serie de grupos multidisciplinarios que forman parte del proceso de atención de pacientes; no obstante se han aplicado disposiciones protocolarias en los casos particulares de pacientes internados y diagnosticados con el virus de inmunodeficiencia adquirida, acciones establecidas por parte de la Comisión del SIDA conformada en este Centro Médico. **RECOMENDACIÓN:** Es necesario que la Gerencia División Médica reafirme a nivel institucional las disposiciones pertinentes sobre la confidencialidad de los documentos médicos que se incorporan en las Historias Clínicas, y considere mecanismos adicionales para aquellos pacientes que portan el virus de inmunodeficiencia adquirida. Lo anterior en

plena concordancia con lo que establece la Ley 7771 “Ley General sobre el VIH-SIDA”, en su artículo 8º, Confidencialidad. Es necesario que se considere la aplicación de medidas sancionatorias como consecuencia del uso inapropiado de la información médica de un paciente, las cuales deberán ser de divulgación en todas las instancias médico administrativas de los centros médicos de la Institución” (folios 23 a 34 ídem); 9) Que la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, en el artículo 41º de la sesión N° 7450, celebrada el quince de junio, dispuso: “... acoger el informe de Auditoría AAM-107-A-2000 Informe análisis e investigación demanda presentada contra la CCSS por el Sr. JMF. Acuerdo Firme” (folio 20 ídem); 10) Que la Superintendencia General de Servicios de Salud en informe SUGESS-140-2000 del seis de julio siguiente, dirigido a la Junta Directiva, expuso los siguientes resultados: “**CONCLUSIONES:** 1. De las observaciones establecidas, nunca se pudo identificar qué personas del Hospital Tony Facio, supuestamente le pudiesen haber facilitado el expediente al sujeto que realizó el ilícito que menciona don JM 2. Evidentemente si los exámenes de laboratorio fueron enviados a las personas que el cliente indica, lo único que se puede deducir es que este acto es premeditado por la persona que lo urdió. 3. Evidencia un fin pre-establecido que bien podría ser el obtener ganancias secundarias, ya sea por extorsión al cliente, u otro elemento ganancial que respondería a necesidades pecuniarias del infractor. 4. Muy en contra de lo expuesto por el Sr. M, es obvio y notorio que previo a la distribución de la supuesta información sustraída, nuestro cliente estuvo presente físicamente en forma previa en los lugares donde se localizaron los elementos probatorios. 5. Es muy elemental el hecho de preguntarnos, cómo se enteró el cliente, que en la Secretaría había algún documento a su nombre, si obviamente nadie lo llamó para entregarle el sobre con el supuesto material sustraído. La secretaria expresa claramente que el Sr. M llega a buscar los documentos a su Oficina de la Iglesia de Búfalo. **RECOMENDACIONES:** 1. Salvo que se pueda identificar por otros medios, que efectivamente

hubo sustracción de los documentos indicados, creemos necesario poner la denuncia en el O.I.J., a fin de establecer quien o quiénes, urdieron el presente ilícito. 2. Es una llamada de atención a todos los funcionarios responsables de “gerenciar” los servicios de salud, en cuanto a establecer no sólo los procedimientos y normas elementales de custodia, sino de establecer procedimientos operativos concretos, que aseguren la custodia responsable de lo que se nos encomienda por delegación según la Administración Activa y cada uno de los funcionarios públicos” (folios 11 a 15 del mismo legajo N° 1); 11) Que cada vez que el actor acudía a consulta en el Hospital Tony Facio, tenía acceso pleno a su expediente (prueba confesional, folios 93 a 99 del principal); 12) Que horas antes de que las copias de los exámenes aparecieran en la secretaría de la oficina parroquial, el aquí demandante visitó el lugar, para preparar una liturgia que se celebraría más tarde (folios 94 a 96 del principal); 13) Que los documentos aparecieron en la Escuela de Búfalo un día después de que se celebró una eucaristía en una de las aulas, en la cual participó el actor MF (folios 94 a 97); 14) Que los padres y hermanos del señor M, conocían de su padecimiento, con anterioridad al mes febrero del dos mil (folios 93 a 99 del principal, folio 009, del expediente clínico).-

II).- Los que se tuvieron como indemostrados, se avalan, pues efectivamente, no se procuró prueba al respecto.- Se agrega el siguiente: 3) Que el accionante haya tenido participación alguna en la sustracción de los documentos y en su posterior distribución a terceros (los autos).- III).- En esta sede, el apelante no expresó agravios, y remitió al memorial de interposición del recurso, cuyos fundamentos se pueden resumir de la siguiente manera:

a) Incorrecta valoración de la prueba. Se expresa, que el actor no demostró que algún funcionario de la entidad, hubiera sacado piezas de su expediente clínico y las hiciera llegar a diferentes lugares que él frecuentaba, a pesar de lo cual, se acogieron sus pretensiones. Ello, afirma, lesiona el

principio de carga de la prueba, establecido en el artículo 317 del Código Procesal Civil, pues su representada, siempre le ha brindado los servicios de salud, y estima que “... se ha tratado de una trama que el actor ha montado a base de mentiras y manipulación para pretender obtener indebidamente un provecho económico. Esto se comprueba con las declaraciones de la propia madre del actor que constan en el expediente ...” . Agrega, que de la documental que consta en los legajos de la Administración, se desprende que éste es mentiroso y manipulador, así se concluye, señala, de los resultados de las sesiones psicológicas a las que asistieron sus familiares, y que a esa conclusión llegó Auditoría, en el oficio N° AAM-107-2000, que tuvo por demostrado que horas antes, el actor había estado en los lugares en donde aparecieron los sobres con documentos.- Que este último informe, es el resultado de un estudio de campo que se realizó en el Hospital de Limón, y en donde se advirtió la existencia de contradicciones serias en las denuncias; que el señor M tenía acceso al expediente y que pudo haber sido él mismo, quien sustrajo los papeles. De vital importancia, considera la declaración de la secretaria de la oficina parroquial de la iglesia católica, la que pide revisar, y concluye señalando, que “... no ha probado cuales fueron los funcionarios que extrajeron documentos de su expediente clínico, ni la existencia de supuesto daño que se reduce a su simple dicho de que le afectaron su imagen y su relación laboral y familiar, y menos la relación causa efecto entre ese supuesto daño y la actuación de la Caja en las ocasiones que le brindó atención médica en consulta ambulatoria, ocasiones en las cuales el actor tuvo amplio acceso a su expediente clínico”, y que, “... los documentos señalados como extraviados se trata de solicitudes y resultados de análisis clínicos, mismos que se le entregan al paciente para que éste los diligencie en los respectivos servicios del Hospital y posteriormente los entregue al médico que los solicitó, por lo que el paciente es el principal responsable de la custodia de tales documentos antes de ser incorporados al expediente de salud ...” .-

b) En cuanto a la relación de hechos probados: Alega, que en el acápite correspondiente, se omitió hacer referencia a una serie de situaciones de relevancia, que son indispensables para determinar la verdad real, como la existencia de dos gestiones que el demandante realizó en sede administrativa; y los resultados de la prueba recibida, dado que el demandante confesó haber estado en la iglesia católica el día que encontraron el sobre con los exámenes en una de las bancas; que éste le preguntó a la secretaria de la oficina parroquial si habían aparecido unos documentos suyos; que sus padres y hermanos conocían de la enfermedad que le afecta; que desde mil novecientos noventa y siete los vecinos le empezaron a preguntar si era portador del virus que produce el SIDA, y que en todo caso, él se infectó desde varios años antes de que supuestamente desaparecieran las pruebas de dicho legajo.- Que desde aquél año, ha solicitado ayuda psicológica para enfrentar situaciones difíciles, y que en las citas al psicólogo ha manifestado sentirse agobiado ante el rechazo familiar y social, ya que constantemente es el blanco de las hostilidades, perjuicios y complejos de su madre y hermanos, quienes incluso niegan que exista parentesco entre ellos.- La sentencia impugnada, afirma, le restó toda importancia a esos extremos, lo que estima indebido.-

c) Incorrecta aplicación del derecho: Según se indica, se demostró que el aquí accionante tuvo una activa e importante participación en los hechos que él mismo denuncia; que de la investigación administrativa se desprenden una serie de dudas en cuanto a la existencia real de éstos, pero que no obstante ello, se le dio un mayor valor al simple hecho del reclamante, quien en ningún momento probó el daño que según alega se le ocasionó.- Aduce que: "... en el presente caso existe culpa de la víctima ya que al parecer según se desprende del informe de auditoría y de las propias manifestaciones de la madre del actor, este es un mentiroso y un manipulador". Por eso, considera que en el caso hay una incorrecta aplicación del derecho, particularmente de los artículos 190 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública,

dado que se condenó a la Caja al pago de un daño moral, por la sola circunstancia de que le corresponde la custodia de los expedientes de salud, sin haberse analizado, correctamente, la relación de causa efecto, que exige el ordenamiento jurídico.-

IV).- De acuerdo con la información que consta en autos, y según se indicó en el Considerando I de este pronunciamiento, se tiene por acreditado que el aquí actor, JGMF, fue diagnosticado como portador del virus de inmunodeficiencia adquirida, en mil novecientos noventa y siete, y tiene expediente clínico abierto en el Hospital Dr. Tony Facio, de la Ciudad de Limón, donde ha recibido diversos tipos de tratamiento para su mal.- A mediados de enero del año dos mil, al acudir a una cita médica, el paciente se percató de que faltaban varios documentos de ese legajo, particularmente los resultados de las pruebas clínicas, en donde se determinó y confirmó su condición de seropositivo, una nota del Departamento de Control del SIDA del Ministerio de Salud y el informe emitido por una trabajadora social del citado nosocomio.- Informó de ello a las autoridades del centro y el veintitrés de enero, solicitó formalmente una investigación sobre el asunto.- El veinticuatro del mismo mes, aparecieron copias de esos papeles en diversos lugares, entre ellos, la casa de habitación de Jesús y en la de su ex patrón, en el vehículo de su hermano, en la Escuela y en la casa cural de Búfalo, así como en el Supermercado Más por Menos de Limón y el Instituto Nacional de Seguros; en virtud de lo cual, y por estimar que ello le ocasionaba menoscabo planteó, el siete de marzo, un reclamo de daños y perjuicios ante la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, órgano que, luego de una investigación administrativa, concluyó que no le cabía responsabilidad en el asunto y desestimó la gestión de don J, quien entretanto, interpuso esta demanda ordinaria, en la que reclama sesenta millones de colones, por daño moral, y veintiocho mil ochocientos dólares por perjuicios. Ahora bien, la accionada no contestó oportunamente y fue declarada rebelde. La señora Juez en

su pronunciamiento, concedió quinientos mil colones por el primero de los extremos indicados, más intereses sobre esa suma a partir de la firmeza y hasta el efectivo pago; rechazó los perjuicios y condenó a la entidad accionada al pago de ambas costas.- El actor se conformó con lo decidido, no así la institución aseguradora, cuyo apoderado recurrió y solicitó revocar el fallo.-

V).- El Tribunal encuentra, luego del estudio detenido del asunto, que la sentencia recurrida se ajusta a derecho, ya que existen elementos suficientes para tener por sentada la responsabilidad de la Caja Costarricense de Seguro Social en este caso.- Ésta última intenta restarle validez, para lo cual alega, en primer término, que no se demostró que haya sido un servidor suyo, el que sustrajo o facilitó la salida del centro médico, de los exámenes clínicos que confirmaban la enfermedad del demandante. Eso es cierto, sin embargo, resulta insuficiente para quebrar lo resuelto, en la medida en que el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado y sus instituciones, previsto en los artículos 9, 11 y 41 de la Constitución Política, y 190 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, es de naturaleza esencialmente objetiva, y no sujeta la aparición del deber de indemnizar, a la identificación o individualización, de las personas causantes de la lesión antijurídica. Para ello, basta con que exista un daño indemnizable, una conducta administrativa y un nexo causal entre ambas - artículo 190 antes citado-, de suerte que esos tres elementos están presentes, según se verá más adelante.- En el sub examine, los exámenes formaban parte del expediente y de allí fueron sacados, sin que a la fecha se sepa quién o quiénes permitieron que ello ocurriera.- Los funcionarios del Hospital estaban en la obligación ineludible de resguardar la documentación médica, en lo que deben guardar siempre un especial celo, pero sobre todo, en supuestos como el presente, en donde los padecimientos de la persona resultan estigmatizantes, como ocurre aún hoy día en nuestra sociedad - lamentablemente, valga acotar-, con quienes

están infectados con el virus VIH, causante del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA). Y resulta claro que los controles instaurados en el Hospital, acá resultaron insuficientes, desde que permitieron que alguien tuviera acceso a los legajos, sin ningún tipo de vigilancia o supervisión, y pudiera obtener, de manera indebida, los estudios que hacían constar la naturaleza de la enfermedad que aquejaba a una persona, para luego, ponerlos en conocimiento de terceras personas.- En criterio de este órgano colegiado, cualquiera que haya participado, tuvo el tiempo suficiente para buscar, de toda la información que lo conforma, lo que le interesaba y ello evidencia, que sí se dio una falta en el servicio, consistente en una omisión concreta al deber de cuidado, en la custodia de los legajos, que sí es susceptible de causar menoscabo a los usuarios.-

VI).- En varios tramos del recurso, el representante de la demandada arguye que el presente proceso es consecuencia de una trama montada por el señor M, en aras de obtener indebidamente un provecho económico, afirmación que se funda, en apretada síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) que JG tenía acceso a la documentación, por lo que pudo ser él mismo, quien la sustrajo;
- b) que éste es mentiroso y manipulador, tal y como lo manifestó su propia madre en las sesiones de psicológicas a las que asistió;
- c) que estuvo en los lugares donde aparecieron los documentos, horas antes de que fueran encontrados;
- d) que normalmente los resultados de los exámenes se le entregan al paciente para que éste los diligencie en los diversos servicios del Hospital, por lo que es el principal obligado de velar porque se incorporen al expediente; y
- e) que tuvo una activa e importante participación en los hechos que él mismo denuncia.-

Por todo lo cual, considera que se configuró una causa eximente de responsabilidad, consistente en la culpa de la víctima, no obstante, aduce, ello no fue correctamente apreciado por la juzgadora de instancia, que a su juicio, incurrió en una errónea valoración de las probanzas recibidas, particularmente del informe de la auditoría interna de la institución, que consta en el administrativo, y de la confesional rendida por el accionante en estrados judiciales.- Al respecto, se estima oportuno hacer varias apreciaciones: Este órgano colegiado no observa, que lo acaecido sea producto de una maquinación fraudulenta por parte del actor, como se arguye; ello no se desprende de los autos, y las circunstancias en las que se basa la demandada para hacer esa afirmación, constituyen meras suposiciones, carentes de valor en este proceso.- Así, el hecho de que don J tuviera acceso a su expediente, no lo convierte automáticamente en sospechoso de sacar la información propia, que allí se encontraba. En el Hospital, nadie lo vio en actitud extraña y más bien fue él quien informó a las autoridades del centro médico de la desaparición; además, él acudió a consulta médica, lo que significa que durante el lapso de espera, posiblemente estuvo en presencia de servidoras de la institución, y luego, presumiblemente fue atendido por un médico, que tampoco notó nada fuera de lo normal; en tales condiciones, ¿porqué asumir, que él fue quien lo hizo?; esa hipótesis carece de todo sustento probatorio, y lo que sí es evidente es que no hay una sola prueba que indique si fue un servidor de la Caja, o un tercero extraño a la institución, el que lo hizo, conclusión que no permite dirigir la mirada hacia el paciente, con grado de certeza, como lo hace el recurrente.- Por otra parte, los calificativos que se hacen del accionante, en el sentido de que es mentiroso y manipulador, resultan inaceptables. Esas afirmaciones, aparte de irrespetuosas, son infundadas, y el afectado con ellas, esto es, el señor M Fernández, no ha tenido jamás oportunidad de rebatirlas, lo que atenta contra el principio del contradictorio.- Lo único que sustenta ese alegato, es el contenido de una nota de una psicóloga, insertada al

expediente clínico, durante una sesión a la que asistió la madre del demandante en abril de mil novecientos noventa y ocho, que en lo que interesa, refiere que aquél, “siempre ha mentado mucho, y que si bien cuando supieron sobre el HIV, inicialmente lo rechazaron, pero con el tiempo lo fueron aceptando” (ver folio 009 del legajo N°1). Esa frase no fue obtenida en juicio, se hizo años antes de que se suscitara el problema que provocó la interposición de este asunto, y además, no hay evidencia de que su contenido se haya puesto en conocimiento del afectado, dado que forma parte de un documento de carácter confidencial, que normalmente se elabora, según las prácticas propias de la psicología, con fines terapéuticos y dentro de un proceso mucho más amplio, que en este caso no es posible saber en qué concluyó.- En todo caso, eso no basta para decir que efectivamente, se trató de una suerte de conspiración fraguada por él con ayuda de quién sabe cuales terceros, para enriquecerse a costa de la llamada a juicio, por lo que el alegato debe rechazarse.- Por otro lado, es cierto, y así se tuvo como probado, que el actor estuvo en al menos dos lugares en los que aparecieron copias de sus exámenes, horas antes de los hallazgos. Así lo reconoció él al absolver posiciones, empero, el Tribunal advierte que esos sitios -la escuela de Búfalo y la casa cural-, eran visitados regularmente por J, quien se dedicaba a actividades de catequesis; y en todo caso, absolutamente nadie lo señaló como la persona que dejó los papeles allí.- En una situación como la presente resulta necesario acudir a reglas de experiencia, de la que estos juzgadores concluyen, que si alguien deseaba hacerle daño al aquí accionante, lo haría circulando información sobre su enfermedad, en los lugares que frecuentaba y en casa de amigos o familiares, por lo que no resulta extraño en lo absoluto que haya estado en esos lugares, o que los papeles hayan aparecido donde aquél desarrollaba normalmente sus actividades cotidianas.- Distinto sería el caso, si alguien le hubiera visto con los sobres en su poder, u observado como los depositaba en forma subrepticia; pero lo anterior, se reitera, no ha



sido probado durante este proceso, y por allí, la tesis de un supuesto fraude, aparece como desprovista de elementos objetivos para afirmar su real existencia.- Finalmente, cabe indicar que los exámenes constaban en el expediente clínico desde varios años antes de su extraña desaparición, por lo que no es de recibo el alegato de que probablemente se los dieron al señor M y menos aún, que éste era el principal responsable de agregarlos al legajo, lo que carece totalmente de fundamento.- La realidad es, que la Caja Costarricense de Seguro Social no probó que -como afirma-, el demandante haya tenido una participación activa e importante, en la sustracción de los papeles y en la propalación de información en su propio perjuicio; lo cual obliga a desechar ese alegato.- Y justamente por lo anterior, debe descartarse por completo, la existencia de una culpa de la víctima, que pudiera disolver o debilitar el nexo de causalidad existente entre los hechos descritos y la falta de servicio acusada, en los términos en que lo prevé el numeral 190 de la Ley General de la Administración Pública.-

VII).- Sobre el informe que rindió la Auditoría Interna de la Institución, N° AAM-107-2000, y las declaraciones que allí se hicieron constar, se observa que éste se emitió en virtud de una orden, emitida por la Junta Directiva Nacional, a raíz del reclamo de daños y perjuicios presentado por el señor MF.- Se elaboró unilateralmente, valga decir, sin la intervención del aquí demandante, quien no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre las probanzas allí recabadas, y quien tampoco estuvo presente a la hora de recibir las deposiciones que se consignaron. De hecho, no consta qué fue lo que dijeron la secretaria de la oficina parroquial de Búfalo, las dos maestras o las otras personas que se citan, ya que simplemente se anotó un pequeño extracto; sin que se hayan agregado las notas u hojas de trabajo que utilizó la Auditoría, para la preparación de ese dictamen; el actor no pudo preguntar a los testigos, ni reguardar la legalidad del acto; lo cual, aunque no le resta valor al informe - dada su naturaleza-, no permite incorporar de pleno derecho esas

actuaciones a la vía jurisdiccional.- Si la demandada estimaba que era fundamental recibir la declaración de aquéllas personas, o de los familiares y amigos del reclamante, debió haber ofrecido y gestionado esas probanzas en el momento procesal oportuno, para que aquí se recibieran conforme a derecho, en salvaguarda del principio constitucional del debido proceso y del derecho de defensa del afectado; sin embargo, ello no ocurrió, pues la Caja ni siquiera contestó la demanda y fue declarada en rebeldía.- Las supuestas contradicciones entre las denuncias, tampoco se han podido constatar, pues éstas no fueron agregadas al legajo administrativo, y aunque no se duda de la seriedad del trabajo desplegado por los auditores, no es posible, por las razones dadas, otorgarle en esta vía, el valor que pretende el apelante.-

VIII).- Adicionalmente, se argumenta que no está probada la existencia del daño, pues lo único que hay -se dice-, es el dicho del petente, de que le afectaron su imagen y su relación laboral y familiar, no obstante que ya sus parientes conocían la enfermedad, y que desde varios años antes a los hechos este había solicitado ayuda psicológica, por el rechazo y las hostilidades de que era víctima.- El Tribunal disiente de lo allí expresado.- Resulta indudable, y ello deriva de la propia naturaleza de los hechos acaecidos, que poner a circular entre terceros, información sensible de una persona, que consta en archivos médicos, es susceptible de generar en ésta menoscabos como los reclamados y reconocidos por la señora Juez en su pronunciamiento.- Los expedientes clínicos, y lo que en ellos consta, es confidencial y debe ser manejado con suma reserva. En el caso de los portadores del virus VIH, no puede desconocerse el estigma que ese mal genera, en el ámbito social y personal del afectado, y por ello, puede afirmarse que el tema del tratamiento de esa información, envuelve un verdadero derecho fundamental, en la medida en que resguarda la dignidad de la persona, de forma que aparte de aquellos a quienes el propio afectado desee comunicar u padecimiento, no deben salir a la luz, salvo en casos excepcionales en que la ley lo

permita, cuando ello resulte absolutamente indispensables, a los fines de un proceso jurisdiccional, según las condiciones que el propio legislador establezca, excepciones que, en todo caso, habrán de valorarse de manera restrictiva, en protección del ser humano afectado.- De suerte que la Ley General sobre el VIH SIDA, N° 7771 del veintinueve de abril de mil novecientos noventa y ocho, establece en su numeral 8°, ese principio, al preceptuar que: "ARTÍCULO 8.- Confidencialidad. Con las excepciones contenidas en la legislación, la confidencialidad es un derecho fundamental de los portadores del VIH- Sida. Nadie podrá, pública ni privadamente, referirse al padecimiento de esta enfermedad, sin el consentimiento previo del paciente. El personal de salud que conozca la condición de un paciente infectado por el VIH-Sida, guardará la confidencialidad necesaria referente a los resultados de los diagnósticos, las consultas y la evolución de la enfermedad. El portador del VIH-Sida tiene derecho a comunicarse su situación a quien desee; sin embargo, las autoridades sanitarias deberán informarle su obligación de comunicarlo a sus contactos sexuales y advertirle, a su vez, sus responsabilidades penales y civiles en caso de contagio.".- En el caso concreto, según se ha reseñado, se produjo una violación al deber de cuidado, en el resguardo del expediente clínico del actor, que permitió a personas desconocidas, sustraer los exámenes que constataban que se había infectado con el virus, para luego distribuir copias de éstos a personas que se relacionaban con aquél, sea por sus vínculos familiares, sociales o de amigos.- El sólo hecho de que eso haya ocurrido, permite tener por acreditada la existencia del daño, que es de tipo moral y además, de orden subjetivo, dado que evidentemente, ello le generó a JG angustia, preocupación, frustración, tristeza y posiblemente hasta rabia, al estar se propalando información que jamás debió haber salido del Hospital; y que pudo haber provocado, un aire de animadversión en su contra y eventualmente un tratamiento discriminatorio, en sus relaciones sociales. Aunque esta última circunstancia no está probada, es lo cierto que

la aparición de los documentos en la localidad donde vive el señor M, dejó abierta esa posibilidad y le implicó a él una nueva carga, que no estaba en el deber de soportar.- Por eso, al igual que la señora Juez, se tiene por acreditada la existencia del menoscabo, y, en lo que toca al monto concedido, de quinientos mil colones, no se advierte como éste podría resultar irrazonable o desproporcionado, dada sobre todo, la gravedad de la información que se puso en circulación, y los efectos que ello ocasionó en el ánimo del perjudicado.- Para esos efectos, no interesa si su núcleo familiar ya sabía de la enfermedad, pues es un hecho que los exámenes aparecieron más allá de su espacio más íntimo; como tampoco tiene relevancia alguna, el que con anterioridad ya hubiera recibido tratamiento, incluso de tipo psicológico, para paliar el rechazo y las situaciones que debió haber enfrentado, luego del diagnóstico que se le hizo. La conclusión a que se arriba es que el daño sí existió y que la indemnización no aparece como injusta, por lo que en este extremo, tampoco lleva razón el inconforme.-

X).- En suma, no encuentra este Despacho, que en el caso se haya producido una incorrecta valoración de la prueba, que el fallo sea omiso, que haya preterido prueba relevante, o que se aplicara indebidamente el derecho al sub examine.- La responsabilidad de la Institución surge, no por el hecho de ser custodio de los expedientes de salud, sino porque en la especie, los controles instaurados con ese fin resultaron insuficientes, y permitieron que la información que allí constaba fuera sustraída, y se diera a conocer a terceros que no tenían porqué imponerse de su contenido, causando con ello un menoscabo extrapatrimonial al actor, a quien le asiste por ende, el derecho a ser resarcido por ellos.- Entre las circunstancias descritas, existe un claro nexo causal, sin que se llegara a probar la existencia de alguna eximente, y la indemnización concedida no aparece como irrazonable, razones todas que obligan a avalar en todos sus extremos, el fallo venido en alzada.-

POR TANTO:

Se confirma la sentencia apelada.-

Exp 00-709-163-ca

Apelación de Ordinario

MFJG c/ CCSS

AMV

Proyectos de ley referentes al tema

- 1- Consulta legislativa: 2005-09618 Proyecto de "Ley de Migración y Extranjería", expediente legislativo número 14.269.

Violación Puntuales al Principio de Igualdad (arts 18.I, título VI, 4, 69, 73.a, 92, 54.b) por discriminar por la condición migratoria, la condición socioeconómica y nivel educativo, el estado civil y por razones de salud en cuanto al rechazo de ingreso de quienes padezcan de enfermedades infectocontagiosas o transmisibles; b.-) Sobre la discriminación por razones de salud.- "Evidentemente, como se dijo, el Estado tiene plena potestad para decidir su política migratoria, dentro de lo que se incluye la determinación de las personas a quienes se les rechazará el ingreso. El único límite que se admite es la razonabilidad, la cual se constata en este caso porque el rechazo en razón de "riesgo para la salud pública" es comprensiblemente razonable. Por lo tanto, tampoco encuentra esta Sala que estemos frente a una discriminación, sino que simplemente se trata de política migratoria válida".

- 2- Proyecto de ley para regular el negocio de tatuajes permanentes y perforaciones. Expediente N° 15.470 Este proyecto de ley pretende regular un negocio que viene operando en Costa Rica, sin que existan hasta la fecha normas sanitarias que lo aseguren, existe la posibilidad de que por medio de los instrumentos que se emplean para efectuar tatuajes o las perforaciones, se transmitan algunos virus y bacterias. Ello si no se siguen algunos procedimientos básicos de higiene. Retomando el tema de las infecciones, las enfermedades que se pueden transmitir a través de las agujas para tatuar o perforar, van desde una simple infección bacterial hasta el virus de la hepatitis C, misma que, al igual que el síndrome de inmunodeficiencia adquirida VIH/SIDA+, es incurable. Salvo que, en el caso de la hepatitis, si se descubre a tiempo, se realice un transplante de órganos.

**ARTÍCULO 15** Enfermedades infecto-contagiosas Solo por interés público y a efecto de llevar un control sobre posibles enfermedades infecto-contagiosas, sobre todo Hepatitis B, el estudio llevará un registro confidencial, en que conste el nombre, dirección, edad, pigmentos y joyería utilizados, fecha en que se hizo la perforación o tatuaje, nombre del tatuador o perforador y la firma del cliente. El cliente deberá estar informado que existe este tipo de registro o fichero. El registro estará disponible para ser consultado únicamente por funcionarios del Ministerio de Salud Pública.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- 1) Dante R. Garay. garayrs[arroba]merlo.dataco36.com.ar
- 2) Chin, J. (2001). El control de las enfermedades transmisibles. (17º ed). Washington D.C., USA: Asociación Estadounidense de Salud Pública-OPS.
- 3) Llobet, J. (1999). Delitos en contra de la vida y la integridad corporal. Derecho Penal, parte especial (1º ed.) San José, C.R.: Mundo Gráfico. P. 253.
- 4) Cátedra Latinoamericana de Criminología y Derechos Humanos ALESSANDRO BARATTA Perspectiva Interdisciplinaria. Extracto del autor Zaffaroni. [http://www.uci.ac.cr/descargas/Informacion\\_CAB.pdf](http://www.uci.ac.cr/descargas/Informacion_CAB.pdf)
- 5) Costa Rica. Ley 7771. Ley general sobre VIH Sida. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Sanción 29-4-98. Publicación y rige 20-5-98.
- 6) Real Academia Española. Diccionario. P. 1162
- 7) Llobet, J. Delitos en contra de la vida y la integridad corporal. Derecho Penal, parte especial 1ª. Edición. San José, Costa Rica. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico. 1999. Pág 255
- 8) Schuneman. (1991). Problemas del Derecho Penal. pp 30-31
- 9) Kreuzer, A. (1991). El Sida y el Derecho Penal. Anotaciones de Criminología para la discusión de Derecho penal y Política Criminal. España:
- 10) Carrero, D., García, E., Leonet, M. et al. Culpa, dolo y preterintención.
- 11) Fontán, C. (1995). (2º ed.) Tomo II. Parte General, Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- 12) Calvo, I. (1990). Los aspectos médico legales del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José, C.R.: UCR.
- 13) Puyo, J. (Gill Miller). (1982). Diccionario Jurídico Penal, Bogotá, Colombia: Librería del Profesional. p.249.
- 14) Soler, S. (1978). Derecho Penal Argentino. (8º ed.) Buenos Aires: Argentina: Tipográfico. P. 564.
- 15) Naranjo, M. (1991). El delito de contagio venéreo . Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho. San José, C.R.: UCR.
- 16) Fontan, C. Tratado de Derecho Penal. (2º ed.) Tomo VI. Buenos Aires, Argentina: Abeledo- Perrot.
- 17) (Rey, L. F. (1999). El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, Tirant lo blanch, Valencia, España: P. 82-83).
- 18) Tomasevski, K. (1991). El SIDA y los Derechos Humanos en Fuenzalida-Puelma. (Hernán) Aportes de la ética y el derecho a l estudio del SIDA. Washington D.C., USA: OPS. P. 21
- 19) Muñoz, A. (1998). Derecho a la no discriminación en la Ley General del SIDA. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José, C.R.: Universidad de Costa Rica