

EL EJERCICIO PROFESIONAL Y LA RESPONSABILIDAD PENAL, CIVIL, ADMINISTRATIVA Y ÉTICO DISCIPLINARIA DERIVADA DE SU EJERCICIO

Román A. Navarro Fallas¹

RESUMEN

Toda persona con un título universitario válido tiene derecho al ejercicio profesional. Empero, en aras de proteger los derechos de los usuarios de los servicios que ofrecen esos profesionales, el ordenamiento jurídico establece una serie de límites y obligaciones técnicas, jurídicas y éticas que el profesional debe observar y cumplir. Cuando esos límites y deberes son infringidos y con ello se lesiona la integridad física o moral y, en general, los derechos de terceras personas, la autoridad competente podrá imputarle al actor, según el caso, responsabilidad penal, civil, administrativa o ética disciplinaria, previa observancia del derecho de defensa y los principios del debido proceso. La responsabilidad es una garantía a favor de los derechos de posibles afectados por la conducta del profesional. Los principios del debido proceso son la garantía del profesional frente a la denuncia e investigación de que es objeto.

El presente artículo analiza el contenido esencial de los derechos a la libre elección y ejercicio profesional, sus límites y las consecuencias penales, civiles y administrativas que se le pueden imputar al profesional por violación a los deberes y límites que el ordenamiento le impone. Los siguientes temas se aplican a cualquier profesional, especialmente a aquellos que requieren colegiación obligatoria; sin embargo, para efectos prácticos se pone énfasis en la profesión de enfermería.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad legal, ética profesional, ética de enfermería, legislación de enfermería.

INTRODUCCIÓN

Los profesionales en Enfermería son titulares de derechos fundamentales o constitucionales en virtud de los cuales alcanzan esa formación profesional y el ejercicio posterior de la misma. En virtud del derecho fundamental a la libre elección de profesión y oficio, la persona escoge de forma autónoma y libre la profesión acorde a su vocación. Gracias al derecho constitucional al libre ejercicio profesional, la persona ejerce los conocimientos adquiridos y procura alcanzar bienestar y existencia digna para sí y su familia, y con ese ejercicio profesional aporta a la comunidad. El ejercicio de ambos derechos fundamentales satisface otro de igual rango: el derecho al desarrollo de la personalidad.

Ahora bien, el ejercicio de esos derechos no es ilimitado, encuentran límite en los derechos fundamentales de los demás, en la moral social y en normas de orden público. El Colegio Profesional y la exigencia de responsabilidad se erigen fundamentalmente como garantías a favor de los usuarios de los servicios que ofrecen esos profesionales colegiados. Sin embargo, la imputación de responsabilidad al profesional por posibles infracciones a reglas técnicas, jurídicas y éticas que dan lugar a la responsabilidad penal, civil, administrativa o ética disciplinaria, según cada caso, debe observar las garantías del debido proceso, tendientes a garantizar los derechos de defensa y de inocencia que le asisten a todo imputado (se utiliza este concepto en sentido amplio). La responsabilidad es pues una garantía del usuario frente al profesional. El debido proceso es una garantía del profesional frente a quien le denuncia o demande y frente a

1. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Egresado del doctorado en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid. Asesor de Ministros, Diputados y Presidentes Ejecutivos de Instituciones Autónomas. Consultor de instituciones públicas y privadas. Profesor universitario (grado y posgrado). Escritor en el área de especialidad. Asesor del Colegio de Enfermeras de Costa Rica y abogado litigante.

la autoridad administrativa o judicial encargada de definir su situación legal.

En las siguientes líneas se pretenden exponer las ideas principales que caracterizan los derechos de libre elección y ejercicio profesional, y en relación con ellos, el Colegio Profesional, los distintos tipos de responsabilidad en las que puede incurrir una persona en su ejercicio profesional y finalmente, los principios y garantías que deben observarse cuando se le siga un procedimiento disciplinario en su contra.

I. LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES. CONCEPTO. ALGUNOS CARACTERES.

Los derechos humanos se definen como *“determinadas situaciones favorables al ser humano como tal, que se suponen derivadas de su “intrínseca dignidad” y necesarias para el desarrollo pleno de su personalidad, que, por lo tanto, se reclaman como derechos fundamentales frente a todos los demás hombres, y de modo especial, frente al Estado y el poder”* (Piza, 1984). De la definición se pueden extraer estas consecuencias: 1) Son derechos, esto es, situaciones jurídicas, poderes, que tiene una persona frente a otras o frente al Estado o poderes públicos. 2) Son humanos, esto es, sólo pertenecen a la persona humana, son inherentes a la dignidad de todo ser humano, por la sola condición de tal. 3) Son fundamentales, quiere decir que son esenciales, indispensables para el desarrollo pleno de la persona. 4) Que se exigen frente a cualquier persona, pero especialmente frente al poder. La realización efectiva de los derechos humanos fundamentales, garantiza el desarrollo pleno de la persona humana y de todas las personas. Por eso, deben reconocerse a toda persona en condiciones de igualdad y no discriminación.

Pues bien, en tanto derechos individuales, pertenecientes a su titular, los derechos son áreas de acción reservadas a las personas, protegidas por el Derecho en general y por el Derecho Constitucional e Internacional de los Derechos Humanos en particular, a través de una

serie de garantías y límites, que una vez que son traspasadas, se entienden violados, razón por la que entran en operación otra serie de garantías tendientes a hacer efectivo el cumplimiento y respeto de las primeras (a estas últimas se les llama garantías de garantías). En relación con el primer grupo de garantías tenemos, por ejemplo, que para proteger la intimidad está la garantía de la inviolabilidad de domicilio y de las comunicaciones orales o escritas. Para proteger la autonomía del paciente o sujeto de atención frente a los establecimientos de salud y el personal sanitario, está el consentimiento informado. Para proteger la inocencia y el derecho de defensa de las personas, está la garantía del debido proceso. Para proteger a los usuarios de los servicios profesionales está la garantía de la titulación y de la incorporación al colegio profesional respectivo. Cuando estas garantías son violadas y se lesionan los derechos, entonces, entra en operación la garantía de la justicia (tribunales de justicia) que sienta las responsabilidades, establece las sanciones y pone a las personas nuevamente en el goce pleno de sus derechos. Por eso se dice que la justicia o control jurisdiccional es una garantía de garantías.

El lector puede percatarse que las relaciones jurídicas en sociedad suelen darse con ocasión del ejercicio de derechos, y que dependiendo de la posición jurídica que ocupe la persona en la relación, tiene un derecho o por el contrario una obligación. En el primer caso, puede exigir el cumplimiento de la garantía; en el segundo, está obligado a respetarla. Por ejemplo, si el profesional de la salud es en ese momento un paciente o sujeto de atención, le asiste la garantía del consentimiento informado. Por el contrario, si es quien atiende al paciente o sujeto de atención, tiene la obligación de respetarla. Como las personas tienen derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida, se exige (obligación) que quienes atiendan sus necesidades de salud tengan los conocimientos técnicos para ello; por esa razón, el título universitario y la licencia de colegiación son una garantía para los usuarios de los servicios de estos profesionales.

Dentro del mismo orden de ideas, como en el ejercicio profesional puedo perjudicar a otros, la imputación de responsabilidad (civil, penal, administrativa, ético disciplinaria, etc.) es una garantía para aquellas personas que resultaron lesionadas. Ahora bien, como a nadie puede sancionarse sin desvirtuar primero su estado de inocencia y sin ejercer el derecho de defensa (derechos), existe, entonces, la garantía del debido proceso. La responsabilidad ético profesional es una garantía para los usuarios frente al profesional, pero el debido proceso es una garantía de los profesionales frente a los usuarios y el poder (ente y órgano competente para aplicar la disciplina o sanción). En esa convivencia, cada derecho, según su naturaleza, tiene su alcance (área reservada a su autonomía) y sus límites (que tienen su fuente en el derecho ajeno). Los derechos no son ilimitados, pero de ninguna manera vacíos de contenido. El Estado mediante normas de orden público se encarga de regular los derechos y de hacer posible su convivencia en sociedad. Al respecto, la Sala Constitucional ha dicho: *“Los derechos fundamentales de cada persona deben coexistir con todos y cada uno de los derechos fundamentales de los demás; por lo que en aras de la convivencia se hace necesario muchas veces un recorte en el ejercicio de esos derechos y libertades, aunque sea únicamente en la medida precisa para que las otras personas los disfruten en iguales condiciones...”* (Sentencia No. 9685-01). El derecho que la Constitución tutela es el derecho igual de todos. Ahora bien, como históricamente se ha comprobado que el Estado es el principal violador, las garantías y límites operan fundamentalmente frente a los poderes públicos.

Como se mencionó, la exigencia de título universitario y de licencia profesional para el ejercicio profesional, es una garantía para los derechos de los usuarios de que ese profesional tiene los conocimientos para atender sus necesidades. Por el contrario, para quienes en ejercicio de su libertad de elección hayan cumplido con los requisitos exigidos para su formación, el título y la licencia son derechos, elementos del contenido del derecho, que les permitirá ejercer esos conocimientos (profesión).

Como en el ejercicio de la profesión (derecho subjetivo) podrían lesionar a terceros, entonces, surge la potestad disciplinaria (en este caso ético profesional) como un límite al ejercicio de la profesión y como una garantía para los posibles perjudicados. El título habilitante para la creación y aplicación de la potestad disciplinaria es el posible daño a terceros. La potestad disciplinaria es una garantía que hace efectivas, a su vez, las garantías establecidas a favor de los usuarios; pero también, que hace cumplir algunos de los límites, obligaciones y prohibiciones que tiene el profesional frente a ellos. La potestad ético profesional no pone a los perjudicados en el pleno goce de sus derechos (no repara, esto corresponde a los tribunales de justicia), solo sanciona al profesional por no ajustarse a los principios éticos, a las reglas técnicas y a las normas jurídicas relacionadas con el ejercicio de su profesión.

Los derechos humanos son históricos, esto es que en cada época o momento histórico se concretan o reconocen unos derechos, como exigencias de la dignidad humana, esenciales para el desarrollo pleno de cada persona. Esas exigencias de la dignidad son tanto el reconocimiento de su libertad (de expresión, pensamiento, culto, elección y ejercicio profesional, asociación, etc.), como la satisfacción de una necesidad (educación, salud, etc.). Ahora bien, no surgió la garantía del consentimiento informado sino hasta que los profesionales de la salud y los gobiernos atentaron contra la autonomía de los pacientes, en especial, aunque no exclusivamente, durante la segunda guerra mundial; no surgió el derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado hasta que la gente vio el peligro para su salud y vida de un ambiente contaminado y en franco deterioro; no surgió el derecho a la salud, sino hasta que existieron unos medios (financieros, tecnológicos, organizativos, científicos) idóneos para garantizarlo a toda persona; no surgieron el derecho a la libre elección y ejercicio profesional, entendidos como profesiones tituladas, sino hasta que se evidenció el avance de la ciencia, la necesaria sistematización del conocimiento, se pusieron de manifiesto los riesgos del uso de ese conocimiento en relación con terceros

y los límites e impedimentos del gremialismo exacerbado y de los poderes públicos. Los derechos humanos han venido apareciendo de forma progresiva (principio de progresividad de los derechos), especialmente en las últimas dos centurias, y responden a las exigencias de la dignidad humana en cada momento histórico, frente a las posibles amenazas que en cada momento aparecen.

Ahora bien, no todos los derechos humanos son universales, pero sí fundamentales para el desarrollo pleno de esa persona y se reclaman como exigencias de la dignidad humana, aunque sea para un grupo concreto. Así por ejemplo, los derechos de las personas situadas en circunstancias concretas de inferioridad o desigualdad contraria a la dignidad humana, como sería el caso de niños, mujeres, aborígenes, enfermos mentales, privados de libertad, personas con discapacidad, adultos mayores, pobres, entre otros, son derechos fundamentales específicos, que solo corresponden a esas personas por su situación particular; pero se explican de la misma manera que los generales como exigencias de la dignidad humana de ese particular grupo, en ese momento histórico, a fin de que vivan en las mismas condiciones dignas que viven otros. Son fundamentales, porque sin ellos no se alcanza el desarrollo pleno de esas personas.

En ese sentido, los derechos a la libre elección y ejercicio profesional, entendidos éstos como profesiones tituladas (universitarias), no son derechos universales, no corresponden a todo ser humano por su sola condición de tal, sin perjuicio de que “todos” tengan la posibilidad (se sabe que en la práctica esto tampoco es así) de colocarse en la posición fáctica y jurídica para gozar del derecho. Además de la condición de ser humano, para elegir profesión se requiere que la persona haya concluido estudios secundarios (bachillerato), porque estos se exigen como requisito para ingresar a alguna carrera universitaria. Para ejercer el derecho al libre ejercicio profesional se requiere que la persona cuente con un título universitario suficiente y reconocido, que revele sus conocimientos en esa rama científica. El derecho ingresa efectivamente

al patrimonio jurídico de la persona cuando se encuentra en una posición fáctica y jurídica determinada, sin perjuicio que por su vocación, desde que ingrese a la escuela, ya tenga claro su elección y vocación. Sin embargo, violar este derecho impediría el desarrollo pleno de su titular, porque se le podría estar truncando su vocación, su proyecto de vida y la forma como ella o él piensa aportar a la comunidad.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA LIBERTAD DE ELECCIÓN Y EJERCICIO PROFESIONAL A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL TRABAJO

Nuestra Carta Magna reconoce el derecho constitucional al trabajo: *“El trabajo es un derecho del individuo...”* (Art. 56 CP). Dentro de éste, como parte de su contenido esencial, está el derecho de toda persona a elegir libremente su trabajo u ocupación, sin injerencias estatales: *“El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo”* (art. 56 CP). El derecho constitucional a la libre elección de trabajo supone la libertad de toda persona a escoger el oficio u ocupación y a profesionalizarse libremente en ella. El oficio u ocupación puede ser cualquiera de las actividades humanas. El derecho tutela, eso sí, solo los oficios u ocupaciones lícitos (están prohibidas aquellas actividades cuyo propósito manifiesto es perjudicar a otros, delinquir por ejemplo). La profesionalización viene dada por el ejercicio habitual de esa actividad humana, oficio u ocupación, o bien, por el aprendizaje teórico práctico de la misma, cuando ella es muy compleja. La profesión equivale a que una persona es poseedora de una serie de conocimientos y habilidades adquiridas y necesarias para la ejecución de aquellas tareas que el oficio supone. En virtud de lo anterior, es un profesional tanto el albañil o el carpintero que tiene los conocimientos y destrezas específicos de su oficio, como el médico, la enfermera o el abogado, que tiene que demostrar también que los tiene en su respectivo campo. En este sentido, el término derecho constitucional a la libre elección de trabajo es equivalente al de derecho constitucional a la libre elección de profesión y oficio.

Sin embargo, cuando aquí se menciona el derecho a la libre elección profesional y al libre ejercicio profesional, no se refiere al concepto de profesión u oficio en sentido amplio, sino a aquellas profesiones que requieren para su ejercicio de una titulación universitaria, es decir, de aquellas para las cuales no basta la experiencia o ejercicio habitual de las tareas propias del oficio, sino que además requieren previamente de la adquisición de unos conocimientos teórico prácticos, complejos, dado el avance del conocimiento científico; y cuyo ejercicio requiere de una especial atención del Estado, por los posibles daños a terceros que su práctica implica. En consecuencia, los derechos fundamentales a la libre elección y ejercicio profesional, aunque con identidad propia y con un régimen jurídico específico, sin perjuicio del tronco común que los une, se encuentran incluidos en el derecho constitucional al trabajo y a la libre elección de trabajo reconocidos en el artículo 56 de nuestra Constitución.

Como consta, hay profesiones tituladas y no tituladas; sin embargo, las profesiones que el legislador está sometiendo a regulación y control mediante colegios profesionales y otras disposiciones, son las profesiones tituladas, es decir, aquellas que requieren para su ejercicio, en primer lugar, un título universitario (grado o postgrado); y en segundo lugar, la incorporación a un Colegio Profesional.

No obstante, aunque los derechos fundamentales a la libre elección y ejercicio profesional tienen un régimen jurídico específico, se les aplica el régimen jurídico propio del derecho más amplio, al cual también pertenece: el derecho constitucional al trabajo. En consecuencia, resulta importante referirnos al contenido esencial, garantías y límites que rigen el derecho constitucional al trabajo, a fin de que sirva de marco para lo que más adelante se dirá en relación con la libertad de elección profesional y el libre ejercicio profesional.

Pues bien, se entiende que forman parte del contenido esencial del derecho al trabajo, tanto de su faz individual como colectiva, los siguientes aspectos:

- 1) La libertad de toda persona para escoger y elegir entre la multitud de ocupaciones lícitas la que más le convenga.
- 2) El objeto de la elección (la actividad, ocupación u oficio) debe recaer sobre las actividades lícitas, quedando excluido de la protección constitucional el ejercicio de actividades prohibidas por el Derecho.
- 3) La idea de libertad supone que el trabajo es voluntario. Estamos frente a un derecho y nunca frente a una obligación jurídica que el Estado pueda imponer y exigir (cuando el artículo 56 CP establece que es “una obligación con la sociedad”, se refiere a una obligación ética o moral), sin perjuicio de las obligaciones concretas de trabajo, que se deriven de las contrataciones (laborales o civiles) que contraiga la persona en ejercicio de dicha libertad y de la libertad contractual que también posee.
- 4) El derecho de acceso al empleo, aprovechando las oportunidades en condiciones de libertad, igualdad y equidad (si reúne los requisitos para ello).²
- 5) Dentro de las facultades de defensa inherentes al contenido esencial, sin perjuicio que se traten también de derechos independientes y complementarios, está el derecho a sindicalizarse (libertad para ingresar o retirarse de los sindicatos); derecho a agremiarse, asociarse o formar sindicatos (Art. 60 CP y Convenio 87 OIT).
- 6) Derecho a la huelga (Art. 61 CP), con las limitaciones que la Constitución establece.
- 7) Derecho a regular (cuando se encuentran legalmente organizados) conjuntamente con los patronos las relaciones de trabajo, mediante convenciones colectivas (Art. 62 CP).

2. “En su dimensión individual se concreta en el derecho a tener acceso a un determinado puesto, si se cumplen los requisitos necesarios que se exigen para la clase de labor que se pretende desempeñar. Desde el punto de vista individual, todas las personas que satisfagan requisitos para desempeñar una determinada labor, tendrán derecho a ser tomados en cuenta sin ningún tipo de discriminación, que por su naturaleza resulte inconstitucional”. Sentencia de la Sala Constitucional N° 2633-91.

Forman también parte del contenido esencial una serie de garantías, que vienen a definir el área reservada a su ejercicio y a hacer posible la satisfacción de los valores o bienes jurídicos inherentes al derecho (libertad, dignidad), así como a garantizar las facultades que tiene el trabajador en su ejercicio. Estas disposiciones aparecen como garantías a favor del trabajador, pero como obligaciones y límites en relación con el Estado y los empleadores. Entre ellas están la garantía de una remuneración mínima que cumpla con las exigencias de dignidad (Art. 57 CP); el principio de garantía de a igual trabajo igual salario, en idénticas condiciones de eficiencia (Art. 57 CP). La garantía de la limitación de la jornada -ordinaria: diurna y nocturna y extraordinaria- (Art. 58 CP); la garantía del descanso (Art. 59 CP); la garantía de una indemnización (cesantía) cuando el despido es imputable al trabajador (Art. 63); entre otras. Todas ellas son garantías a favor del trabajador, exigibles directamente desde la Constitución, sin perjuicio de la legislación que las desarrolle; que operan antes, durante y con posterioridad a la relación laboral (según el caso).

Todas estas garantías van orientadas a la protección de la dignidad humana involucrada en la actividad laboral, no dejando a la persona que ejerce su libertad de trabajo, al arbitrio de las fuerzas del mercado, sometido a intereses egoístas y económicos (lucro); sino que, una vez escogida su ocupación o profesión, se tutela el interés económico del trabajador (remuneración), su salud (higiene, seguridad y salud ocupacional, vacaciones, vacaciones profilácticas -cuando proceden- límites a la jornada laboral ordinaria y extraordinaria, descanso); la igualdad (de oportunidades, de salario) y la libertad (imposibilidad de imponer un trabajo u ocupación).

Ese contenido le pone unos límites al Estado y en general a los empleadores, sean públicos o privados. El primero de ellos es la imposibilidad para incidir en la esfera autónoma del sujeto, en la libre escogencia de actividad u ocupación; o bien, en la imposición de alguna ocupación, más allá de los límites razonables permitidos

por las facultades de dirección de la empresa o Institución, de conformidad con el Derecho. Le impone también la prohibición o límite de convertir el trabajo en simple mercancía; y la de establecer condiciones de trabajo que atenten contra la salud, la seguridad o el bienestar del trabajador (Art. 56 y 66 CP). Le impone la obligación de observar las garantías que hacen posible no solo la libertad inherente en él, sino también la dignidad correlativa. Finalmente, cabe advertir que la Constitución no garantiza a nadie un trabajo que pudiera exigirse frente al Estado (Art. 56 CP).

III. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBRE ELECCIÓN PROFESIONAL

Según la jurisprudencia constitucional española, el contenido esencial viene definido por el conjunto de facultades o posibilidades de actuación que tiene el titular del derecho (Sentencia del Tribunal Constitucional español del 08 de abril de 1981). El titular mediante el ejercicio de esas facultades tiende a la satisfacción del bien jurídico inherente al derecho, y las ejerce dentro de las posibilidades de actuación que se desprende de la estructura del derecho y del régimen jurídico acorde con esa estructura.

Por consiguiente, el contenido esencial de esta libertad de elección profesional estaría compuesto al menos por los siguientes elementos:

- a) Por un *bien jurídico*, que es, como su nombre lo indica, la libertad de elección de la profesión según sus intereses.
- b) Por un *conjunto de facultades*, tendientes a hacer realidad o satisfacer aquel bien jurídico, donde se encuentran al menos las siguientes: a) la facultad para escoger la carrera universitaria, en el área de su vocación o convicción; b) la facultad o libertad para cambiar de carrera; c) la facultad o libertad para obtener una formación multidisciplinaria (varias profesiones); d) facultad para optar o derecho al título, una vez que ha cumplido con los requisitos que él supone; e) facultad para decidir si ejerce o no la profesión; f) en el caso que tenga varias y quiera ejercerlas,

si ejerce todas o solo una o algunas de ellas. Las posibilidades de ejercicio profesional posiblemente estén condicionadas también por las oportunidades en el mercado laboral. Estos dos últimos elementos del contenido esencial del derecho los comparte, dada su conexidad, con el derecho al libre ejercicio profesional.

- c) También forma parte del contenido esencial aquel *espacio jurídico* o espacio reservado por el Ordenamiento, que conforme con la naturaleza y estructura del derecho y mediante diversas garantías y límites queda fuera de la acción del poder. En ese sentido, como ya nos consta a propósito del análisis del derecho constitucional al trabajo, el límite que encuentra es que la actividad o profesión sea lícita. Sin embargo, como en este derecho específico se parte de que escoge entre profesiones universitarias que previamente han sido reconocidas y autorizadas por los poderes públicos, aquel límite no aparece, siendo entonces ilimitada la elección (puede elegir dentro del abanico de opciones). Por esa razón, la doctrina española ha dicho que la libre elección profesional carece de límites jurídicos, salvo los que provienen de la realidad misma (fácticos): *“Mientras el ejercicio puede limitarse, como ahora veremos, la elección no puede someterse a otra restricción que la fuerza impediendo de la realidad o si se prefiere, a razones de estricta organización... la elección se entiende que forma parte del libre desenvolvimiento humano, del desarrollo vocacional de la personalidad y, por lo tanto, no puede ser sometida a trabas. Ni siquiera alegando saturación profesional, pues ello equivaldría a negar la concurrencia libre y a sepultar las expectativas de los mejores por venir ante los peores ya establecidos... El contenido esencial garantizado constitucionalmente debe buscarse en el puro acto de elección libre de la dedicación profesional. Contenido que entendemos, es prácticamente inmune a cualquier intervencionismo público que intente dirigir la voluntad de los interesados, aduciendo incluso intereses generales frente*

a las vocaciones privadas” (Tolivar, 1991, p.1350).

El contenido esencial del derecho cumple una función limitadora, impidiendo que los poderes públicos impongan a los individuos carreras, ya sea de manera directa o indirecta. Una forma solapada o indirecta de limitar e impedir el ejercicio del derecho a la libre elección profesional, sería poniendo obstáculos irrazonables, insalvables para el ejercicio de la profesión elegida. Al respecto, el Tribunal Constitucional Alemán ha sostenido:

“La elección y el ejercicio de una profesión no se pueden separar en el tiempo, sino que constituyen el complejo unitario “actividad profesional”... El derecho a elegir una profesión no tendría sentido si luego no se pudiese ejercitar la profesión elegida” (Stein, 1971, p. 177).

En consecuencia, este derecho se viola cuando: se prohíbe elegir, se impone una formación determinada o cuando, habiendo elegido libremente la profesión de su vocación, se le impide ejercer los conocimientos adquiridos, ya sea de manera implícita o expresa.

Violación del derecho al desarrollo de la personalidad por medio de la violación del derecho a la libre elección profesional

De configurarse los hechos anteriores, no solo se violaría el derecho a la libre elección profesional, sino que con él también el derecho fundamental al desarrollo de la personalidad, al que esta libertad se encuentra estrechamente ligada. En efecto, la finalidad de la economía consiste, en último término, en la cobertura general de las necesidades humanas. La libertad de elección de trabajo entraña la garantía de la posibilidad fáctica de desarrollar al máximo las facultades personales, colaborando en la cobertura de las necesidades generales de la sociedad. En esta libertad-deber (art. 56 CP) está encerrado el desarrollo de nuestra personalidad por medio del trabajo, a través del cual hemos decidido aportar a la sociedad en su conjunto. Por esa razón, una violación del derecho a la libre elección

de profesión, implica una violación directa del derecho al desarrollo de la personalidad y, de forma directa o indirecta, constituye también una violación del derecho al libre ejercicio profesional.

IV. EL DERECHO AL EJERCICIO PROFESIONAL

Según se describió, este derecho se encuentra reconocido de manera implícita en el derecho constitucional al trabajo y por ende, en el artículo 56 constitucional. El contenido básico del derecho constitucional al libre ejercicio profesional consiste en aquella parte del derecho que se encuentra protegida por la Constitución (reserva constitucional), por tanto, fuera de la acción limitadora o restrictiva del legislador ordinario (fuera de la reserva de ley), que le otorga identidad al derecho y que viene definida por los principios de dignidad humana y autonomía individual, y protegida, en sentido amplio, por el principio de inviolabilidad de la persona.

Como se dijo anteriormente, a propósito del derecho a la libre elección de profesión, el contenido esencial está constituido por tres elementos: el bien jurídico tutelado por el derecho, las facultades que le son inherentes para la realización efectiva del valor o bien jurídico y un espacio jurídicamente protegido por el derecho para el ejercicio de estas facultades y la realización de aquel valor.

a) Sobre el bien jurídico protegido. El bien jurídico contenido del derecho es la libertad sobre el ejercicio o no de los conocimientos científicos adquiridos y acreditados mediante un título universitario reconocido. Los conocimientos intelectuales, sin perjuicio de procedimientos o prácticas de orden material (propias de toda clase de trabajo humano), son el contenido de la profesión en sí; pero el contenido del derecho fundamental al ejercicio profesional, empieza por el valor, esto es, la libertad de aquel individuo que ha alcanzado esos conocimientos para decidir de forma autónoma si los ejerce o no.

b) Conjunto de facultades para la satisfacción del bien jurídico protegido. En sentido amplio, las facultades del contenido esencial del derecho se pueden clasificar en facultades de elección, de conservación, de disposición y de defensa. Forman parte del contenido esencial del derecho al ejercicio de la profesión los siguientes aspectos (incluye por su conexidad facultades del derecho a la libre elección de profesión y oficio):

1. *La libre elección de profesión*, según su propia vocación, dentro de la esfera del libre desarrollo de la personalidad.
2. *El acceso a la formación (universitaria)* dentro de los parámetros y requisitos exigibles, siempre claro, que sean razonables, proporcionales y en condiciones de igualdad.
3. *El derecho al acceso o incorporación al Colegio Profesional* cuando éste es prescriptivo, exigible, obligatorio.
4. *Al trato igualitario tanto en el ingreso como en el ejercicio* de los deberes y derechos propios de la condición de miembro del Colegio profesional.
5. *La libertad para cambiar de profesión.*
6. *Libertad para decidir a cual profesión se dedica.* Esto cuando la persona tiene una formación multidisciplinaria.
7. *Derecho a la promoción profesional.*
8. *Los derechos económicos derivados del ejercicio de la profesión.*
9. *La interdicción de todo intervencionismo irrazonable* (solo es válido aquel que tienda a la protección de terceros) en el ejercicio profesional.
10. *El derecho a ofrecer y prestar sus servicios en cualquier parte del territorio nacional*, lo que implica, obviamente, una conexión de este derecho con el de libre circulación y residencia reconocido por la Constitución (Art. 22 CP).
11. *El derecho a escoger el área o áreas dentro de la propia profesión a las que dedicará su actividad* (docencia, investigación, actividad técnica directa, especialidad, consultoría, asesoría, etcétera).

- c) Espacio jurídico de protección. El espacio jurídico o área protegida, viene determinada por los límites que se le fijan al derecho. Un derecho es más susceptible de limitación que otro, según los mayores riesgos que su ejercicio entraña para los demás, o según la mayor conflictividad con el ejercicio de otros derechos de igual rango. Así, por ejemplo, el derecho al ejercicio profesional tiene mayores restricciones y limitaciones que el de libre elección de profesión y oficio; porque con el ejercicio de este último a nadie se le causa daño alguno, mientras que en el ejercicio de aquellos conocimientos se podría lesionar la integridad física, mental, moral (en el caso de profesiones como la psicología, la medicina, la enfermería, etc.), los derechos, intereses de cualquier orden de las personas. Asimismo, mientras que la libertad de elección no entra en conflicto con prácticamente ningún otro derecho ajeno, el de libre ejercicio profesional entra en conflicto (según el tipo de profesión) con el de los usuarios de esos servicios, tales como el derecho a la intimidad y autonomía personal, el derecho a la información y las comunicaciones, el derecho a la propiedad y libertad personales, el derecho a la integridad física, la salud y la vida, etc. Por esa razón, las limitaciones son mayores.

En ese sentido, se encuentran límites como la exigencia de título universitario debidamente reconocido; la exigencia de la licencia profesional y la colegiación obligatoria; el sometimiento a un código de moral profesional y a la potestad disciplinaria que lo hace eficaz. Las limitaciones (internas) derivadas de su competencia técnica. Así, como las responsabilidades penales, administrativas, civiles y ético disciplinarias que procedieren en caso de lesionar con su conducta a las personas o derechos de terceros involucrados. Estos límites se regulan en normas de orden público, indisponibles por las partes. Como se dijo, estos límites definen el área reservada o espacio jurídico legítimo para el ejercicio de las facultades que el derecho supone.

Acción limitadora del contenido esencial del derecho

El contenido esencial surge como una garantía del derecho y como un límite a la acción de los poderes públicos. En ese sentido, como lo afirma la doctrina jurídica, la primera acción limitadora del contenido esencial del derecho al ejercicio profesional es la imposibilidad del Estado para obligar al individuo a su ejercicio: *“Su faceta de derecho de libertad se manifiesta en la imposibilidad de que el Estado pueda obligar a un individuo a ejercer una determinada profesión y, en consonancia con ello, en la imposibilidad de que el deber de trabajar que tienen todos... se interprete como una habilitación al Estado para establecer la citada obligación”* (Bastida, 1995, p. 4059).

Garantías del derecho

Entre las garantías sustanciales que tienden a proteger los derechos fundamentales y su ejercicio contra las potestades limitadoras del Estado se encuentran: 1) el contenido esencial del derecho, que opera como una garantía absoluta, que debe ser respetada enteramente por el Estado, en ejercicio de la potestad legislativa, 2) los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que exigen que la restricción sea necesaria (no meramente útil), idónea para alcanzar el fin que la limitación o restricción tutela, proporcional, esto es, que el interés público que se tutele tenga relevancia jurídica suficiente como para limitar el derecho y su ejercicio y, finalmente, 3) el principio de igualdad de trato y no discriminación, que exige que las restricciones impuestas no estén orientadas a impedir el ejercicio del derecho a algunas personas o grupos y no a todos los que se encuentran en igualdad de condiciones o circunstancias.

Entre las garantías formales de los derechos fundamentales se encuentran la reserva constitucional y la reserva de ley. La reserva constitucional es aquella área o espacio jurídico de acción del derecho que está reservada por la Constitución al poder constituyente (ya sea originario o derivado), fuera del legislador

ordinario. Esa reserva constitucional opera a favor del contenido esencial del derecho, en la medida que está fuera de la acción de la ley. Los alcances de la reserva de ley vienen determinados por la propia Constitución. La reserva de ley delimita el ámbito del derecho que queda sometido a la legislación ordinaria y se constituye en límite de la potestad reglamentaria de la administración. En consecuencia, si bien la reserva constitucional opera como límite de la potestad legislativa, la reserva de ley opera como límite de la potestad reglamentaria y de la acción administrativa limitadora de derechos.

Finalmente, en relación con el ejercicio de la profesión colegiada, también existen las autoregulaciones, esto es, aquellas que vienen a regular la forma en que, desde la perspectiva ética, debe ejercerse la profesión. La garantía aquí la constituye el principio democrático y el principio de legalidad, dado que esas regulaciones o códigos de ética deben ser aprobados por la respectivas asamblea generales del Colegio, sin perjuicio que de conformidad con su Ley Orgánica requieran luego de la aprobación del Poder Ejecutivo. Estos códigos constituyen una autoimposición de reglas de conducta, cuya violación acarrearán una serie de sanciones que pueden llegar hasta la suspensión de la licencia respectiva, con la consecuente afectación de la actividad laboral y productiva. Mediante estos códigos se tutelan valores esenciales de la profesión, que le dan identidad y que se fundan en la primacía del usuario de los servicios profesionales y sólo en segundo lugar en el interés gremial.

Algunas competencias limitadoras del Estado

La libertad de ejercicio profesional puede limitarse cuando haya motivos racionales para considerar que la profesión ha de ejercitarse en interés del bien común (neutralizar la publicidad de la competencia técnica, los honorarios profesionales, la jornada de trabajo, etc.). El ejercicio puede limitarse por razones subjetivas: que el sujeto que la va a ejercer cuente con la preparación adecuada, se encuentre bien de estado mental, la edad, la honorabilidad, se

fundan en la protección de bienes jurídicos de la comunidad de especial importancia. Luego se puede limitar por razones objetivas, necesidad de una licencia profesional, etcétera.

La colegiación obligatoria aparece como una restricción al derecho al trabajo y a la libertad de ejercicio profesional. Esa limitación y cualquier otra, como la de determinar cuáles deben ser las profesiones tituladas y cuáles requieren de colegiación obligatoria, como ya se dijo, solo pueden ser por ley. *“La libertad de trabajar, en todo caso, como todas las libertades públicas puede ser objeto de restricciones sólo en virtud de ley...en particular, en cuanto a las profesiones liberales, la Constitución establece la posibilidad de que la Ley pueda exigir determinados títulos y establecer la colegiación obligatoria...”* (Brewer, 1996, p. 196).

En general, el Estado, en ejercicio de las potestades derivadas del artículo 28, párrafo segundo de la Constitución y siempre mediante ley formal, tiene las siguientes facultades:

- 1) El Estado posee competencia exclusiva para regular las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales.
- 2) La creación de Colegios Profesionales no es un acto libre e ilimitado, sino que se requiere la voluntad jurídico pública. El legislador define cuáles son las profesiones susceptibles de colegiación y necesariamente tienen que ser estructuradas como corporaciones democráticas. Sometidas, en tanto ejerzan actos administrativos, al Derecho Administrativo y al control jurisdiccional contencioso administrativo.
- 3) El Estado define el régimen jurídico al que somete los Colegios Profesionales; aunque, en realidad, su régimen jurídico se deriva de la naturaleza de los intereses en juego, que a la vez determinan el tipo de entidad u organización (democrática, por ejemplo). Asimismo, el régimen viene determinado, en segundo lugar, por la fuente de los recursos

-cuotas de los propios profesionales- (de allí que no se somete al régimen de contratación administrativa o de empleo público).

- 4) Corresponde al Estado definir las políticas y firmar los instrumentos internacionales para el reconocimiento mutuo de títulos. Quedando exigido a garantizar a los extranjeros el ejercicio profesional, en condiciones de igualdad, en todo el territorio nacional, una vez que ha cumplido para ello con la legislación nacional (migratoria y profesional).
- 5) Los Colegios Profesionales se justifican por el principio de defensa de la colectividad frente al ejercicio de la profesión a la que se refieren (y no a la inversa). Son profesiones tituladas con incidencia en el ámbito vital de la colectividad /asistencia jurídica, asistencia médica, seguridad en las construcciones, etc).

En definitiva, hay profesiones cuya colegiación obligatoria es necesaria por razones de interés público y de bien común, siendo que sin la respectiva licencia el profesional no puede ejercer los conocimientos, porque incurriría en ejercicio ilegal de la profesión.³ La colegiación obligatoria nunca debe imponerse por razones meramente gremiales (protección de un gremio).

El bien jurídico a proteger es fundamentalmente la seguridad de los usuarios ante conductas profesionales carentes de las exigencias técnicas, éticas y jurídicas que las rigen.

V. EL COLEGIO PROFESIONAL. CONTROL PREVENTIVO Y REPRESIVO DEL EJERCICIO PROFESIONAL DE ENFERMERÍA.

En ejercicio de la potestad que el artículo 28 constitucional le otorga a la Asamblea Legislativa, ésta crea y delega en los colegios profesionales la verificación y control de la conformidad técnica y jurídica para el ejercicio profesional. En este sentido, el Colegio de Enfermeras de Costa Rica revisa (control) que los graduados universitarios de la carrera de enfermería cumplan con los requisitos indispensables para el ejercicio de la profesión. Se trata de una potestad pública, que tiene como finalidad la protección de las personas usuarias de los servicios de ese nuevo profesional. Por esa razón, la licencia es un acto de control, mediante el cual se autoriza al solicitante a ejercer su profesión u oficio. La licencia acredita al portador como una persona técnica, física y mentalmente preparada para el ejercicio de sus conocimientos profesionales. Ahora Bien, ¿qué es un colegio profesional? y ¿qué es una licencia?.

3. A) La Ley 2343 establece en el artículo 27 el ejercicio ilegal de la profesión: "Cualquier persona que en Costa Rica practique u ofrezca sus servicios en enfermería por una retribución o provecho personal, debe probar con su respectiva licencia que está capacitada o autorizada para hacerlo. A partir de la vigencia de esta Ley, se considerará ilegal la práctica de la Enfermería y el uso del título de "Enfermera Graduada" o la de cualquier insignia que la identifique como tal, si no hubiere cumplido con este requisito". B) La Ley General de Salud, de 30 de octubre de 1973, publicada en la Gaceta No. 222, Alcance No. 172, de 24 de noviembre de 1973 y sus reformas, establece en el artículo 370: "Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que de conformidad con esta ley, ejerciere ilegalmente la medicina, la odontología, la farmacia, la veterinaria, la microbiología-química clínica, la enfermería u otras profesiones o actividades afines o de colaboración, aunque lo hiciere a título gratuito. Igual pena sufrirá el que estando o no legalmente autorizado para el ejercicio de las profesiones anteriormente citadas, anunciare o permitiere la curación de enfermedades, a término fijo, por medios secretos o supuestamente infalibles, así como el que prestare su nombre a otro que no tuviere título o la autorización correspondiente, para que ejerza las profesiones señaladas, aunque lo hiciere a título gratuito". C) El ejercicio ilegal es un tipo penal conforme con la Constitución según la Jurisprudencia de la Sala Constitucional. "El artículo 313 del Código Penal al establecer la obligación legal de estar habilitado para ejercer ciertas profesiones que así lo determinan, considera esta Sala que no impide, en modo alguno, el ejercicio del derecho al trabajo y a la libre elección de este que tiene todo individuo, sino que lo que se impone es una sanción penal al quebranto de su regulación, con el propósito de establecer una condición razonable para su ejercicio, pues conforme lo dicho, se exige una habilitación especial por parte del Estado para el ejercicio de ciertas profesiones -como es el caso de la abogacía, la medicina, entre otras-, a fin de proteger al ciudadano, de manera que la persona que no posee en el momento del hecho histórico, la autorización estatal originada en una corporación profesional, infringe la Ley Penal al incurrir en el ejercicio ilegal, dado que la profesión se encuentra reservada para sus agremiados, por el interés público inmerso en ello, que establece el ordenamiento jurídico". (Sentencia de la Sala Constitucional No. 3515-96 y 790-94, 789-94). D) La Ley 2343, artículo 11, inciso i), faculta al Colegio, por medio de la Fiscalía, para interponer la denuncia respectiva, cuando a propósito del ejercicio de sus competencias, detecte estas irregularidades: "Acusar ante los Tribunales quienes sin derecho ejerzan la profesión...". El Colegio no tiene potestades disciplinarias respecto de personas que ejerzan ilegalmente la enfermería, dado que dicho ejercicio supone que quien incurre en él, no cuenta con la licencia respectiva, en consecuencia, la persona no se encuentra incorporada (esto se denomina, límite del ámbito subjetivo de la potestad disciplinaria del Colegio).

¿Qué es un colegio profesional?

“En nuestra Constitución se establece una evidente correlación entre profesiones tituladas y colegios profesionales, siendo ésta una posible forma de organización de las profesiones tituladas. A diferencia de lo que ocurre con las asociaciones, el legislador presta respaldo institucional a los colegios profesionales, considerándolos entes de Derecho Público que integran obligatoriamente a personas de intereses comunes a cambio de encomendarles algunas funciones de especial interés o trascendencia pública” (Gay, 1991, p. 397).

En efecto, es pacífica la doctrina en sostener que los colegios profesionales son entes públicos no estatales de base corporativa (asociativa o de comunidad de personas).⁴ Siguiendo este orden de ideas, en Costa Rica, Eduardo Ortiz expresaba:

“La corporación es un ente cuya dirección suprema está en una comunidad o asamblea general de personas, unidas por la pertenencia a una profesión común o por la participación en un interés común (aunque no sea profesional). Dichas personas están obligadas a pertenecer a esa entidad para ejercer la profesión o satisfacer el interés común. La Asamblea de socios actúa en forma extraordinaria y periódica, con potestad para conocer de oficio o por recurso de todos los asuntos de política y administración de la entidad. Puede decirse, desde este ángulo, que el interés de esta última coincide con la voluntad que la dirige, dado que ambos radican en los socios que integran la Asamblea. La dirección subordinada y la administración están, en cambio, en un órgano ordinario y de funcionamiento continuo, llamado Junta Directiva, que puede a su vez servirse de otros ejecutivos para llevar a cabo su misión (Presidente o Gerente). El aspecto saliente de

la corporación es que, por la coincidencia entre interés y voluntad, no sólo el gobierno sino también la administración del ente es representativa y democrática, con normal contraposición frente al interés del Estado. Este reputa a la corporación como un centro autónomo de acción, que funciona principalmente en beneficio de un grupo y al que debe garantizar normalmente un radio de libertad mayor que a los otros tipos de entes públicos (institucionales). Ello no obstante, se sirve de dichas corporaciones para sentar en las mismas el centro de regulación y vigilancia de la actividad de sus miembros que están siempre sometidos a los actos (administrativos) de policía de la profesión u ocupación, así como disciplinarios, que dichas corporaciones realizan. Es el caso de todos nuestros colegios profesionales. Su relativa independencia frente al Estado, por razón del interés autónomo que persiguen, no los priva de su carácter de entes públicos, lo que son al mismo tiempo, pues están investidos -como se vio- de importantes potestades públicas de regulación y de policía de la actividad profesional” (Ortiz, 1998, p. 359-360).

De la cita transcrita conviene resaltar lo siguiente:

- 1) Los colegios profesionales son entes corporativos, esto es, que tienen en su base una comunidad de personas, con unos intereses comunes que el Estado considera jurídicamente relevantes, y les otorga, en virtud de ello, personalidad jurídica para que actúen en el mundo jurídico.
- 2) Esa comunidad de personas constituyen el órgano supremo del Colegio: la Asamblea General, órgano democrático por excelencia y cuya voluntad democrática gobierna al ente.

4. “Para que un ente sea corporativo se requiere que presente determinadas características. Si dichas características no se presentan, no puede afirmarse la existencia de una corporación. El elemento fundamental es la naturaleza asociativa: la corporación es una personificación de un conjunto de personas que ostentan la calidad de miembros de la corporación y no sólo de gestores. La corporación es un ente representativo: el fin de la corporación es un interés común de los miembros; es decir, no es ajeno a las personas que gestionan la organización. Todo ello se expresa en la forma de organización. Esta entraña diversos órganos fundamentales de dirección y conducción del ente, en los cuales los miembros contribuyen a formar la voluntad del ente. A la tradicional junta directiva y jerarca unipersonal se une una asamblea representativa de los diversos intereses que agrupa y defiende la corporación y que está llamada a dirigirla en la consecución del fin público que justifica la personalidad pública”. *Procuraduría General de la República, OJ-001-2001 de 3 de enero de 2001.*

- 3) Todos los colegiados tienen derecho a participar en ella y a formar su voluntad.
- 4) Los órganos directivos y de control (tribunales) del Colegio, tienen legitimación democrática, en virtud de que sus integrantes son nombrados por la asamblea general y subordinan sus actuaciones a la voluntad de la Asamblea General y del ordenamiento jurídico aplicable.
- 5) Como todos los colegiados forman parte del ente corporativo y de la asamblea general, todos tienen derecho a elegir y ser electos a los cargos propios del ente, en representación de los intereses de la mayoría de colegiados.
- 6) Es una comunidad donde todos tienen iguales deberes y derechos, sin distinción alguna, porque lo que determina su pertenencia y su participación es la incorporación, una vez cumplidos los requisitos legales y reglamentarios establecidos, sin que exista ningún otro criterio objetivo de diferenciación, como los grados académicos, el sexo, la edad, la raza, la nacionalidad o cualquier otro, salvo, tal vez, y como requisito de experiencia, la exigencia para ciertos cargos de un cierto número de años de estar colegiado, criterio que a todas luces parece objetivo y razonable en relación con su finalidad.

En idéntico sentido, la Sala Constitucional en su jurisprudencia ha señalado “... *los colegios profesionales como ha quedado dicho, sean corporaciones de Derecho Público, porque en ellos se cumplen las notas esenciales que ha desarrollado la doctrina del Derecho Público costarricense: a) la existencia de un grupo integrado por miembros calificados como tales a partir de una cualidad personal distintiva, que otorga derecho subjetivo de pertenecer al grupo y que conlleva, además, un estatus especial, incluyente de deberes y derechos que escapan total o parcialmente a quienes no lo tienen, ni integran por ello mismo el grupo; b) la erección del grupo en un ente jurídico (con personalidad),*

exponente de los intereses del grupo y llamado a satisfacerlos, cuya organización está compuesta por dos órganos de función y naturaleza diversas: una asamblea general o reunión del grupo, que es el órgano supremo de la entidad, de funcionamiento periódico o extraordinario, que tiene por cometido resolver en última instancia todos los asuntos encargados al ente y dictar sus decisiones (programas, presupuestos, normas, etc) y un cuerpo colegiado, llamado consejo o junta directiva, que dentro del marco del ordenamiento y de las decisiones y reglas dictadas por la asamblea general, a la que está subordinado, gobierna y administra los intereses del grupo en forma continua y permanente; c) el origen electoral y el carácter representativo del colegio gobernante, en relación con el grupo de base. La junta directiva o consejo administrativo ordinario son electos por la asamblea general y representan su voluntad” (Sentencia de la Sala Constitucional No. 5483-95 del 6 de octubre de 1995. En similar sentido, sentencias No. 1386-90 del 24 de octubre de 1990 y No. 789-94 del 8 de febrero de 1994).

Se infiere de la jurisprudencia constitucional citada al menos lo siguiente: 1) que quienes no reúnen los requisitos de pertenencia al grupo (en este caso, un criterio profesional: profesionales de la enfermería), escapan a los deberes y derechos que la incorporación supone. A contrario sensu, quien forma parte del gremio y se encuentra incorporado al Colegio, tiene igualdad de deberes y derechos; 2) el origen electoral y por tanto democrático de las decisiones del ente, de sus representantes y de la voluntad del ente. Por regla general, si alguien es miembro de una comunidad (en este caso profesional), evidentemente tiene deberes y los mismos derechos de todos aquellos que participan en tal comunidad, más aún, si se rige por reglas de Derecho Público, como es el caso del Colegio.

El colegio profesional es de naturaleza pública, porque el legislador le atribuye una serie de potestades públicas, propias del Estado, pero que mediante ley delega en los colegios profesionales; entre ellas, la de otorgar licencia a los graduados en enfermería a efectos que puedan ejercer su

profesión y la de disciplinar las violaciones a las reglas ético jurídicas propias de la misma.

¿Qué es una licencia?

Se infiere de las disposiciones bajo examen que la licencia es un acto administrativo, en virtud del cual el Colegio remueve un obstáculo que la Ley pone al libre ejercicio de la profesión. Ese acto, cuando se otorga, viene a remover el obstáculo y el solicitante encuentra la vía libre para ejercer los conocimientos que la profesión supone. Como puede verse, la licencia, en este caso, parte de la existencia de un derecho (fundamental en este caso) preexistente: el libre ejercicio profesional; pero la Ley, para proteger iguales derechos de los demás (por ejemplo, el derecho fundamental a la salud), exige por razones de interés público (interés coincidente de los ciudadanos, art. 113 LGAP) que antes de que aquella persona ejerza su profesión u oficio, el Estado o por delegación un ente público no estatal como el Colegio, verifiquen que el solicitante tiene los conocimientos necesarios para el ejercicio de dicha profesión u oficio. El Colegio cuando otorga la licencia está ejerciendo una función pública y está, por decirlo así, en nombre de la sociedad costarricense y de todos los posibles usuarios de esos servicios, verificando que el solicitante tiene la capacidad técnica para prestarlos. El acto entraña una altísima responsabilidad, toda vez que constituye una garantía para la sociedad de que el solicitante reúne los conocimientos que la sociedad y los tiempos modernos exigen para el ejercicio de aquella profesión.

El hecho de que el solicitante sea titular de un derecho preexistente, obliga al ente otorgante de la licencia a respetar las exigencias derivadas del principio de regularidad jurídica. El Colegio no puede negarla arbitrariamente. Solamente puede negar la licencia por razones objetivas, estipuladas por el ordenamiento jurídico y que en general se refieren a que el solicitante no cumple con la calificación técnica o no se encuentra en el estado físico o mental idóneo para el ejercicio de aquellos conocimientos adquiridos.

Ahora bien, el hecho de que el obstáculo tenga su fundamento y legitimación en el interés público, obliga al ente a no otorgar la licencia si el solicitante no reúne los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico. No debe olvidarse que la potestad atribuida al Colegio es una garantía a favor de los derechos de terceras personas. Repetimos, el ejercicio de esta potestad está sujeta al principio de legalidad o regularidad jurídica.

Una vez que se otorga la licencia, el Colegio inscribe al colegiado o colegiada dentro de un registro. La potestad de registrar es una exigencia de los principios de seguridad jurídica y de publicidad. En efecto, como ya se mencionó, la licencia es una garantía para los usuarios en especial y la sociedad en general. Quien esté en el registro es porque reúne los requisitos técnicos, físicos y mentales para el ejercicio de la profesión y oficio. Pues bien, el registro supone que tal o cual persona pasó por aquella revisión y verificación de cumplimiento de requisitos; que quien dice ser una profesional de tal o cual tipo efectivamente lo es. En este sentido el Colegio, por delegación del Estado, da fe pública de que tal persona cumple con esos requisitos al tenor de lo legalmente exigido. De allí que nadie puede ejercer la profesión de enfermería sin estar debidamente incorporada, precisamente, porque esa es la garantía para terceros de que aquella o aquel profesional cumplen con los requisitos exigidos por el interés público para tal efecto.

Finalmente, con posterioridad a la incorporación de la persona y por tanto, en capacidad legal de ejercer la profesión, corresponde al Colegio la potestad de vigilancia o supervisión del ejercicio de la profesión. La supervisión o vigilancia es también una técnica de control, pero que a diferencia de las de autorización y aprobación, que son previas a la eficacia del acto (por eso se llaman preventivas), puede aplicarse con posterioridad a que el acto de incorporación sea válido y eficaz. Más adelante se examinará la responsabilidad disciplinaria de orden profesional en la que puede incurrir el profesional en enfermería por faltas tipificadas en el código de ética propio de esa profesión. Potestad

disciplinaria atribuida por la Ley al Colegio de Enfermeras de Costa Rica.

VI. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL O CIVIL DE LOS PROFESIONALES DE ENFERMERÍA

La importancia de distinguir entre responsabilidad patrimonial objetiva y subjetiva

En este punto se debe distinguir la responsabilidad objetiva patrimonial de la administración (por ejemplo, la Caja Costarricense de Seguro Social), de la responsabilidad subjetiva (patrimonial) del servidor público o en su caso, del profesional en actividad privada. En efecto, el funcionario solo responde patrimonialmente por los daños provocados con dolo (intencionalidad de causar el daño) o culpa grave (falta grave al deber de cuidado). En este último caso, la Ley General de la Administración Pública excluye los daños producidos cuando ha mediado culpa leve (art. 203 LGAP). El funcionario responde ante terceros (víctimas) o ante la administración (ejemplo, la Caja o el Ministerio de Salud) por la lesión que haya ocasionado con dolo o culpa grave en ejercicio de sus funciones o utilizando los medios y oportunidades del cargo a los administrados o a la propia administración. Por el contrario, la responsabilidad objetiva de la administración obliga al ente público a responder por las lesiones antijurídicas (que no tenía la obligación jurídica de soportar) que haya sufrido el administrado en su patrimonio o en su persona (integridad física o moral), aunque tal daño sea producido por el actuar lícito, normal, anormal o ilícito de ésta. En otras palabras, la administración responde hasta por los daños causados por la conducta indebida de sus funcionarios, siempre que al menos exista algún nexo causal entre la lesión y los medios, oportunidades y actuaciones administrativas.

La responsabilidad objetiva de la Administración Pública

En general, se puede decir que la Administración Pública responde siempre que el daño le sea imputable y se trate de un daño efectivo (existente, no eventual), evaluable económicamente,

individualizable (en una persona o grupo de personas), salvo cargas comunes de la vida social (art. 196 y 194 LGAP). Para que la responsabilidad subsista, al menos uno de los sujetos productores del daño tiene que ser la Administración Pública. En efecto, la lesión puede ser causada exclusivamente por la administración o en concurrencia con la víctima o un tercero, en tales casos la Caja o cualquier otro ente público responde exclusivamente por la porción que le corresponde.

Para que exista responsabilidad de la administración se requiere la existencia de un nexo causal entre el daño y el actuar de ésta. Para ello se analiza que la conducta o hecho administrativo sea idóneo para producir la lesión. El nexo causal puede verse roto por razones de fuerza mayor, falta de la víctima o hecho de un tercero. En los tres supuestos mencionados, la administración quedará exenta de responder por la lesión infringida. Sin embargo, en materia de contratación administrativa, especialmente en el contrato de obras o concesión de servicio público, la administración puede participar indemnizando los daños causados al contratista por la fuerza mayor, pero esta indemnización no se fundamenta en el principio de responsabilidad, sino en el de solidaridad y en el interés público comprometido.

La lesión, según la teoría de la responsabilidad objetiva, se encuentra totalmente desligada del concepto de falta, como sí lo está en la responsabilidad subjetiva. Lo importante del concepto de lesión, es determinar que efectivamente un administrado o grupo de ellos ha recibido en su patrimonio o en su persona (honor, intimidad, en su cuerpo, etc.) algún daño antijurídico, esto es, que no tenía la obligación jurídica de soportarlo (Art. 197 LGAP). El requisito para indemnizar el daño es que concurren tres supuestos: un perjuicio patrimonial (art. 197 LGAP), ausencias de causas de justificación (art. 195 LGAP) e imputación del daño en su totalidad a la administración o concurrentemente a ésta.

La atribución de responsabilidad o imputación surge con la verificación del nexo causal. Para

imputar a la administración una lesión producida por una conducta de un enfermero o enfermera, basta verificar que la persona física se encuentra integrada en la organización administrativa (por ejemplo nombrado) y que la lesión fue producida en ejercicio de sus competencias o simplemente valiéndose o con ocasión del tiempo, los medios y las oportunidades del puesto (art. 191 y 192 LGAP). En otras palabras, la garantía alcanza hasta donde se extiende el servicio o la ilicitud del funcionario (art. 191 LGAP).

Basta para imputar responsabilidad a la persona jurídico pública (Caja) la apariencia externa del acto o la apariencia de investidura del funcionario. Así por ejemplo, es irrelevante si la enfermera o el enfermero se encuentra nombrado irregularmente, si está desempeñando el puesto sin haber sido nombrado oficialmente o si se trata de un funcionario de hecho, basta la apariencia razonable de investidura para que la Caja responda por las consecuencias de sus actos.

Una vez que se ha comprobado la existencia del daño o lesión, que tal daño es imputable a la administración y se ha atribuido la responsabilidad, surge la obligación jurídica de reparar. La reparación debe ser plena (art. 202 LGAP). La reparación es una garantía y un límite. Es una garantía para la víctima de que se le devolverá al status original, con anterioridad al daño acaecido y de que, por tanto, la reparación sólo alcanzará la magnitud del daño y perjuicio causado, ni más ni menos. Se trata de un límite, por cuanto mediante esta garantía debe evitarse que la víctima resulte enriquecida más allá de lo que le corresponde justa, integral y plenamente por la lesión padecida (art. 202 LGAP).

En definitiva, la Administración Pública responderá directa o solidariamente (como garantía a los administrados, art. 199.4 y 201 LGAP) por los daños que éstos sufran en su patrimonio o persona como consecuencia de los actos de sus funcionarios en general y de los profesionales en enfermería en particular, como por ejemplo, la lesión causada a un paciente por el suministro erróneo de un medicamento

o por un aborto. La Caja o cualquier otro ente público no responderá cuando la conducta del servidor aparece totalmente desligada de la administración, de sus competencias, del tiempo, del lugar, los medios y las oportunidades que el cargo brinda, en tal caso, la responsabilidad es directa y exclusivamente del funcionario.

Ahora bien, que la administración responda ante los administrados, incluso por las conductas ilícitas de sus funcionarios cuando existe alguna conexión con la administración (medios, oportunidades, lugar, etc.), no significa de ninguna manera que el funcionario queda impune. Lamentablemente, en muchos casos eso sucede así porque la administración no va contra el funcionario a resarcirse de los daños causados o de los pagos realizados. Pero en buen Derecho, la administración está obligada a exigir, cuando proceda, la responsabilidad patrimonial al funcionario (Art. 203 LGAP). Una práctica contraria a este principio fomenta la actuación irregular de los funcionarios públicos.

La responsabilidad subjetiva patrimonial de los funcionarios públicos

Todas las personas físicas y jurídicas privadas, como regla general, responden subjetivamente por los daños causados con su comportamiento (en el Derecho privado la responsabilidad objetiva es la excepción). La responsabilidad subjetiva o personal puede ser penal, administrativa o disciplinaria. En este punto se tratará sólo un tipo de responsabilidad subjetiva, la patrimonial o civil.

En virtud de lo anterior, los servidores públicos responden subjetivamente tanto ante terceros como ante la propia administración (art. 199 y 210 LGAP). La característica principal es que esta responsabilidad se centra en el concepto de culpabilidad (dolo o culpa) y no en el de lesión antijurídica propio de la responsabilidad objetiva. La imputación de responsabilidad se excluye desde el análisis del comportamiento cuando este ha sido provocado por la persona, pero actuando como mera masa o bien por un hecho de la naturaleza.

Para que proceda la responsabilidad patrimonial o civil de un funcionario público se requiere que haya causado un daño a intereses jurídicamente relevantes de otro sujeto, mediante un comportamiento (conducta activa u omisiva) y se establezca una relación de causalidad entre el daño y el comportamiento del funcionario. El daño tiene que aparecer como la consecuencia directa e inmediata de la conducta. La conducta (causa) tiene que aparecer como adecuada o eficiente para producir el daño, según criterios de probabilidad, razonabilidad, regularidad, etc. La causalidad lo excluye únicamente que el daño haya sido provocado por fuerza mayor, hecho de un tercero o hecho de la víctima.

El daño debe darse sobre intereses jurídicamente relevantes: derechos subjetivos o intereses legítimos. El daño debe probarse.

Para la imputación de responsabilidad al sujeto productor del daño se requiere además del nexo causal que medie culpabilidad. La culpa en la responsabilidad subjetiva que se refiere al dolo o culpa en sentido estricto. El dolo es la intencionalidad del sujeto de producir los efectos dañosos en el patrimonio jurídico del afectado. La culpa es la negligencia (omisión de diligencia debida), imprudencia (exceso de actividad negativa), impericia (ineptitud técnica). Puede darse un concurso de culpas, en todo caso el sujeto responde por los alcances de su acto. La responsabilidad puede ser directa o indirecta (hijos, empleados, animales domésticos). En la responsabilidad indirecta por los actos de sus empleados, la responsabilidad, por ejemplo, de una directora de enfermería o de la supervisora, podría ser in vigilando o in eligiendo, es decir, por faltar al deber de vigilar la conducta de sus subordinados o por faltas a las exigencias que el ordenamiento impone para nombrar a un funcionario.⁵ El caso fortuito excluye la culpa únicamente si se demuestra que se ha actuado con diligencia. La ilicitud civil es más amplia que la penal.

Además de la culpabilidad, para que se impute responsabilidad tiene que darse la antijuridicidad, esto es que aquel comportamiento dañoso no aparezca justificado por otras normas, valores o principios jurídicos del Ordenamiento. Así, si el acto es lícito no se indemniza el daño, lo que significa que el Derecho tiene esos valores por superiores. Aquí hay una diferencia notoria con la responsabilidad objetiva y patrimonial de la administración, quien sí responde aunque la lesión se haya causado por la actuación administrativa normal y regular. En síntesis, excluye la culpabilidad en la responsabilidad subjetiva del comportamiento lícito, el consentimiento del ofendido, la legítima defensa, el estado de necesidad o el ejercicio regular de un derecho.

El resarcimiento o indemnización tiene por objeto restaurar el patrimonio jurídico del lesionado en su persona o bienes. El patrimonio vuelve al estado en el que se encontraba con anterioridad al daño. Cuando el daño se ha producido en la vida o integridad física o moral del afectado, el resarcimiento no repara, es solo una medida compensatoria.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 203 de la Ley General de la administración Pública, la administración tiene la obligación jurídica administrativa de recobrar plenariamente lo pagado por ella para reparar los daños causados a un tercero por dolo o culpa grave de su servidor (art. 203 LGAP), dada la obligación solidaria que le impone el Ordenamiento jurídico administrativo como garantía para el administrado (art. 201 LGAP). Cuando se trata de responsabilidad concurrente con la propia administración, esta debe tomar en cuenta a la hora de recobrar lo pagado, lo correspondiente a la participación de ella en la producción del daño (art. 203 LGAP). La recuperación incluye los daños y perjuicios causados a la administración por la erogación respectiva.

En síntesis, siempre que un enfermero o enfermera en su condición de servidor público cause un

5. En este sentido, la Procuraduría General de la República, en el Dictamen C-140-96 del 26 de agosto de 1996, señala lo siguiente: "La Administración deberá verificar el grado de responsabilidad e infracción de las obligaciones funcionales de los servidores públicos que tuvieron relación con los nombramientos de personas en puestos técnicos sin cumplir con los requisitos legales exigidos para los mismos".

daño patrimonial o moral a los administrados o patrimonial a la propia administración deberá responder con su patrimonio ante el administrado o ante la administración, según corresponda (art. 199 y 210 LGAP). La responsabilidad patrimonial o civil no excluye otras que pudieran derivarse, como la penal o disciplinaria, incluso procede conjuntamente con éstas en todos aquellos casos en que se demuestren los daños causados. En este sentido la jurisprudencia constitucional establece: *“Pues bien, de lo expuesto resulta claro, como ya se adelantó, que un mismo hecho podría encuadrar en varios presupuestos normativos de diversos regímenes jurídicos, y producir por ellos, efectos de Derecho diferentes. Así, para seguir con el método de los ejemplos, una falta personal... perfectamente podría constituir un delito y a la vez, generar responsabilidades administrativas y civiles; veamos: una conducta delictiva de un servidor público en el ejercicio de sus funciones, lo enfrentaría a una causa penal, una información administrativa disciplinaria de despido, y a un proceso civil por daños y perjuicios”* (Sentencia de la Sala Constitucional No. 1022-93).

VII. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PROFESIONALES EN ENFERMERÍA

La responsabilidad penal es imputable exclusivamente al funcionario público, nunca a la administración o ente público

En efecto, la administración no responde penalmente. Solo se le puede imputar responsabilidad patrimonial por los daños que cause con su funcionamiento normal, anormal, legítimo, ilegítimo, con las salvedades que establece la Ley (art. 190 LGAP). Aunque hoy día en algunos supuestos también la personas jurídicas privadas son susceptibles de imputación penal, todavía no se admite que un ente público pueda ser condenado por un tribunal penal, ni siquiera de índole internacional (jurisdicción internacional penal). En síntesis, únicamente las personas físicas y jurídicas privadas son sujetos activos y pasivos del Derecho Penal. Los funcionarios públicos pueden incurrir en el

ejercicio de sus funciones o más bien con ocasión de ellas, en una serie de delitos tipificados por la legislación penal.

El delito como una acción típica, antijurídica y culpable

El delito es en primer lugar una acción o conducta humana. El actor responde hasta donde alcancen los efectos directos de la acción realizada. En segundo lugar, se trata de una acción tipificada por la legislación penal como delito. En efecto, la conducta debe ser necesariamente típica y ajustarse en un todo al tipo, tanto objetivo como subjetivo (dolo o culpa), y siempre que se lesione el bien jurídico tutelado por la norma penal. En tercer lugar, la antijuridicidad es la contradicción de la conducta con el Ordenamiento jurídico (no medien causas de justificación). Finalmente, la culpabilidad es el reproche o imputación de responsabilidad penal al actor del delito.

Algunos ejemplos de conductas tipificadas como delitos por la legislación penal

Existen algunos tipos penales o conductas tipificadas como delitos en los que el único sujeto activo es un funcionario público, como son todos aquellos regulados en el Título XV del Código Penal, sobre “Delitos contra los deberes de la función pública”, entre los que figura la divulgación de secretos (art. 339 CP), los delitos de corrupción, como el cohecho (artículos 340 y 341 CP), la corrupción agravada (art. 342 CP); aceptación de dádivas (art. 343 CP), enriquecimiento ilícito (art. 346 CP), negociaciones incompatibles (art. 347 CP), concusión exacción (art. 348, 349 CP), peculado y malversación (art. 354, 355 y 356 CP), entre otros. Delitos en los que también podría incurrir una enfermera o enfermero, aún cuando no sean propios ni el resultado directo del ejercicio de sus conocimientos o competencias técnicas. En estos casos sólo si existe la relación de servicio u orgánica que vincule a la persona con la administración, tiene la persona la posibilidad de incurrir en este tipo de faltas y comprometer su responsabilidad penal.

Algunos de estos delitos se explican a continuación:

1. El primero de ellos es el abuso de *autoridad*, tipificado en el artículo 331 del Código Penal.⁶ En este delito se encuentran contenidos muchos otros, por lo que se aplica cuando algún otro subsumible en él no tiene regulación específica y una mayor pena. “El abuso de autoridad presenta, pues, la doble forma del ejercicio de una facultad que se sabe inexistente como tal, y la del ejercicio de una facultad existente en condiciones conocidamente falsas. En ambos casos hay una especie de falsedad: en un caso, se afirma y ejerce un poder que se sabe ilegal; en el otro, se afirman o suponen hechos que se saben falsos como condiciones del acto de autoridad. En un caso se traiciona la ley abiertamente, en el otro se simula obedecerla...” (Soler, 1976, p.138). Es esa maliciosa manera de proceder (falsedad) lo que distingue el delito de una simple falta administrativa.
2. El *incumplimiento de deberes*, tipificado en el artículo 332 CP: “Será reprimido con pena de inhabilitación de uno a cuatro años, el funcionario público que ilegalmente omite, rehúse hacer o retarde algún acto propio de su función. Igual pena se impondrá al funcionario público que ilícitamente no se abstenga, se inhiba o se excuse de realizar un trámite, asunto o procedimiento, cuanto esté obligado a hacerlo”. Este tipo de acciones son propiamente una omisión y no una comisión. Debe actuarse en el conocimiento de esa ilegalidad; es decir, la omisión ha de ser maliciosa. El delito queda consumado cuando en consideración a ese acto debido pueda afirmarse que ha sido dolosamente omitido, retardado o que habiendo mediado pedido o interpelación el funcionario ha rehusado cumplirlo. La tentativa no existe.
3. *Abandono del cargo*, tipificado en el numeral 335 CP: “Será reprimido con veinte a sesenta

días multa, el funcionario o empleado público, que, con daño del servicio, abandonare su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño de éste”. El delito requiere la existencia de un daño en el servicio público. Deberá determinarse cuándo la inasistencia o el incumplimiento constituyen abandono. Para ello se requiere cierta duración cuando el abandono es hecho sin presentación de renuncia. Cuando media renuncia, el abandono está constituido por el hecho de retirarse con el propósito de dejación. No se requiere la específica intención de causar daño a la administración; pero sí el conocimiento de la naturaleza y el significado del abandono, que el funcionario no puede ignorar.

4. *Nombramientos ilegales*, contemplados en el artículo 337 del Código Penal. “Será reprimido con treinta a noventa días multa el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público a persona en quien no concurrieren los requisitos legales”. El sujeto activo es el funcionario público con facultades de proposición, y no el simple funcionario que propone o recomienda a alguna persona sin influencia para lograr el nombramiento. Lo es también el funcionario facultado para nombrar. El delito consiste en proponer o en nombrar, de acuerdo con el procedimiento establecido para cada caso. La persona propuesta debe carecer de las calidades legalmente requeridas. Este es un delito en el que incurren mucho los políticos cuando desempeñan funciones públicas, en particular debido a la cantidad de compromisos personales que han adquirido durante la campaña con sus colaboradores. El político debe saber que no siempre el que le sirve para ganar le sirve para gobernar, se requiere para su nombramiento que cuente con los requisitos exigidos por el Derecho, amén de seguir el procedimiento establecido (cuando lo hay) para el acceso a la función pública.

6. Artículo 331: Será reprimido con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público, que, abusando de su cargo, ordene o cometiere cualquier acto arbitrario en perjuicio de los derechos de alguien. (Concordancia arts. 191.4, 312, 348 y 349 CP).

5. *Divulgación de secretos*, contenido en el artículo 339 CP: “Será reprimido con prisión de tres meses a dos años el funcionario público que divulgare hechos, actuaciones o documentos que por ley deben quedar secretos” (concordancias arts. 203, 286 y 390 CP). El hecho de existir una prohibición legal para dar a conocer tales documentos es la clave para entender el tipo. En el caso de la Caja Costarricense de Seguro Social, existe una disposición en este sentido en el artículo 63 de la Ley Constitutiva, que de violarla el Gerente no sólo estará incurriendo en responsabilidad disciplinaria, sino también muy probablemente penal. Al efecto el artículo 63 párrafo segundo expresa: “La Gerencia no podrá divulgar ni suministrar a particulares, salvo autorización expresa de la Directiva, los datos y hechos referentes a asegurados y patronos de que tenga conocimiento en virtud del ejercicio de sus funciones; pero podrá publicar información estadística o de otra índole que no se refiera a ningún asegurado o patrono en especial”.
6. *Cohecho propio o impropio*, tipificados en los artículos 341⁷ y 340⁸ respectivamente del Código Penal. El *cohecho impropio* es un acto de corrupción que consiste en recibir una dádiva o la promesa de retribución por la ejecución de un acto de autoridad que debía ser gratuitamente cumplido. El cohecho propio supone por el contrario, recibir esa dádiva, ventaja o retribución por realizar actos contrarios a sus deberes o para no hacer o retardar un acto propio de sus funciones. Se busca con ello tutelar el correcto funcionamiento de la administración y la actuación ajustada a Derecho para la consecución del interés público sin desviaciones. Según la doctrina

penal, el delito se consuma por la recepción de la dádiva o por la simple aceptación de la promesa, con absoluta independencia del efectivo cumplimiento de ésta. La forma del cohecho consiste en la aceptación de la promesa, se perfecciona por el acuerdo de voluntades. De manera que la ulterior recepción de lo prometido resulta irrelevante. El hecho debe ser doloso. El delito del funcionario consiste en admitir. Este debe ser un acto positivo y personal.

7. Delito de *corrupción agravada*, tipificado en el artículo 342 CP.⁹ De particular importancia para el tema que nos ocupa es este tipo penal. Consiste en una agravación de las formas de corrupción contempladas en el cohecho propio e impropio. En este caso, la agravación de la pena está dada por el tipo de acto o fin por el que se recibe la dádiva o la promesa: otorgamiento de puestos públicos, jubilaciones, pensiones o celebración de contratos administrativos.
8. *Aceptación de dádivas por un acto cumplido u omitido* (art. 343 CP). Esta modalidad de corrupción supone la aceptación de la dádiva pero sin haber mediado promesa alguna. Como se vio, es el caso de las formas de cohecho. El funcionario ha cumplido sus deberes emitiendo el acto debido o bien, ha incurrido en incumplimiento de sus deberes y con posterioridad recibe la dádiva o retribución. “Será reprimido, según el caso, con las penas establecidas en los artículos 340 y 341 disminuidas en un tercio el funcionario público que, sin promesa anterior, aceptare una dádiva o cualquier otra ventaja indebida por un acto cumplido u omitido en su calidad de funcionario”.

7. Artículo 341: Será reprimido con prisión de dos a seis años y con inhabilitación para el ejercicio de cargos y empleos públicos de diez a quince años, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja o aceptare la promesa directa o indirecta de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o para retardar un acto propio de sus funciones (concordancias arts. 57 y 58 CP).

8. Artículo 340: Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que, por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto propio de sus funciones.

9. Código Penal, artículo 342: “Si los hechos a que se refieren los dos artículos anteriores tuvieron como fin el otorgamiento de puestos públicos, jubilaciones, pensiones, o la celebración de contratos en los cuales esté interesada la administración a la que pertenece el funcionario, la pena de prisión será: 1) En el caso del artículo 340, de uno a cinco años; y 2) En el caso del artículo 341, de tres a diez años”.

9. El *enriquecimiento ilícito* (art. 346 CP y 45 Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley No. 8422 del 14 de septiembre de 2004). “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado: 1) Aceptare una dádiva cualquiera o la promesa de una dádiva para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario, para que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones; 2) Utilizare con fines de lucro para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo; 3) Administre dádivas que le fueren presentadas u ofrecidas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo” (Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley No. 8422 del 14 de septiembre de 2004, derogó el inciso 4 que tenía este artículo del Código Penal e incluyó otro tipo sobre enriquecimiento ilícito, contenido en el artículo 45 de la Ley, complemento de las disposiciones del Código Penal). El art. 45 LCCEIFP expresa: “Será sancionado con prisión de tres a seis años quien, aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública o la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión, por sí o por interpósita persona física o jurídica, acreciente su patrimonio, adquiera bienes, goce derechos, cancele deudas o extinga obligaciones que afecten su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas”.
10. *Negociaciones incompatibles*, contenido en el artículo 347 del Código Penal. “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo; o el funcionario público que participe en una negociación comercial internacionales para obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero...”
11. *La concusión*, regulada por el artículo 348 CP: “Se impondrá prisión de dos a ocho años, al funcionario público que abusando de su calidad o de sus funciones obligare o indujere a alguien a dar o prometer indebidamente, para sí o para un tercero, un bien o un beneficio patrimonial” (concordancia art. 331 Código Penal). La concusión es una especie de *extorsión*, en la que actúa como elemento coactivo el temor a la autoridad. Un hecho no se transforma en concusión por la sola circunstancia de que el funcionario solicite la dádiva, sólo si se produce el acuerdo.
12. *Exacción ilegal*, tipificada en el artículo 349 Código Penal: “Será reprimido con prisión de un mes a un año el funcionario público que abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar o entregar una contribución o un derecho indebido o mayores que los que corresponden”.
13. *Peculado*, tipificado en el numeral 354 Código Penal (reformado por la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley No. 8422 de 14 de septiembre de 2004): “Será reprimido con prisión de tres a doce años, el funcionario público que sustrajere o distraiga dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo; asimismo, con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público que emplee, en provecho propio o de terceros, trabajos o servicios pagados por la Administración Pública o bienes propiedad de ella. Esta disposición también será aplicable a los particulares y a los gerentes, administradores o apoderados de las organizaciones privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios, en cuanto a los bienes, servicios y fondos públicos que exploten, custodien, administren o posean por cualquier título o modalidad de gestión”.

La característica esencial de este delito es la existencia de un abuso de confianza. Es una ofensa contra la fe pública. El peculado es una retención indebida calificada; esta calificación deriva de que el abuso es cometido por funcionario público, en contra del Estado como propietario o guardián de ciertos bienes, y con abuso de la función. En consecuencia, no basta que los bienes estén al alcance del funcionario para que la sustracción constituya peculado. Al funcionario, en razón del cargo, debe haberle sido confiada la administración, percepción o custodia de los bienes. La confianza no se refiere, por lo tanto, únicamente a la tenencia material de la cosa, sino a la facultad de disponer de ella, ya que administrar no importa exclusivamente tener bajo custodia física.

14. *Malversación*, tipificado en el Artículo 356 del Código Penal (Reformado por la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley No. 8422 de 14 de septiembre de 2004): “Serán reprimidos con prisión de uno a ocho años, el funcionario público, los particulares y los gerentes, administradores o apoderados de las personas jurídicas privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios que den a los caudales, bienes, servicios o fondos que administren, custodien o exploten por cualquier título o modalidad de gestión, una aplicación diferente de aquella a la que estén destinados. Si de ello resulta daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en un tercio”. La calidad del empleado no es en sí misma suficiente, ni aun cuando vaya unida a la sustracción de fondos públicos, si no se tratare de fondos que se encuentran funcionalmente confiados a la custodia del empleado, de manera que el abuso de confianza envuelve un verdadero abuso de autoridad, una traición no solamente a los intereses financieros del Estado, sino también al interés administrativo en el cumplimiento regular y legal de las funciones públicas. En realidad, esas condiciones actúan como

presupuestos de la acción que constituirá malversación.

15. *Falsedad en la declaración jurada*. “Será reprimido con prisión de seis meses a un año, quien incurra en falsedad, simulación o encubrimiento al realizar las declaraciones juradas de bienes ante la Contraloría General de la República” (Art. 46, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley No. 8422 de 14 de septiembre de 2004).
16. *Incumplimiento de lo ordenado por la Sala Constitucional* de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, No. 7135 de 11 de octubre de 1989. “Se impondrá prisión de tres meses a dos años o de veinte o sesenta días multa a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo o de hábeas corpus, y no la cumpla o no la hiciere cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado”.
17. *Reiteración por el funcionario público de las mismas conductas y contra las mismas personas, que dieron lugar a recursos de amparos o hábeas corpus declarados procedentes*. Todo de conformidad con lo dispuesto por la Ley de la Jurisdicción Constitucional, No. 7135 de 11 de octubre de 1989. “Se impondrá prisión de seis meses a tres años, o de sesenta a ciento veinte días multa, a quien diere lugar a que se acoja un nuevo recurso de amparo o de hábeas corpus, por repetirse en daño de las mismas personas las acciones, omisiones o amenazas que fueron base de un amparo anterior declarado procedente”.

Los anteriores son algunos tipos penales, acciones o conductas de funcionarios públicos tipificados como delitos, por diferentes leyes. En estos, la característica principal para el tema que nos ocupa es que el sujeto activo es un funcionario público. Son algunos ejemplos de las conductas o acciones de funcionarios públicos (sujeto

activo), directamente aplicables a enfermeras o enfermeros si incurren en ellos, ya sea porque asumen un cargo que les proporcione los medios para hacerlo o bien, porque incurra en ellos independientemente de la relación con algún cargo, siempre que eso sea posible (nótese que algunos delitos sólo los pueden cometer ciertos funcionarios que se encuentren en la situación o circunstancia tipificada por la norma).

Sin lugar a dudas, los anteriores hechos, tipificados penalmente, protegen el correcto funcionamiento de la Administración Pública al servicio de los administrados, promoviendo la ética en la función pública (la diligencia, honestidad, el desinterés personal en el ejercicio de las competencias públicas, etc.). Resulta evidente que quien incurre en tales hecho o conductas, además de la responsabilidad penal, está comprometiendo su responsabilidad disciplinaria. En efecto, la comisión de cualquiera de las acciones delictivas anteriores será causa de despido sin responsabilidad patronal del funcionario por violación de deberes elementales a los que está sujeto en razón de su cargo, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda existir.

Pero además de esos delitos en los que se puede incurrir, existen otros donde el sujeto no es necesariamente un funcionario o servidor público, pero que incluso pueden tener mayor relevancia para el ejercicio de la profesión de enfermería, en virtud de la naturaleza de su trabajo. Son algunos de los delitos contemplados en el Título I del Código Penal y que protegen la vida humana, como por ejemplo el homicidio por piedad (art. 116 CP); el homicidio culposo (art. 117 CP) y el aborto con o sin consentimiento (art. 118 CP). No existe antijuridicidad cuando el aborto tiene como propósito salvar la vida o evitar un daño mayor a la salud de la madre. La enfermera que lo puede realizar es la obstetra, en ausencia de médico y con el consentimiento de la mujer (art. 121 CP). También están el aborto culposo (art. 122 CP); lesiones gravísimas, graves o leves (art. 123, 124 y 125 CP) y lesiones culposas (art. 128 CP). No incurre el profesional en enfermería en delito alguno cuando causa una lesión con

el consentimiento del afectado y que tengan por fin beneficiar la salud de otros (Lesiones consentidas, art. 129 CP).

VIII. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIA DE LOS PROFESIONALES EN ENFERMERÍA

En virtud de que las profesionales de enfermería en Costa Rica, por el predominio de los servicios públicos de salud, laboran en su mayoría para la Administración Pública, conviene hacer mención a la responsabilidad disciplinaria administrativa.

El régimen disciplinario de la Administración Pública funciona también como garantía de los usuarios

Por ejemplo, como el régimen disciplinario de los funcionarios de la Caja Costarricense de Seguro Social protege el correcto, eficiente y normal funcionamiento de los servicios que presta la Institución, este régimen se constituye en una garantía (corrige y previene los desafueros de los servidores en perjuicio de los derechos e intereses legítimos de los asegurados) a favor de los usuarios de los servicios que presta la Institución. La Caja no puede renunciar al ejercicio y aplicación de la potestad disciplinaria, como tampoco lo puede hacer el Ministerio de Salud, el Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia, el Instituto Nacional de Seguros, etc.

La potestad disciplinaria se ejerce en el marco de una relación de especial sujeción (art. 14 LGAP)

En efecto, la potestad disciplinaria sólo se ejerce en el marco de relaciones de especial sujeción. Este tipo de relaciones se caracterizan por ser más intensas que las generales existentes entre los particulares y la administración. Surgen y se desarrollan a la sombra del régimen estatutario propio del Derecho Público que las rige. Se trata de relaciones continuadas o de duración, de las que resulta difícil, sino imposible, definir el contenido íntegro de las prestaciones o la intensidad de las intervenciones administrativas

en la esfera jurídica de los particulares sometidos a ella; lo que significa que en la materia el reglamento tiene un amplio campo de participación. Estas relaciones se encuentran sometidas al principio de legalidad (juridicidad). Sin embargo, el principio de tipicidad que forma parte del de legalidad no se aplica con la misma rigidez con que se aplica en materia penal o de Derecho administrativo sancionador (que se da en el marco de relaciones generales). Respecto a la tipicidad, lo que se busca es una predicción razonable. Así, por ejemplo, las relaciones entre la Caja Costarricense de Seguro Social, el Ministerio de Salud o del Instituto Nacional de Seguros con la enfermeras y enfermeros integrados a su organización, son relaciones de especial sujeción. Al respecto, la jurisprudencia constitucional expresa:

“La responsabilidad disciplinaria presupone un poder disciplinario de la administración. El vinculum iuris que se da entre la Administración Pública y el agente o servidor público implica necesariamente una serie de deberes y derechos, de manera que la trasgresión a los primeros determina la responsabilidad del empleado, la cual es regulada o disciplinada distintamente por el derecho objetivo según sea la naturaleza jurídica de la responsabilidad” (Sentencia de la Sala Constitucional No. 1264-95).

Naturaleza y fundamento de la potestad disciplinaria

La potestad disciplinaria, es el poder de coacción y corrección que tiene la administración para disciplinar a sus servidores cuando no cumplen las obligaciones propias de su cargo y cuando no tienden al cumplimiento del ordenamiento jurídico constitucional e infraconstitucional y a la satisfacción dentro de ese orden, de los derechos fundamentales de los administrados. El fundamento de dicha potestad se encuentra en primer lugar en el “ius puniendi” del Estado, tronco común de todo el Derecho Sancionador (penal, administrativo sancionador y disciplinario); en segundo lugar, en las relaciones de especial sujeción que se suscitan entre el servidor y la administración; y finalmente, en el deber que

tiene la administración de asegurar el buen funcionamiento de la organización administrativa, con el objetivo de satisfacer los intereses generales a los que sirve.

Entre muchos otros deberes cuyas infracciones se sancionan en este régimen y con esta potestad, se encuentran los relacionados con el abandono de funciones, la obtención de ventajas o privilegios utilizando el cargo para ello, distracción del tiempo laboral para asuntos personales, respeto a los bienes institucionales puestos a su servicio, deber de información, uso adecuado de la información a la que tiene acceso en virtud de su trabajo, el deber de secreto profesional, violaciones al deber de obediencia, cumplimiento con un horario, dañar equipos o utensilios de la institución, bajo rendimiento, perturbar el normal funcionamiento de los servicios, llegadas tardías, negligencia en el ejercicio de sus funciones; irrespeto a compañeros, superiores o usuarios; laborar en estado de ebriedad, incumplimiento de requisitos para el ejercicio profesional para el que se le contrató, obstaculizar las políticas institucionales, entre muchos otros.

Finalidad de la potestad disciplinaria

La disciplina no sólo procura la sanción o castigo de los desafueros de los servidores públicos, sino que también persigue “amonestar”, “educar”, “formar”, “moldear” el comportamiento de los servidores a la luz de ciertos valores que se consideran relevantes para la correcta prestación del servicio y, sobre todo, para la satisfacción de los derechos de los administrados (asegurados o usuarios de servicios de salud en este caso). Desde esta perspectiva, el régimen disciplinario tiene un contenido ético.

Aplicación al régimen disciplinario de la administración de las garantías sustanciales del Derecho Penal

Ahora bien, si la potestad disciplinaria tiene en común con el Derecho Penal el “ius Puniendi” del Estado, debe concluirse necesariamente que los mismos principios y garantías que se aplican en aquel tienen aplicación en éste. En efecto, se

trata de principios y garantías constitucionales desarrolladas originalmente por el Derecho Penal, pero que hoy gozan de reconocimiento y rango constitucional. Son exigencias mínimas para la protección de los derechos fundamentales de las personas involucradas en procesos o procedimientos sancionadores, entre ellos, los disciplinarios. Esas garantías constitucionales tienen su fuente en los derechos fundamentales de los funcionarios. En otras palabras, los derechos fundamentales de los funcionarios, a través de estas garantías, le imponen límites a la administración en el marco de las relaciones de especial sujeción que se suscitan entre ellos. El régimen disciplinario debe -por exigencia de los derechos fundamentales- satisfacer ese conjunto de principios y garantías constitucionales, que en resumen, procuran un equilibrio entre la potestad disciplinaria de la administración y los derechos de sus funcionarios. Las garantías son tanto procesales como sustantivas.

Desde una perspectiva procesal, el principio que informa la materia disciplinaria es el principio del debido proceso. Las instituciones públicas en general se rigen para disciplinar las faltas de sus funcionarios, por lo dispuesto en el libro segundo de la Ley General de la Administración Pública, artículos del 214 al 360 de dicha Ley. El procedimiento administrativo allí regulado reconoce el derecho de defensa y audiencia del administrado, el acceso al expediente, el derecho a la asesoría jurídica y técnica, las garantías de motivación de las resoluciones, la exigencia de notificaciones adecuadas, cuenta con plazos razonables y somete a la Administración Pública a límites precisos, como por ejemplo los límites de proporcionalidad y de razonabilidad que le fijan fronteras a la discrecionalidad administrativa.

La Sala Constitucional ha contribuido al procedimiento administrativo disciplinario con la copiosa jurisprudencia constitucional, que ha venido a enriquecer el régimen jurídico procesal aplicable en sede administrativa para disciplinar las faltas de los funcionarios públicos. Jurisprudencia vinculante para la administración pública en general y para la Caja Costarricense de Seguro Social en particular, según lo dispone

el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Respecto a las garantías sustanciales, deben observarse todos los principios, hoy de reconocido rango constitucional, que informan el Derecho Sancionador y que le ponen límite al ejercicio de la potestad sancionadora en general y disciplinaria en particular, entre ellos, los principios de razonabilidad, proporcionalidad, culpabilidad, antijuridicidad, inocencia, non bis in idem, irretroactividad de las normas en perjuicio, retroactividad de las normas en beneficio, interdicción de la arbitrariedad, principio de legalidad o juridicidad y principio de tipicidad, así como las exigencias de objetividad e imparcialidad en las resoluciones administrativas. Todos estos principios son garantías a favor de los derechos de los administrados, que procuran fijar una frontera al poder público y un espacio jurídico donde los servidores o empleados puedan moverse lícitamente. A la vez, procuran reducir la discrecionalidad administrativa.

La responsabilidad administrativa disciplinaria del funcionario no excluye otras, como la penal y civil o patrimonial también procedente. La responsabilidad disciplinaria es procedente sólo respecto de aquellas personas con las que la administración mantiene una relación de servicio.

IX. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA ÉTICO PROFESIONAL

Una vez que la persona se encuentra autorizada para el ejercicio profesional, el Colegio vigila su comportamiento profesional. Corresponde al Colegio la disciplina profesional cuando los colegiados infringen los valores y principios éticos y morales que informan la profesión de la enfermería. Como se indicó con anterioridad, el ejercicio profesional de la enfermería encuentra límites en reglas de moral, los derechos de terceros, como por ejemplo, los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud y en normas de orden público. El Código de moral profesional es una expresión de estos límites, al cual están obligados todos los profesionales de la enfermería.

La honorabilidad como requisito subjetivo. *“Parece lógico que para desempeñar ciertas actividades cualificadas hayan de reclamarse aptitudes que no son estrictamente saberes técnicos o conocimientos especializados, sino que tienen que ver con el comportamiento que se espera de la persona que va a desempeñar la profesión. Se trata de condiciones íntimamente ligadas a la personalidad”* (Martín, 1993, p. 43).

Ámbito material de la competencia disciplinaria del Colegio de Enfermeras de Costa Rica

La responsabilidad disciplinaria de un enfermero o enfermera ante el Colegio, sólo es procedente si la falta se produce como consecuencia y con ocasión del ejercicio de la profesión de enfermería. En otras palabras, los alcances o ámbito material de la potestad disciplinaria del Colegio y del régimen disciplinario de la profesión, se encuentra circunscrito al ejercicio de la enfermería o por actividades conexas con ésta, por más que se exija un comportamiento acorde con el honor, la dignidad de la profesión en la vida privada. No es jurídicamente válido que un Colegio Profesional le impute responsabilidad a un colegiado por incurrir en faltas en el desempeño de actividades ajenas a su profesión.

Así, entre muchas otras faltas, los enfermeros y enfermeras podrían incurrir en violación del deber de colaboración con autoridades sanitarias, el respeto a la vida humana y la integridad física y psíquica de las personas, el deber de informar a los usuarios de sus servicios o de los servicios de la institución donde trabaja, deber de secreto profesional, deber de dar un trato igual y sin discriminación alguna, deber de eficiencia y eficacia, deber de auxilio, deber de denuncia, deber de colaboración y respeto con sus compañeros y colegas, etc.

X. ALGUNOS PRINCIPIOS (GARANTÍAS) QUE DEBE OBSERVAR EL COLEGIO DE ENFERMERAS EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA

La doctrina y la jurisprudencia han entendido que todo el Derecho Sancionador (sea el penal, el administrativo sancionador o el disciplinario) deriva de un tronco común: el *ius puniendi* del Estado.¹⁰ Razón por la cual han entendido que a cada una de sus ramas se les aplica con mayor o menor intensidad, según sea el caso, un conjunto de principios y garantías, elaborados por el Derecho Penal, orientados a ponerle límites al poder o potestad sancionadora pública y a garantizar la libertad, la inocencia y el derecho de defensa de toda persona que es señalada o que se le imputa la comisión de una falta o delito, por el sistema.

Algunos de esos principios garantías que informan el ejercicio de la potestad sancionadora en general, y disciplinaria ética profesional en especial, son las siguientes:

- a. Principio de legalidad. Toda potestad da lugar a un sin número de actos que la concretan en la realidad, que la hacen posible y cumplen su fin. Todos los actos administrativos derivan como requisito para su validez de una potestad. Es este vínculo de los actos administrativos con la potestad que aplican o ejercitan lo que los hace conformes a Derecho. La legalidad o regularidad jurídica de los actos y actuaciones administrativas está determinada en primer lugar porque aparecen integrados o cubiertos por el ámbito objetivo y subjetivo de la potestad (competentes). *“La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes”*. Todos los órganos del Colegio que tienen competencia para aplicar de

10. “Del *ius puniendi* del Estado, se deriva, no sólo, la potestad disciplinaria ética profesional, sino también la penal, la administrativa sancionadora y la disciplinaria funcionarial administrativa. Como se observa, todas tienen un tronco común; todas además, son restrictivas de derechos, por lo que su ejercicio y aplicación está rodeado por una serie de límites y garantías que tienden a la protección de los derechos de los sujetos pasivos de dicha potestad”. Resolución del Tribunal de Moral Profesional N° 08 -2005, de las 15 horas del 18 de mayo del 2005.

alguna manera la potestad están sujetos a la legalidad¹¹ formal (texto) y material (principios, fines, valores, derechos, etc.) contenidos en ellas.

Como exigencia de la legalidad y de la seguridad jurídica a la que sirve, nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constitúan una infracción al ordenamiento ético profesional, según la normativa vigente en aquel momento. Esto se traduce, también por exigencia de la seguridad jurídica y de la libertad individual, en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes; al menos, de aquellas que por sensibilidad y especial gravedad se les deben atribuir las sanciones más severas: suspensión temporal de la licencia (las sanciones tienen que ser necesariamente temporales, el art. 40 CP impide o prohíbe la imposición de sanciones perpetuas o permanentes).

- b. Principio de tipicidad. La doctrina y la jurisprudencia admiten que en esta materia el principio de reserva de ley no es absoluto como en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo Sancionador. Estamos en presencia de una reserva relativa, donde la ley tipifica y configura la potestad y el reglamento desarrolla y complementa el elenco de conductas típicas. Esta concepción es un resultado lógico de la imposibilidad de que por vía legislativa se regulen todas las posibles conductas infractoras de deberes ético jurídicos que informan el ejercicio profesional. La colaboración reglamentaria resulta insuprimible. Por otra parte, tiene también su fundamento en la relaciones de especial intensidad o de especial sujeción que se dan entre colegiados y el Colegio en esta materia (art. 14 LGAP).

“... en relación con el hecho de que no se señala la norma o “*normas violadas*”, esta Junta Directiva concuerda con el recurrente. Lamentablemente la normativa que nos rige está próxima a cumplir los 50 años, absolutamente obsoleta para los tiempos que corren...el recurrente tiene que tener presente que la Sala Constitucional en su jurisprudencia, ha sostenido que el principio de tipicidad no tiene en el régimen disciplinario administrativo la misma rigurosidad y exigencia que se suele pedir para el Derecho Penal: “*Puede afirmarse que el principio de tipicidad constituye un principio fundamental en la responsabilidad disciplinaria, pero no en la misma forma que en el ámbito jurídico-penal, ya que los principios “nullum crimen sine lege”, “nullum poena sine lege” no tienen la rigidez y exigencia que les caracteriza en el derecho penal sustantivo, por cuanto la actividad sancionatoria de índole penal y la de índole disciplinaria corresponden a campos jurídicos diferentes, y los parámetros de discrecionalidad que son propios del ejercicio de la potestad disciplinaria administrativa son más amplios que los de la potestad sancionatoria penal del Estado*”. (Sentencia de la Sala Constitucional No. 6514-02. Otras similares No. 10843-01; No. 4545-00; No. 6960-94)”.¹²

Lo que si nos parece inadmisibles son reglamentos autónomos, desligados de la ley en esta materia. También nos parece apropiado, por razones de seguridad jurídica, de libertad individual y por exigencia del Estado de Derecho, que todas las conductas que por su gravedad suponen la imposición de la sanción de suspensión, deberían de venir definidas por ley y no por reglamento (sin perjuicio de que la ley participe en una tipificando todo tipo de falta, lo que sería aún mejor).

11. “Que el Colegio tiene atribuida la potestad disciplinaria relativa al ejercicio de la profesión (3, 11, e), 13 y 14 Ley 2343), la cual se trata de una competencia pública, que se ejerce de conformidad con la Ley que la atribuye y con el ordenamiento jurídico administrativo aplicable, en especial, la Ley General de la Administración Pública y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que conoce de las impugnaciones judiciales contra las resoluciones de Junta Directiva o de la Asamblea General del Colegio sobre la materia”. Resolución de la Junta Directiva N° 05-2005, sesión ordinaria del 22 de septiembre del 2005. En igual sentido la N° 06-2005 de 22 de septiembre del 2006.

12. Resolución de la Junta Directiva N° 12-2005, de la sesión ordinaria del 24 de noviembre del 2005.

c. Principio de predicción razonable. Como la tipicidad no es tan exigente, se espera que el conjunto de las normas aplicables permita predecir con suficiente grado de certeza el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesto (principio de predicción razonable). Tarea a la que no solo debe contribuir la normativa, sino también los órganos encargados de aplicarlas, de manera que mediante su jurisprudencia se vayan observando principios jurisprudenciales que hagan predecible el resultado final. Esta predicción razonable es una exigencia del principio de seguridad jurídica, del principio de igualdad y proporcionalidad.

Esta garantía de certeza jurídica nos lleva también a la necesidad de fijar algunas reglas para la interpretación y aplicación de los *conceptos jurídicos indeterminados*, como por ejemplo: diligencia, buena conducta, probidad, etc., de forma tal que los órganos encargados de aplicar la potestad disciplinaria se estén a lo que la doctrina, la jurisprudencia y el uso común entienden como núcleo común del concepto.

d. Prohibición de la analogía in peius y de irretroactividad de las normas en perjuicio. Es pacífico en la doctrina y la jurisprudencia de que no se utilice la analogía en perjuicio del sometido a la potestad disciplinaria. Asimismo, es de rango constitucional (art. 34 CP) el principio de que las normas sustantivas no pueden aplicarse de manera retroactiva en perjuicio del disciplinado, lo que supone, a contrario sensu, que es posible la aplicación de las normas a su favor. Este principio es de especial utilidad cuando hay modificaciones o reformas normativas (legales o reglamentarias) relacionadas con el régimen sustantivo sancionador.

e. Non bis in idem. El principio del non bis in idem (aforismo latino que significa “no dos veces sobre lo mismo”), es una garantía construida y desarrollada en el Derecho Penal y que ha sido extendida a todo el Derecho Administrativo sancionador (tanto al Administrativo sancionador general –de índole tributaria, sanitario, tránsito-, el régimen disciplinario de empleo público y el régimen disciplinario ético profesional). Este principio es hoy reconocido como una garantía esencial a favor de todo ser humano y despliega toda su virtualidad en aquellos casos en que a una persona se le imputa una falta al ordenamiento jurídico sobre la que ya se ha pronunciado la instancia que pretende investigarle y sancionarle.

El principio de non bis in idem puede definirse como un principio general del Derecho, que prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procesos o procedimientos, en uno o más ordenamientos jurídico sancionadores, *cuando se dé una identidad de sujetos (identidad subjetiva), hechos (identidad objetiva), causa (proceso o procedimiento) y fundamento (finalidad y naturaleza de la sanción)*.¹³ A contrario sensu, es posible sancionar a una persona varias veces cuando tales sanciones a pesar de recaer en un mismo sujeto, se deben a hechos distintos o bien a los mismos hechos, pero en procesos con fundamento distinto.

Como se observa, la clave para que opere la prohibición está en el fundamento. En ese sentido, hay que tener en cuenta que el objeto del Derecho Penal se puede resumir como la protección de ciertos bienes jurídicos o valores cuya trasgresión afecta de manera sensible la convivencia o

13. Existe una película famosa, titulada en español DOBLE CULPA, donde el esposo llevó a la esposa en su velero, la drogó y cuando ella se despertó estaba ensangrentada y había sangre por todos lados en el velero, el puñal tenía sus huellas y el cuerpo del marido no apareció; lo dieron por muerto y a ella por culpable del homicidio de su marido. Ella fue hallada culpable y condenada a prisión. Tenía un hijo de la pareja, por lo que lo dejó con su mejor amiga. Estando en la cárcel, mantiene comunicación con su hijo por teléfono. Un día, mientras ella habla con su hijo por teléfono, entra el Padre a la casa y el hijo grita “papá”, en ese momento ella se entera de que está vivo, que todo había sido una trampa. Una compañera de prisión le aconseja que salga y lo mate, porque a nadie pueden condenar dos veces por los mismos hechos. De manera que si ella ya había sido condenada por matar a su marido, no podían ser condenada nuevamente por ese hecho. Ella sale de la cárcel y efectivamente mata a su marido. Este es un ejemplo, interesante, a nivel de película, que explica el principio de non bis in idem.

coexistencia de las personas en sociedad. Esos valores o bienes jurídicos se tutelan de manera última y fragmentaria mediante la legislación penal. Por el contrario, el objeto o fundamento del régimen disciplinario de la Administración Pública es, entre otros, mantener la disciplina interna asegurando la observancia de las normas de subordinación, el exacto cumplimiento de los deberes de la función, la satisfacción del interés público encomendado, el respeto a la legalidad administrativa y constitucional, mantener el funcionamiento normal y eficiente del servicio público. Finalmente, la responsabilidad patrimonial tiene por objeto reparar o compensar a la víctima por los daños y perjuicios sufridos en su patrimonio o persona (física, psíquica y socialmente). El régimen disciplinario ético profesional tiene como objeto la protección del usuario y la conformidad del actuar profesional a las reglas y principios técnicos, jurídicos y éticos que informan su ejercicio. En otras palabras, cada una tiene un fundamento distinto, por eso es jurídicamente posible que una misma persona, por ejemplo un profesional de la enfermería, pueda ser sancionado por la institución empleadora, que en aras de proteger el servicio y los deberes funcionariales lo suspende o despide, y al mismo tiempo, ser sancionado por el Colegio Profesional respectivo, por cuanto aquellos hechos además de violar deberes funcionariales, también transgreden la ética profesional, y finalmente, ser sancionado penal y civilmente, por cuanto el hecho constituía delito y con su actuar produjo daños a las víctimas cuantificables en dinero.

En ese sentido se ha pronunciado de manera reiterada la jurisprudencia constitucional. *“Pues bien, de lo expuesto resulta claro, como ya se adelantó, que un mismo hecho podría encuadrar en varios presupuestos normativos de diversos regímenes jurídicos, y producir por ello, efectos de Derecho diferentes. Así, para seguir con el método de los ejemplos, una falta personal -de la que*

se habló-, perfectamente podría constituir un delito y a la vez, generar responsabilidades administrativas y civiles; veamos: una conducta delictiva de un servidor público en el ejercicio de sus funciones lo enfrentaría a una causa penal, una información administrativa disciplinaria de despido y a un proceso civil por daños y perjuicios” (Sentencia de la Sala Constitucional No. 1022-93).

Sobre este tema hay abundante jurisprudencia tanto penal, administrativa y constitucional. Nos parece bien, para efectos de exposición, y utilizando la jurisprudencia disponible, definir o delimitar los alcances y características del principio-garantía de non bis in idem, de la siguiente manera:

- 1) *El principio de non bis in idem es parte integrante del debido proceso* (Sentencia de la Sala Constitucional No. 4410-97).
- 2) *El principio de non bis in idem es también un efecto de la cosa juzgada.* La cosa juzgada produce dos efectos. El primero se refiere al carácter vinculante de una resolución judicial firme para otros procesos que se desarrollen sobre el mismo asunto, mientras que el segundo se orienta a evitar que sobre el mismo asunto u objeto ya resuelto se inicie o abra un nuevo proceso. Este segundo efecto es el que se conoce con el aforismo de non bis in idem. En este sentido, la Procuraduría General de la República ha sostenido en su jurisprudencia administrativa que: *“el artículo 42 de la Constitución Política establece: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible”. Y se encuentra íntimamente relacionado con el concepto de cosa juzgada material, pues como el propio texto constitucional dispone: “Se prohíbe reabrir causas fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión”.*

3) *No existe ninguna disposición constitucional que prohíba sancionar de formas distintas un mismo hecho* (Sentencias de la Sala Constitucional No. 6699-94 del 15 de noviembre de 1994, 5412-95 del 4 de octubre de 1995, 6775-95 del 28 de noviembre de 1995 y 5599-96 del 22 de octubre de 1996). “Según lo ha concluido este órgano asesor, con base en la doctrina reiterada por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, el principio denominado *non bis in idem*, derivado del artículo 42 de la Constitución, lo que prohíbe es sancionar más de una vez, en una misma vía, a una persona por el mismo hecho y no su doble juzgamiento o sanción en sedes diferentes, como serían la penal y la administrativa” (Procuraduría General de la República, C-079-2001, marzo del 2001).

4) *El principio proscribela imposición doble de sanciones de una misma especie por los mismos hechos*. La transgresión de un deber no tiene efectos unívocos, ya que puede consistir en la violación de una norma meramente disciplinaria, sin otras consecuencias, puede configurar un delito del derecho penal o implicar el resarcimiento. El principio *non bis in idem* sería violado únicamente en el supuesto de tratarse de responsabilidades y sanciones de la misma especie (Sentencias de la Sala Constitucional No. 1265-95 del 7 de marzo de 1995 y 6687-96 del 10 de diciembre de 1996).

5) *Un mismo hecho puede ser objeto de sanciones administrativas y penales, por existir independencia entre la sede administrativa y la penal en cuanto a la imposición de sanciones* (Sentencias de la Sala Constitucional No. 1569-93 del 31 de marzo de 1993, 3484-94 del 8 de julio de 1994, 4100-94 del 9 de agosto de 1994, 364-95 del 18 de enero de 1995, 2628-95 del 23 de mayo de 1995, 364-95 del 18 de enero de 1995 y 5450-96 de

16 de octubre de 1996). Así, por ejemplo, para citar solo una sentencia, la Sala Constitucional ha dicho: “*Al trabajador se le puede sancionar en vía administrativa, imponiéndole las sanciones de índole disciplinaria laboral que correspondan, aún cuando exista procedimiento penal en su contra, pendiente de resolución, en el que se juzguen los mismos hechos que se conocen en sede administrativa. Dictada sentencia judicial firme en vía penal, el recurrente podrá acudir ante la jurisdicción laboral a reclamar cualquier inconformidad relativa a la sanción disciplinaria impuesta, si en dicha sentencia se hubiere establecido que él no cometió los hechos que se le imputan y que son los mismos por los que se le sancionó administrativamente*” (Sentencia de la Sala Constitucional No. 4395-96 del 23 de agosto de 1996).

En igual sentido, la Sala Constitucional expresó:

“...las sedes penal y administrativa son autónomas una de la otra, por lo que en cada una de ellas se puede investigar a un sujeto y hasta llegar a conclusiones diferentes, sin que ello pueda ser interpretado como una doble imposición de sanción o violación al principio del *Non Bis In Idem*, pues la naturaleza de cada instancia es diferente...” (Sentencia de la Sala Constitucional N° 1569-93 de las 15:42 horas del 31 de marzo de 1993. En igual sentido 905-94, 4100-94, 1264-95, 3929-95, etc.).

6) Es jurídicamente posible que existan varios procedimientos paralelos por los mismos hechos, uno en sede administrativa disciplinaria, otro por ejemplo en el Colegio Profesional respectivo y otro en sede penal. Lo que no es jurídicamente posible es que existan procedimientos paralelos en la misma sede por los mismos hechos (por ejemplo, si hay dos procesos penales

por los mismos hechos, en distinto juzgado, deben acumularse).

“...debemos indicar que sí es posible la apertura de un procedimiento administrativo sancionador, para constatar si uno o varios servidores públicos han incurrido en una falta administrativa, y subsecuentemente, determinar si incurrieron en responsabilidad civil o administrativa-disciplinaria, cuando los hechos en que se fundamenta se están investigando también en sede penal, y aún cuando no haya existido pronunciamiento jurisdiccional firme y definitivo al respecto, ello en virtud de que cada una de esas vías es autónoma de la otra en cuanto a la aplicación de sanciones de diversa naturaleza, tal y como ha sido definido por la jurisprudencia de la Sala Constitucional” (Procuraduría General de la República, C-079-2001, marzo del 2001).

- 7) *Si se trata de un mismo hecho y recae absoluta en vía penal no puede imponerse una sanción administrativa por los mismos hechos* (Sentencias de la Sala Constitucional No. 3484-94 del 8 de julio de 1994, 4100-94 del 9 de agosto de 1994, 2628-95 del 23 de mayo de 1995 y 364-95 del 18 de enero de 1995). Existe una subordinación de la sede administrativa a lo que resuelva la penal sobre la existencia o no de los hechos y sobre la identidad del autor. *“No está de más advertir que, si con posterioridad, en el proceso penal se demostrare que los hechos acusados no sucedieron, o bien que la persona a quien se impuso la sanción administrativa por tales hechos, no fue la responsable, el perjudicado podrá plantear el recurso extraordinario de revisión contra el acto final mediante el cual se le impuso la sanción administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 353 de la Ley General de la Administración Pública”* (Procuraduría General de la

República, C-079-2001, 19 de marzo del 2001).

- 8) *Es posible sancionar en sede administrativa si la penal no se pronunció de forma definitiva sobre la existencia o inexistencia del hecho.* Si fue absuelto en vía penal -por falta de elementos de convicción que acreditaran en forma fehaciente su responsabilidad- aún así puede imponerse una sanción laboral, máxime si se toma en consideración que en esa materia no se determina la comisión de delitos, sino si su proceder quebrantó o no las obligaciones y deberes que le impone el cargo que desempeña (Voto 165-98 de 13 de enero de 1998). En igual sentido, si existe una absoluta, pero no es fundamentada en la inexistencia de los hechos, puede existir sanción administrativa (Voto 3383-95 del 28 de junio de 1995).
- 9) *Si la jurisdicción penal acredita la existencia del hecho, si los mismos constituyen falta en el ámbito administrativo o ético profesional puede ser sancionado aunque no sea delito.* Si en vía penal se determina que el hecho irregular existió, pero que no constituye delito, por ejemplo, por no haber sido cometido en forma dolosa, el asunto sí podría ser examinado en vía administrativa (Sentencias de la Sala Constitucional No. 3484-94 del 8 de julio de 1994, 4100-94 del 9 de agosto de 1994 y 2628-95 del 23 de mayo de 1995).
- 10) *Es posible imponer una sanción disciplinaria cuando el hecho sí fue penalizado en la jurisdicción penal* (Sentencias de la Sala Constitucional No. 3484-94 del 8 de julio de 1994, 4100-94 del 9 de agosto de 1994, 2628-95 del 23 de mayo de 1995 y 364-95 del 18 de enero de 1995).
- 11) *Uno de los límites a la de la potestad sancionadora de la administración es*

su subordinación a la Autoridad Judicial (Sentencias de la Sala Constitucional No. 3484-94 del 8 de julio de 1994, 4100-94 del 9 de agosto de 1994, 2628-95 del 23 de mayo de 1995 y 364-95 del 18 de enero de 1995).

- 12) *Puede existir complemento entre la vía penal y la administrativa en aquellos supuestos en que la última necesita la certeza y la seguridad que otorga el proceso penal para poder imputar un determinado ilícito al sujeto* (Sentencias de la Sala Constitucional 364-95 del 18 de enero de 1995 y 5450-96 del 16 de octubre de 1996).
- 13) *La existencia de un proceso penal faculta al patrono a iniciar una investigación en sede administrativa para constatar si la persona ha cometido alguna falta que le genere responsabilidad en esta sede, siempre y cuando el delito que se le imputa tenga relevancia para el ejercicio de su cargo* (Sentencia de la Sala Constitucional No. 1625-99 del 5 de marzo de 1999).

“Pero cuando el procedimiento administrativo sancionatorio se fundamente en la atribución de hechos ilícito-penales a alguien, el órgano director queda inexorablemente sujeto al resultado de la causa penal seguida al efecto. En estos casos, el delito por el que se esté persiguiendo al funcionario debe tener relevancia para el ejercicio del cargo y significar un perjuicio para la función que desempeña, de manera que el hecho endilgado pueda a su vez constituir una causal de despido” (Procuraduría General de la República, C-079-2001, 19 de marzo del 2001).

- 14) *Sólo se puede juzgar una vez, pero pueden imponerse sanciones o reprimirse con varias clases de modalidades de penas en una misma sede* (Sentencia de la Sala Constitucional No. 30-95 del

3 de enero de 1995). Así la imposición conjunta de pena de prisión y pena de multa por la comisión de un mismo delito no violenta el principio de non bis in idem (Sentencia de la Sala Constitucional No. 1606-96 del 9 de abril de 1996 y 2806-96 del 11 de junio de 1996). Tampoco la imposición de pena de prisión e inhabilitación (Sentencia de la Sala Constitucional No. 6699-94 del 14 de noviembre de 1994).

- 15) *Los principios que informan el debido proceso penal son de aplicación atenuada dentro del campo administrativo sancionatorio, en resguardo de los derechos del administrado* (Sentencia de la Sala Constitucional No. 1625-99, 5 de marzo de 1999).
- 16) *La obligación de cancelar multas y recargos no implica una violación al non bis in idem, sino que deriva del incumplimiento de una obligación* (Sentencias de la Sala Constitucional No. 5963 del 11 de octubre de 1994, 6362-94 del 1 de noviembre de 1994, 364-95 del 18 de enero de 1995, 576-95 del 1 de febrero de 1995 y 576-95 del 1 de febrero de 1995).

En definitiva, nuestro ordenamiento jurídico reconoce y protege nuestra libertad y autonomía en la elección de profesión y en el posterior ejercicio de la profesión elegida; al mismo tiempo que fija una serie de deberes, límites y prohibiciones, orientadas a cumplir con aquella competencia técnica adquirida de la mejor manera posible a favor de los demás. Si por el contrario, trasgrediendo aquellos deberes, límites y garantías, el profesional perjudica a otros (usuarios o empleador por ejemplo), podría incurrir en responsabilidad penal, administrativa, civil o ética, sancionadas por los órganos competentes, de conformidad con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico. La Enfermería es una profesión que se ejerce dentro del marco del Derecho.

La responsabilidad (de cualquier índole) es una garantía para los usuarios de los servicios que prestan los profesionales en general y de enfermería en particular. Por el contrario, el debido proceso es una garantía jurídica para toda persona en general y los profesionales en especial, a quienes se les imputen conductas contrarias a Derecho que por ser productoras de daños podrían comprometer su responsabilidad penal, civil, administrativa o ético profesional. Así como la responsabilidad podría decirse que opera en contra del profesional y a favor del usuario, el debido proceso, por el contrario, es una garantía que opera a favor del profesional. El principio de non bis in idem es una de esas garantías, contenidas a su vez en la del debido proceso, que opera a favor de las personas, para que no sea juzgada y sancionada doblemente en una misma sede por los mismos hechos, pero también el principio mantiene un equilibrio que impide la impunidad, como podría ser el efecto si habiéndose sancionado en lo administrativo ya no se podría sancionar en lo penal o siendo sancionado en lo penal ya no se podría sancionar en lo administrativo, con el perjuicio, por ejemplo, de que siendo sancionado en lo penal y teniendo relación con el cargo, el patrono no podría despedirlo.

Esta garantía se encuentra recogida en el artículo 10 del Código de Ética y Moral Profesional del Colegio de Enfermeras de Costa Rica.¹⁴

- f. Principio de proporcionalidad. Significa simplemente que la sanción impuesta debe guardar una adecuada relación con la gravedad de la falta. Este principio es una exigencia para la técnica legislativa y un

límite para el legislador (o quien dicte las normas), porque a cada conducta debería de hacer corresponder una sanción, que en todo caso debe ser proporcional a la jerarquía del bien jurídico tutelado, a la intensidad de la falta, a la gravedad de los daños, a la intencionalidad de autor, etc. Una redacción de ese tipo reduce sustancialmente la discrecionalidad de los órganos que ejercen la potestad disciplinaria. Como existe ese grado de discrecionalidad y la exigencia de proporcionalidad, es necesario que las resoluciones se motiven a fin de ejercer contralor de legalidad sobre ellas.

En virtud de lo anterior, en el proyecto del nuevo “Código de Ética y Moral Profesional para el Colegio”, este principio aparece en el artículo 10, regulado de la siguiente forma: *“1. La sanción que se imponga debe estar ajustada al acto ilegítimo que se cometió, en forma tal, que a mayor gravedad de la falta, mayor gravedad de la sanción, lo que implica una proporcionalidad de causa a efecto, resultando ilegítima aquella sanción que no guarde conformidad con este principio. 2. Para los efectos del párrafo anterior, se observarán, entre otros, los siguientes parámetros: intencionalidad, grado de perturbación o afectación al servicio, reiteración de la falta, afectación a los usuarios o compañeros, afectación al Colegio, si el deber o prohibición violada es general, específico o guarda alguna especificidad respecto de su cargo y, la circunstancias que mediaron en la comisión de la falta u omisión del deber”*. Estos principios son una garantía para la persona sometida a la potestad disciplinaria y un límite para el ejercicio de la misma.

14. El Código de Ética y Moral Profesional en su artículo 10 expresa: “Artículo 10.- Principio de non bis in idem. 1. Cuando se encuentren dos procedimientos paralelos uno penal y otro disciplinario, por los mismos hechos y contra el mismo colegiado, se suspenderá el dictado de la resolución final del segundo, hasta que se resuelva en firme el primero; siempre que, para resolver, el Colegio necesite de la comprobación de los hechos o la verificación de la identidad del actor por la jurisdicción penal. 2. El juicio de los tribunales penales sobre la existencia de los hechos o sobre la identidad del infractor, vincula al Colegio en el ejercicio de la potestad disciplinaria. 3. No procede la aplicación de dos o más sanciones administrativas, por la comisión de un mismo hecho, salvo cuando tenga distinto fundamento. 4. Queda terminantemente prohibido tramitar dos o más expedientes paralelos por los mismos hechos, contra la misma persona profesional en enfermería, y reabrir causas a las que mediante resolución se les ha puesto fin”.

g. Principio de culpabilidad. Esta garantía del Derecho Penal también tiene su aplicación en esta materia. La presunción o estado de inocencia obliga a que se pruebe fehacientemente la culpabilidad del autor. La culpabilidad exige la identidad e individualización del autor y además, que se configure respecto de él los elementos de tipo objetivo y subjetivo. Para ello debe haber un mínimo de pruebas con el suficiente poder para destruir aquel estado o presunción de inocencia.¹⁵ La responsabilidad disciplinaria solo puede exigirse de colegiados y colegiadas que hayan incurrido en conductas activas u omisivas sancionables y a los que se les haya probado la comisión de hecho, la antijuridicidad de la conducta.

En relación con el Derecho Penal, pero aplicable en lo pertinente a esta materia, la Sala Constitucional ha dicho: *“El derecho penal de culpabilidad, como ya se adelantó, pretende que la responsabilidad penal –como un todo- esté directamente relacionada con la conducta del sujeto activo; se es responsable por lo que se hizo (por la acción) y no por lo que es. Sancionar al hombre por lo que es y no por lo que hizo, quiebra el principio fundamental de garantía que debe tener el derecho penal en una sociedad democrática”* (Sentencia de la Sala Constitucional No. 5920-96). Como se observa, las sanciones no se pueden poner por sus preferencias sexuales, religiosas, políticas, o por enemistad personal, etc. en todos estos casos se estaría juzgando a la persona por lo que es, no por una conducta contraria al régimen jurídico ético disciplinario.

h. Principio de antijuridicidad. La antijuridicidad es la característica que tiene la conducta de ser contraria al orden jurídico y no sólo a una norma prohibitiva. Que la conducta

se oponga a una norma prohibitiva la hace típica, pero resta observar si en el ordenamiento existen causas de justificación. Un ejemplo sería conocer una denuncia con una enfermera obstetra por aborto, lo que configura una acción prohibida en su forma culposa o dolosa. Sin embargo, después de la investigación se concluye que había un estado de necesidad y era el medio posible para salvar la vida de la madre, siempre que no se pudiera evitar por otros medios.

En ese sentido el artículo 121 del Código Penal establece: *“No es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstetra autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios”*. No basta la tipicidad, solo por conductas antijurídicas se imputa responsabilidad penal o disciplinaria.

i. Extinción de la responsabilidad y prescripción. La responsabilidad disciplinaria se extingue por el cumplimiento de la sanción, por la muerte del colegiado o colegiada, por la prescripción de la falta o de la sanción. También se extingue para quien deja de ser colegiado, de manera que no se le puede imponer la sanción o aplicar. La prescripción de las faltas se interrumpe por la iniciación del procedimiento sancionador (auto de intimación). La interposición de la denuncia no interrumpe la prescripción.

En relación con la prescripción para dar inicio al procedimiento (prescripción de la infracción o falta, para ser conocida por el Colegio), el Tribunal de Ética y Moral Profesional ha dicho en su jurisprudencia: *“... esta Junta Directiva no considera de aplicación a la prescripción para iniciar el*

15. “La culpabilidad exige la identidad e individualización del autor y además, que se configure respecto de él los elementos de la infracción que se le imputa. Para ello debe de haber un mínimo de pruebas con el suficiente poder para destruir aquel estado o presunción de inocencia. La responsabilidad disciplinaria solo puede exigirse de colegiados y colegiadas que hayan incurrido en conductas activas u omisivas sancionables y a los que se les haya probado la comisión del hecho y la antijuridicidad de la conducta”. Resolución de la Junta Directiva N° 14-2005, sesión ordinaria del 08 de diciembre del 2005.

respectivo procedimiento, el término de un mes, que contempla el numeral 603 del Código de Trabajo, toda vez que como se dijo, no estamos aquí en presencia de una relación laboral y donde es absolutamente irrelevante si la supuesta infracción cometida, lo es en ejercicio liberal de la profesión de enfermería (contratada mediante honorarios, o en ejercicio gratuito, caridad, etc), o como empleada de una organización. También es cierto, que el ordenamiento jurídico administrativo aplicable al régimen disciplinario del Colegio no contempla un término de prescripción, finalizado el cual, ya no se pueda iniciar el procedimiento respectivo. A falta de norma expresa, y estando presente la obligación de fallar las causas puestas a nuestro conocimiento, corresponde integrar el ordenamiento jurídico, por lo que consideramos aplicable la disposición 44 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley 8422 del 14 de septiembre del 2004 y por conexión, la del artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Ley 7428, de 7 de septiembre de 1994)” (Resolución de la Junta Directiva N° 10-2005 del 27 de octubre del 2005).

- j. Presunción de inocencia. Consiste en que toda persona es inocente hasta que no se le demuestre lo contrario. Gracias al principio de inocencia la carga de la prueba la tiene el órgano que disciplina, en este caso al Colegio, a quien le corresponde demostrar la existencia de la falta. “El principio de inocencia protegido por el artículo 39 de la Constitución Política, exige la plena demostración de culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable” (Sentencia de la Sala Constitucional No. 4847-96, 1511-94, 4700-93, entre otras). Siguiendo

el principio descrito, el Tribunal de Ética y Moral, en ejercicio de sus competencias, confirmó el estado de inocencia de un colegiado acusado de falsificar un título universitario, con el objetivo de lograr una promoción y la permanencia del empleo en la Caja Costarricense de Seguro Social.¹⁶

En relación con el principio y derecho de inocencia, el Tribunal de Moral Profesional ha establecido: “El principio de inocencia es una garantía a favor de toda persona que se encuentre señalada como autora de una infracción, sin importar si es de tipo penal, administrativa, laboral, civil o ético disciplinaria. Es un principio que cubre todo el Derecho sancionador (penal, administrativo, ético profesional, etc). A nadie se le puede imponer una sanción si no ha quedado demostrada fehacientemente su culpabilidad, mediante un procedimiento donde se garanticen y respeten los derechos del imputado o señalado como posible infractor. En el caso que nos ocupa, no se ha podido demostrar la culpabilidad del colegiado... por lo que, respecto de esta sede, conserva su estado de inocencia” (Resolución del Tribunal de Moral Profesional N° 04-2005 de las 16:00 horas del 06 de abril del 2005).

Es importante señalar que en relación con la intimación de los hechos, lo que interesa es comunicarle con claridad cuales son los hechos denunciados, no tanto la calificación jurídica de los mismos.

“...la modificación de la calificación jurídica de los hechos, no lesiona el debido proceso, siempre que el cuadro fáctico por el que se intimó al imputado se mantenga invariable...el principio de intimación, es un elemento integrante del debido proceso,

16. “Es importante señalar que no corresponde a esta sede determinar si se configura o no el delito de falsificación ideológica, tipificado en el artículo 360 del Código Penal, o la configuración de cualquier otro delito; esa tarea le corresponde a la jurisdicción penal. Lo relevante en esta sede administrativo, ético profesional, es determinar si una conducta de un profesional de la enfermería, debidamente incorporado al Colegio, independientemente de su relevancia penal o no, infringe alguno de los valores o principios ético jurídicos que informan la profesión de enfermería. La determinación de los hechos es relevante sólo en la medida en que sirven al objeto principal de este régimen disciplinario. En el caso que nos ocupa, no se ha logrado demostrar en autos, la procedencia de la fotocopia de un supuesto título de licenciatura, supuestamente otorgado por la Universidad de Costa Rica al señor...; mucho menos la autoría, por lo que el señor... conserva su estado de inocencia de conformidad con lo que estipula el ordenamiento jurídico vigente y aplicable”. Resolución del Tribunal de Moral Profesional N° 04-2005 de las 16:00 horas del 06 de abril del 2005.

que le da derecho a todo imputado a ser instruido de los cargos, es decir, puesto en conocimiento de la acusación, mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos y sus consecuencias legales” (Sentencia de la Sala Constitucional No. 3133-96).

En todo caso, la jurisprudencia admite cambios o modificaciones y, por tanto, equivocaciones en la calificación jurídica de los hechos. Admite también cambios en los elementos accidentales de los hechos, pero no en los esenciales, aquí le asiste a la persona sometida a disciplina un *derecho a la inalterabilidad de los elementos sustanciales de los hechos que se imputan*.

“Coexisten en la acusación, elementos esenciales y accidentales, los primeros no podrán modificarse sin variar la sustancialmente y sobre ellos tiene el acusado un derecho de inalterabilidad; sobre los segundos no existe tal derecho porque no producen cambios relevantes en el núcleo fáctico de lo acusado” (Sentencia de la Sala Constitucional No. 103-96).

En definitiva, la presunción o estado de inocencia exige a los órganos competentes de aplicar la potestad disciplinaria a intimar con precisión y claridad los hechos que se le imputan como faltas a sus deberes ético jurídicos profesionales. Asimismo, impone al órgano competente la obligación de mostrar la culpabilidad y de motivar de manera congruente (hechos-sanción) la recomendación y la resolución final.

- k. Indubio pro reo. En relación con este principio la Sala Constitucional ha dicho en su jurisprudencia: “Esta Sala ya ha determinado que el principio de “in dubio pro reo” forma parte del debido proceso, de manera que si existiendo duda razonable sobre la participación del acusado en los hechos que se le imputan -circunstancia que en aplicación del citado principio hacía procedente su absolutoria- se le condena,

hay violación al debido proceso. En la sentencia No. 1739-92 esta Sala sobre el principio en cuestión expresó: *“Implica que la convicción del Tribunal respecto de la culpabilidad del imputado debe superar cualquier duda razonable, de manera que cualquiera que exista obliga a fallar a su favor. El respeto debido a este principio capital comporta, además la obligación del juez de prepararse, y de todo el sistema judicial de ayudarlo a prepararse sociológica, espiritual y socialmente para mirar en el reo al ser humano en desgracia, merecedor, no solo de justicia, sino también de comprensión y compasión”* (Sentencia de la Sala Constitucional No. 5428-96 y 7433-94).

En definitiva, se está ante un principio que informa la interpretación de los hechos y el Derecho, de tal manera que si los integrantes del órgano que ejerce la potestad disciplinaria tienen dudas sobre la responsabilidad disciplinaria del sometido a dicha potestad, se resuelva a favor del colegiado investigado.

- i. Ámbito subjetivo de la potestad disciplinaria. Alcance y límite. Desde el punto de vista subjetivo, esto es, en relación con los sujetos pasivos de la potestad, ésta sólo puede alcanzar a aquellos profesionales de la enfermería que se encuentren colegiados al momento de iniciarse el procedimiento disciplinario y siempre que el tiempo en el que se cometió la falta también se encontrara incorporado al Colegio. “El Régimen disciplinario del Colegio tiene al menos dos aspectos que limitan su competencia. El primero de ellos es el ámbito subjetivo y el segundo es el ámbito material de competencia. En relación con el primer aspecto, no le corresponde a este Tribunal resolver denuncias contra personas que no se encuentran incorporadas al Colegio. En estos casos, le corresponde a los Tribunales de Justicia, el Colegio a lo sumo, le corresponde presentar la denuncia correspondiente. Ejemplo de lo anterior son los casos de ejercicio ilegal de la profesión”

(Resolución del Tribunal de Moral Profesional N° 09 -2005, de las 15 horas del 18 de mayo del 2005).

Sin embargo, el Tribunal de Ética y Moral Profesional ha considerado que dentro de su ámbito subjetivo también se encuentran los auxiliares de enfermería, en tanto se encuentren inscritos en el respectivo registro en el Colegio: *“... el Colegio solo tiene potestades en relación con aquellas personas incorporadas al Colegio (profesionales) o solo inscritos en un registro (Auxiliares de Enfermería); pero carece absolutamente de competencias en relación con personas, que aunque ejerzan en la realidad la enfermería, como supuestos profesionales o como auxiliares, sin contar con los requisitos legales para ello, como es la preparación técnica o académica adecuada, no son personas incorporadas o inscritas de conformidad con la Ley. Respecto de estas personas procede solo la denuncia por ejercicio ilegal de la profesión. El ejercicio ilegal de la profesión es un delito, por tanto corresponde a las autoridades judiciales, concretamente a la jurisdicción penal, conocer del asunto y no al Colegio de Enfermeras de Costa Rica. En síntesis, el ámbito personal o subjetivo del ejercicio de la potestad disciplinaria del Colegio solo alcanza a aquellos que se encuentran incorporados o inscritos al Colegio y no respecto de personas que están ni incorporados ni inscritos en sus*

registros” (Resolución del Tribunal de Moral Profesional N° 11-2005 de las 15:35 horas del 18 de mayo del 2005).

Hay una diferencia sustancial entre el auxiliar de enfermería y el profesional de enfermería, diferencia que el propio Tribunal de Ética y Moral ha establecido en su jurisprudencia,¹⁷ al efecto ha expresado: *“... sólo los enfermeros y enfermeras profesionales, debidamente graduadas de la carrera de enfermería, impartida en un Centro de estudios de Educación Superior (universitario) debidamente autorizado, pueden ser tenidos como miembros del Colegio de Enfermeras de Costa Rica, formando parte de su base asociativa y de su naturaleza corporativa, con todos los deberes y derechos que la incorporación supone. Los auxiliares de enfermería reciben una licencia para ejercer su actividad técnica de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley 2343, pero no se incorporan al Colegio, sólo se inscriben en un registro, por tanto no gozan ni de los derechos ni el Colegio tiene respecto de ellos, más potestades que las que expresamente le atribuye el ordenamiento jurídico vigente”* (Resolución del Tribunal de Moral Profesional N° 11-2005 de las 15:35 horas del 18 de mayo del 2005).

A nuestro juicio, los auxiliares de enfermería no forman parte del ámbito subjetivo de aplicación de la potestad disciplinaria del

17. Los Auxiliares de Enfermería no son profesionales de enfermería debidamente titulados por una universidad autorizada. Son, por lo general, técnicos, con un régimen jurídico diverso, que después de recibir una capacitación idónea, desempeñan funciones menores, propias de la enfermería, de atención y cuidados de los pacientes o usuarios en los distintos centros de salud del país. Todo esto sin perjuicio de que, por situaciones propias del mercado de trabajo, hoy muchos profesionales de Enfermería, debidamente incorporados al Colegio, se estén desempeñando como auxiliares. Lo que importa destacar es que la actividad técnica de auxiliares de enfermería, tal y como está concebida legalmente hoy, no requiere para su ejercicio de la titulación universitaria, lo que resulta independiente de si la persona que ejerce tal actividad está solo calificada para ello o por el contrario está sobre calificada por contar con un grado profesional y se encuentra incorporada al Colegio de Enfermeras de Costa Rica. //En efecto, mientras que el artículo 2, 20, 22, 23 de la Ley 2343, claramente establecen que los profesionales de enfermería son graduados de escuelas universitarias de enfermería; los artículos 24 y 26 de la misma Ley y 98, a), 99, 100, 104 y 105 del Decreto Ejecutivo No. 11 de 10 de agosto de 1961, expresamente estipulan que para ejercer como auxiliar de enfermería se requiere únicamente la aprobación de un Curso de Capacitación o una formación menor, que generalmente son impartidos por el CEN-DEISSS, centro de capacitación de la Caja Costarricense de Seguro Social. En idéntico sentido el Decreto Ejecutivo No. 18190-S, reformado entre otros por el Decreto Ejecutivo 31506-S, que desarrolla la ley 7085, claramente hace la distinción entre la formación profesional y universitaria de un enfermero o enfermera, respecto de la formación técnica del auxiliar de enfermería (art. 20 del Decreto). //Los auxiliares de enfermería, en sentido técnico jurídico, no se incorporan al Colegio, sólo se inscriben en él. El artículo 24 de la Ley 2343, expresa: “Toda persona que aspire a trabajar como auxiliar de Enfermería deberá proveerse de la licencia respectiva que le extenderá el Colegio, para lo cual deberá inscribir su nombre en los Registros que a este efecto llevará el mismo”. Resolución del Tribunal de Moral Profesional N° 11-2005 de las 15:35 horas del 18, de mayo del 2005.

Colegio, ésta recae sólo en los profesionales debidamente incorporados al Colegio. Sin embargo, comprendemos la preocupación del Tribunal, en el sentido de que se trata de un personal subordinado a los profesionales de enfermería, que atiende directamente al paciente o sujeto de atención, quienes pueden salir lesionadas o perjudicadas en sus intereses, derechos y persona por sus acciones; y no tienen otro control ético disciplinario que el que puedan recibir del Colegio.

- m. Ámbito material de la potestad disciplinaria. Alcance y límite material de competencia. En relación con el ámbito o alcance material de la potestad disciplinaria ético profesional, se puede decir que la responsabilidad disciplinaria de un enfermero o enfermera ante el Colegio sólo es procedente si la falta se produce como consecuencia y con ocasión del ejercicio de la profesión de enfermería. En otras palabras, los alcances o ámbito material de la potestad disciplinaria del Colegio y del régimen disciplinario de la profesión, se encuentra circunscrito al

ejercicio de la enfermería o por actividades conexas con ésta, ya se trate del ejercicio técnico o profesional directamente al sujeto de atención, o en la investigación, la docencia o la administración y supervisión de los servicios de enfermería.¹⁸

No es jurídicamente válido que un Colegio Profesional le impute responsabilidad a un colegiado por hechos cometidos fuera del ejercicio profesional, como por ejemplo, hechos de violencia doméstica.¹⁹ Tampoco cuando los hechos que se denuncian se circunscriben a las relaciones de vecindad, cometidos con ocasión de ellas, sin ninguna relación con el ejercicio de la profesión, aunque sucediera entre colegas.²⁰ Quedan fuera del ámbito de aplicación de la potestad, las faltas cometidas en ejercicio de otras profesiones que posee la persona colegiada.²¹ No le corresponde a esta jurisdicción administrativa ético profesional, conocer violaciones al régimen jurídico estrictamente laboral, por ejemplo, el incumplimiento de deberes funcionariales como el del horario, llegadas tardías, etc.²²

18. "... el Colegio tiene atribuida la potestad disciplinaria, mediante la cual procura que los profesionales incorporados al Colegio ajusten su conducta a principios y valores éticos y morales, generalmente contenidos en normas jurídicas; cuya persecución y sanción constituyen una garantía para los usuarios de esos servicios profesionales. Los servicios profesionales de enfermería se dan tanto cuando el profesional ofrece los servicios de atención directa del paciente, como cuando administra servicios de salud, investiga o forma a otras personas en áreas relacionadas con su profesión (docencia)". Recomendación del Tribunal del Colegio de Enfermeras de las 18:50 horas del 06 de julio del 2005.

19. "La potestad disciplinaria tiene un límite material, circunscrito, como ya se dijo, a todas aquellas infracciones cometidas en el ejercicio de la profesión o que guarden conexión directa con ésta. Cualquier acto que no se encuentre en ese ámbito material queda fuera de la competencia disciplinaria del Colegio, por tanto de este Tribunal, de la Junta Directiva y de la Asamblea General. El acto que dicte transgrediendo esos principios es absolutamente nulo por falta de competencia. Es por eso que los hechos denunciados, por haberse producido en el contexto de relaciones privadas de índole sentimental, domésticas, derivadas de su relación de convivencia, sin relación o conexión alguna con el ejercicio de la enfermería, quedan fuera del ámbito de competencia material del ejercicio de la potestad disciplinaria atribuida al Colegio y por ende, a este Tribunal". Resolución del Tribunal de Moral Profesional N° 05-2005, de las 19 horas del 31 de agosto del 2005.

20. "La potestad disciplinaria tiene un límite material, circunscrito, como ya se dijo, a todas aquellas infracciones cometidas en el ejercicio de la profesión o que guarden conexión directa con ésta. Cualquier acto que no caiga en ese ámbito material queda fuera de la competencia disciplinaria del Colegio, por tanto de este Tribunal, de la Junta Directiva y de la Asamblea General. El acto que dicte transgrediendo esos principios es absolutamente nulo por falta de competencia. Es por eso que los hechos denunciados, por haberse producido en el contexto de relaciones privadas de vecindad, como miembros ambas (denunciante y denunciada) de una comunidad, residencial o barrio, quedan fuera del ámbito de competencia material del ejercicio de la potestad disciplinaria atribuida al Colegio y por ende a este Tribunal". Resolución del Tribunal de Moral Profesional N° 06-2005, de las 19:15 horas del 31 de agosto del 2005.

21. "En relación con el ámbito material, el Tribunal no puede conocer denuncias contra personas, que si bien están colegiadas, la infracción no guarda relación alguna con la Enfermería, como sería el caso de todas aquellos profesionales de Enfermería que también son tituladas en otras ramas del conocimiento, distantes de la Enfermería, y que es precisamente en ejercicio de tales conocimientos que comete la supuesta infracción, como sería por ejemplo, el ejercicio de conocimientos en Informática, Derecho, Administración, Contabilidad; etc." Resolución del Tribunal de Moral Profesional N° 09 -2005, de las 15 horas del 18 de mayo del 2005.

22. "Que la licenciada... no presenta denuncia formal contra persona alguna, por conductas propias del ejercicio de la enfermería. Por el contrario, lo que reclama es una posible violación de las Normas de Relaciones Laborales de la Caja Costarricense de Seguro Social y sus trabajadores. Se trata entonces, de un asunto relacionado con el régimen jurídico de empleo y no con las reglas que rigen la conducta en el ejercicio profesional de la enfermería. El Tribunal de Moral Profesional solo es competente para conocer de éstas últimas. Resolución de la Junta Directiva N° 08-2005, del 22 de septiembre del 2005.

Obviamente, quedan fuera los hechos que aunque lesionen a alguna persona y sus derechos, no fueron cometidos por profesionales de la enfermería debidamente incorporados.²³

El acto que alguno de los órganos del Colegio (Tribunal, Junta Directiva, o Asamblea General) dicte infringiendo su ámbito material, sería absolutamente nulo, por ilegalidad e incompetencia. *“Cualquier acto que no se encuentre en ese ámbito material queda fuera de la competencia disciplinaria del Colegio, y por tanto, de la Junta Directiva y de la Asamblea General. El acto que dicte transgrediendo esos principios es absolutamente nulo por falta de competencia”* (Resolución de la Junta Directiva N° 08-2005, del 22 de septiembre del 2005).

Por el contrario, sí tienen competencia los órganos respectivos del Colegio para conocer y sancionar, de ser el caso, todas aquellas infracciones cometidas por colegiados en ejercicio de la enfermería; como por ejemplo, la trasgresión de los deberes de diligencia y buen trato (Resolución de la Junta Directiva del Colegio, N° 10-2005, del 27 de octubre del 2005) e incumplimiento de deberes al no denunciar el incumplimiento del régimen jurídico de las auxiliares de enfermería (Resolución de la Junta Directiva del

Colegio N° 07-2005, del 22 de septiembre del 2005).

Finalmente, ninguna responsabilidad tiene quien actúa en ejercicio de un derecho y dentro de los límites de actuación válidos de éste (espacio jurídico válido de actuación), sin abuso del mismo y sin perjudicar a terceros.

“En definitiva, las expresiones emitidas por la colegiada... que como ha quedado analizado en el considerando anterior, se refieren a su opinión y concepción sobre las relaciones de orden profesional o laboral que deben prevalecer entre los profesionales de la enfermería y los auxiliares de enfermería en los establecimientos sanitarios y con ocasión de la prestación de los servicios de salud al usuario. El contenido de la entrevista no se refiere a hechos (fenómenos que ocupan un espacio y que se den en un tiempo), sobre los cuales se pueda predicar verdad o falsedad. Es por esa razón que este tribunal considera que el contenido del artículo o entrevista se enmarca dentro del contenido de la libertad de expresión, que consagra y reconoce la Constitución” (Recomendación del Tribunal de Moral Profesional N° 02-2005, de las 18:15 horas del 31 de agosto del 2005).²⁴

23. Ámbito material y subjetivo de la potestad disciplinaria. Límites. “... no es posible siquiera investigar el hecho, ni abrir causa o procedimiento, dado que los hechos denunciados no alcanzan a la persona denunciada. Son hechos acaecidos fuera de un área de acción profesional, externos a ella e incluso a la institución donde labora, por lo que la denuncia en relación con la señora (...) debe rechazarse y archiversarse”. Resolución del Tribunal del Colegio de Enfermeras N° 03-2005, de las 18:50 horas del 06 de julio del 2005.

24. En igual sentido, la Junta Directiva sobre el mismo caso expresó: “Como observa esta Junta Directiva, los comentarios de la denunciada se encuentran protegidos por el contenido esencial de la libertad de expresión. La libertad de expresión es un derecho fundamental de toda persona que, de conformidad con lo que establece la doctrina y jurisprudencia constitucionales, se diferencia de la libertad de información; en que la primera versa sobre opiniones sobre las cuales no puede predicarse la verdad o falsedad. Por el contrario, los contenidos de la libertad de información tienen que ser objetivos (concordancia con la realidad) y por esa razón, sobre ellos puede predicarse la verdad o falsedad. // “El Tribunal ha diferenciado la amplitud de ejercicio de los derechos... según se trate de libertad de expresión (en el sentido de la emisión de juicio y opiniones) y libertad de información (en cuanto a la manifestación de hechos). Con relación a la primera, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas: campo de acción que se amplía aún más en el supuesto de que el ejercicio de la libertad de expresión afecte el ámbito de la libertad ideológica... Por el contrario, cuando se persigue no dar opiniones, sino suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz; requisito de veracidad que no puede obviamente exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas. Ciertamente, resultará en ocasiones difícil o imposible separar, en un mismo texto, los elementos informativos de los valorativos; en tal caso, habrá de atenderse al elemento predominante” (O’ Callghan X. Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen; Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado; 1991, p. 5)”. Resolución N° 2-2005, de la Junta Directiva, tomada en sesión ordinaria del 22 de septiembre del 2005.

- n. Principio de interdicción de la arbitrariedad. La doctrina define el principio de interdicción de la arbitrariedad de la siguiente manera:

“Como su propio enunciado indica, el principio consagra la proscripción de toda actuación carente de justificación o “arbitraria” de los poderes públicos. A diferencia de los sujetos particulares, que puedan actuar libremente dentro del amplio marco que les fija el ordenamiento, los poderes públicos sólo pueden actuar en beneficio del interés público, cada uno en el ámbito de su propia competencia, de acuerdo con los procedimientos que la ley marca y con respeto a los principios y valores constitucionales y legales. Pues bien, la arbitrariedad estará determinada por la gravedad del quebrantamiento de alguno de dichos parámetros, como la ausencia de interés público que justifique la actuación, la omisión del procedimiento legalmente establecido o la infracción grave de algunos principios y valores constitucionales”. (Espin, 1994, p. 72). (El texto subrayado no es del original).

No estamos frente a una simple ilegalidad. La ausencia total de procedimiento es una violación tan grave y severa del ordenamiento jurídico que constituye una arbitrariedad. La imposición de sanciones de plano (sin procedimiento) constituye una arbitrariedad, que vicia de nulidad absoluta la resolución que incurre en ello. El procedimiento es el camino obligado que deben seguir los órganos encargados de aplicar la potestad disciplinaria (art. 39 CP, art. 211.3; 308.1, ambos de la Ley General de la Administración Pública). Es el camino tanto para formar la voluntad del ente público (Colegio), como para respetar el derecho de defensa e inocencia de los sometidos a dicha potestad.

Por otro lado, la falta de motivación de los actos que se dicten es igualmente una arbitrariedad. Cuando los actos o resoluciones no son motivadas, se entiende que el acto deriva o tiene por motivación la

pura voluntad del funcionario que lo dicta, requisito insuficiente en un Estado de Derecho, donde todo funcionario debe estar sujeto al orden jurídico, a la Constitución y la ley; expresión democrática del sistema, por lo que su observancia representa sujeción a la voluntad general y su inobservancia violación y sustitución de esa voluntad democrática. Al respecto el Tribunal de Ética y Moral Profesional ha expresado:

“... la legalidad guarda relación con la objetividad; mientras que la arbitrariedad con la subjetividad. En otras palabras, cuando se actúa con total apego al Derecho, la conducta del funcionario es también objetiva (esto quiere decir, apegada a parámetros previamente establecidos y además heterónomos, esto es, dictados por un tercero, generalmente el legislador o el Poder Ejecutivo, etc.) y por ende imparcial. La arbitrariedad por el contrario, guarda relación con prescindir del orden jurídico a favor de preferencias particulares, propias de funcionario. En efecto, en lugar de aplicar las normas, fines, procedimientos, etc., el funcionario aplica sus propias concepciones de lo justo y bueno, en lugar de buscar los fines de la ley, busca los propios (desviación de poder) y en lugar de aplicar por igual la norma, hace acepción de personas (preferencias personales) y convierte lo objetivo e imparcial, en subjetivo y parcial. Por esta razón, es que en el Derecho existe una serie de herramientas o garantías que sirven para proteger esta objetividad e imparcialidad, como es todo el régimen de incompatibilidades, de recusaciones, prohibiciones y conflictos de intereses, que tiene cada uno sus causales y momentos procesales para alegarse” (Resolución del Tribunal de Moral Profesional N° 09-2005, de las 15 horas del 18 de mayo del 2005).

- o. Principio del debido proceso. El debido proceso es un principio, derecho y garantía compleja, en cuyo seno se encuentra un conjunto de principios (todos lo que aquí se han enunciado y muchos otros), un conjunto

de derechos y garantías a favor de toda persona que ha sido señalada o se le imputa la comisión de una falta o delito. Obviamente tiene una aplicación más rigurosa en la sede penal que en la administrativa. La razón es sencilla, aquella es la última sede a la que acude una persona, de manera que deben extremarse las garantías. No por ello deja de tener aplicación en el ejercicio de la potestad disciplinaria ético profesional, por tanto estos principios informan todo el Derecho Sancionador. En relación con la aplicación de este principio en sede administrativa, la Sala Constitucional ha dicho:

“Esta Sala ha señalado del derecho al debido proceso legal... aplicables a cualquier procedimiento sancionatorio o que pueda tener por resultado la pérdida de derechos subjetivos. La administración debe, en atención al derecho de defensa del administrado: a) hacer traslado de cargos al afectado, lo cual implica comunicar en forma individualizada, concreta y oportuna, los hechos que se imputan; b) permitirle el acceso irrestricto al expediente administrativo; c) concederle un plazo razonable para la preparación de su defensa; d) concederle la audiencia y permitirle aportar toda prueba que considere oportuna para respaldar su defensa; e) fundamentar las resoluciones que pongan fin al procedimiento; f) reconocer su derecho a recurrir contra la resolución sancionatoria” (Sentencia de la Sala Constitucional No. 5469-95 y en igual sentido N. 6385-99, 270-99, 243-98, 5239-97, 5469-95, 1739-90 y 9215-90).

El debido proceso es una garantía que debe respetarse y aplicarse en todos aquellos casos en que hay afectación a derechos subjetivos y el acto produce daños (económicos, personales, morales) al administrado, en este caso, a los profesionales de enfermería colegiados. Constituye una garantía del derecho de inocencia y del derecho de defensa, de manera que nadie es culpable, ni puede ser sancionado, sin previa demostración de la culpabilidad.

El debido proceso protege tanto los fines públicos, como los derechos de los administrados. A fin de que las decisiones públicas no sean arbitrarias, se establecen las reglas procedimentales y procesales como normas indisponibles de orden público. Indisponibles para los administrados y para los poderes públicos.

“A imagen y por influencia de lo que ocurre en el derecho procesal, se entiende que el establecimiento de unos trámites que necesariamente habrán de ser observados cuando la administración actúe, en particular al relacionarse con otros sujetos, constituyen un medio para defender la seguridad de éstos, al mismo tiempo, que por conseguir la efectiva realización de los fines públicos. Esta es la causa de que las normas de procedimientos administrativo tengan el carácter de normas de orden público” (Sentencia de la Sala Constitucional No. 905-98 y en sentido similar No. 7190-94 y 1739-92).

La potestad disciplinaria ético profesional del Colegio es, como ha quedado dicho, una potestad pública, que en su ejercicio y aplicación deben observarse todas las garantías antes explicadas, como expresamente lo ha reconocido el Tribunal de Ética y Moral Profesional: “... dado que se trata de una potestad pública de naturaleza sancionadora, derivada del ius puniendi, su ejercicio debe regirse por los principios, garantías y límites que el ordenamiento jurídico público ha establecido para tal efecto. Dentro de esas garantías se encuentran todas aquellas desarrolladas en el Derecho Penal, que regula la más sensible de todas las potestades sancionadoras, y que en virtud del tronco que les es común, le son aplicables también a la potestad disciplinaria que tiene el Colegio respecto de su colegiados. Eso incluye, entre otros, la garantía del debido proceso, la interpretación restrictiva en el ejercicio y aplicación de la potestad y el principio de legalidad, entre muchos otros” (Resolución del Tribunal de

Moral Profesional N° 08 -2005, de las 15 horas del 18 de mayo del 2005).

- p. La afectación y protección del bien jurídico tutelado. En un Estado de Derecho y dentro del régimen jurídico ético profesional, la regulación de conductas y la sanción de las mismas tiene como propósito la tutela de bienes jurídicos, esto es de valores (éticos y morales) que se consideran de especial importancia en el ejercicio de la profesión de enfermería. Los bienes jurídicos son valores éticos y morales tutelados por el Derecho. No basta la transgresión de una norma jurídica, se requiere además que con la conducta se viole un bien jurídico. No basta la legalidad formal, se requiere legalidad sustancial (valores o bienes jurídicos).

En este sentido y en relación con el Derecho Penal, la doctrina penalista ha dicho: *“No se concibe que haya conducta típica sin que afecte un bien jurídico, puesto que los tipos no son otra cosa que particulares manifestaciones de tutela jurídica de esos bienes. Si bien es cierto que el delito es algo más –o mucho más– que la afectación a un bien jurídico, esta afectación es indispensable para configurar tipicidad. De allí que el bien jurídico desempeñe un papel central en la teoría del tipo, dando el verdadero sentido teleológico (de telos, fin) a la ley penal”* (Zaffaroni, 1986, p. 409).

En igual sentido, la Sala Constitucional en su jurisprudencia ha sostenido que el bien jurídico es fundamento de la potestad disciplinaria:

“El valor constitucional del bien jurídico ya ha sido analizado por la Sala, que en aplicación y acatamiento de las potestades que la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional le otorgan, le consideró como fundamento del ius puniendi estatal, y como base para la interpretación por parte de los demás órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar la ley penal a un caso concreto. Mediante

la sentencia No. 0525-93, al reconocer la existencia de un derecho penal democrático y acorde con sus postulados dogmáticos, que rigen esa forma de gobierno, se consideró que: “Al disponerse constitucionalmente que “las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley” art. 28- se impone un límite al denominado ius puniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión “encaje” abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público o a que no perjudiquen a terceros”. ...una teoría del delito basada en los principios del Estado de Derecho debe tender siempre a la seguridad jurídica, la cual solo puede ser alcanzada a través de la protección de los bienes jurídicos básicos para la convivencia social; segundo, para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, si no que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta...” (Sentencia de la Sala Constitucional No. 4673-03).

La Junta Directiva, a propósito de una denuncia contra una colegiada, por artículos que alguien considera ofensivos, señaló: *“En definitiva, esta Junta Directiva no observa en el contenido del texto de la entrevista que se denuncia, ninguna violación o trasgresión a bien jurídico alguno. Las expresiones, manifestaciones y opiniones de la colegiada denunciada son normales, emitidas con corrección, protegidas por el ámbito lícito de la libertad de expresión, como derecho fundamental del que la denunciada es*

titular. No se observa lesión a los derechos de intimidad, honor o imagen de ninguna persona o institución, por lo que la denuncia debe rechazarse ad portas (en la puerta)” (Resolución N° 2-2005 de la Junta Directiva, tomada en sesión ordinaria del 22 de septiembre del 2005).

q. Principios que informan la relación entre la potestad ético disciplinaria y la jurisdicción penal. Los dos principios esenciales en esta materia son: 1) Primacía del enjuiciamiento penal sobre el administrativo. Este principio conduce a que cuando en sede administrativa se conoce una denuncia por hechos que también constituyen delito y que se encuentran en conocimiento de la jurisdicción penal, corresponde suspender el procedimiento administrativo en espera de lo que al efecto resuelvan los tribunales penales. Se suspende la tramitación. 2) Vinculación de la administración por el relato fáctico y la identidad del autor de la sentencia penal. Luego, una vez que la jurisdicción penal resuelve, lo que diga sobre los hechos y la identidad del autor es vinculante para la administración, por la sencilla razón de que por disposición constitucional la actuación administrativa se encuentra sometida a revisión judicial y lo que ésta resuelva es definitivo para ella.

r. El interés público y la finalidad del régimen disciplinario ético profesional. Sobre el interés público como fundamento de la potestad disciplinaria del Colegio Profesional, la Sala Constitucional ha dicho en su jurisprudencia: *“De manera que no puede haber duda acerca de que la correcta y decorosa prestación de los diversos servicios profesionales tiene que ser considerada como una cuestión del más preponderante interés público, y en esto la Sala reafirma decididamente su postura. Precisamente por eso, es decir, para asegurar tanto la dignidad profesional como la satisfacción de los intereses de los usuarios de esos servicios, es necesaria la continua vigilancia de la actividad, supervisión que tiene alcances tanto preventivos*

como correctivos. Ese control toca, en primera instancia, al propio gremio profesional legítimamente interesado como lo está en salvaguardar su prestigio, integridad y tradición social. Para ello existen los colegios profesionales y por ello es que el Estado les concede potestades de autorregulación y de disciplina sobre sus miembros... pues intereses superiores a los particulares de los administrados exigen que exista un control sobre la actividad que realiza un grupo determinado de profesionales por constituir su actividad un servicio público cumplido a través de sujetos particulares” (Sentencia de la Sala Constitucional No. 4637-99).

En igual sentido, la Junta Directiva, haciendo eco de la jurisprudencia constitucional ha establecido que: *“... el ejercicio de la potestad disciplinaria ético profesional, se constituye en una garantía a favor de los usuarios de los servicios profesionales que brindan las enfermeras y enfermeros colegiados. El ejercicio de la potestad es de interés público (art. 113 LGAP), esto es, hay un interés individual coincidente de los administrados (la sociedad en su conjunto), de que los profesionales de enfermería sean vigilados en el ejercicio profesional, investigados cuando se denuncie la comisión de supuestos actos incorrectos, y de que se les sancione, si se les comprueba la falta, después de haberse observado, en su caso, las normas, principios y derechos del debido proceso administrativo” (Resolución de la Junta Directiva N° 10-2005 del 27 de octubre del 2005).*

s. Principio de lex artis. Todas las profesiones tituladas se fundan en unos principios, métodos y técnicas que le son propias. Esos principios, teorías y métodos le otorgan al profesional una particular forma de razonamiento científico, con el que suele enfrentar todas aquellas situaciones que no vienen definidas por la teoría. Este principio le exige al profesional actuar en cada caso apegado a esos principios, métodos, técnicas y criterios de razonamiento, pero ajustándolas a las circunstancias objetivas

(complejidad del acto, gravedad de la enfermedad o situación de salud, condiciones del establecimiento o servicio, etc.) y subjetivas (del paciente, familiares, o que afectan al propio profesional: agotamiento, etc.).

Todos estos principios y garantías deben observarse y respetarse en el procedimiento administrativo, sabiendo que se trata de una relación procedimental o procesal, en vía administrativa, que tiene como causa un conflicto derivado de relaciones sustancial y que la averiguación de la verdad real de los hechos pasa por el respeto de todas las garantías posibles al colegiado o colegiada a quien se le imputa o endilga la comisión de una falta al régimen ético profesional que regula el ejercicio profesional de la enfermería.

REFERENCIAS

1. Bastida freijedo F.J. *Libertad profesional*. En: Enciclopedia Jurídica Básica, Volumen III. Madrid, España: CIVITAS;1995.
2. Brewer-Carías A.R. *Derechos y Garantías constitucionales*. Tomo IV. De instituciones Políticas y Constitucionales. 3 ed. Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana; 1996.
3. Espin E. *El sistema de fuentes de la Constitución*. En: Derecho Constitucional, Vol. I. Valencia, 1994.
4. Gay Fuentes C. *La regulación del ejercicio de la profesión periodística*. Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1991; 126.
5. Hernández Valle R. *El Régimen jurídico de los derechos fundamentales en Costa Rica*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro; 2001.
6. López Guerra L, Espín Templado E, García Morillo J, Pérez Tremps P, Satrústegui M. *Derecho Constitucional Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch; 1994.
7. Martín-Retortillo Baquer L. *Honorabilidad y buena conducta como requisito para el ejercicio de profesiones y actividades*. Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1993; 130.
8. Ortiz Ortiz E. *Tesis de Derecho Administrativo*. Tomo I. San José, Costa Rica: Editorial STRADTMANN S.A.; 1998.
9. Piza Escalante R. Conferencia dictada por el autor, entonces juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el marco del Segundo Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos. IIDH. San José, Costa Rica, 06 de septiembre de 1984.
10. Procuraduría General de la República. *Dictamen Jurídico N° C-140-96*. San José, Costa Rica, 26 de agosto de 1996.
11. Procuraduría General de la República. *Opinión Jurídica N° OJ-001-2001*. San José, Costa Rica, 03 de enero de 2001.
12. Resoluciones varias de la Junta Directiva del Colegio de Enfermeras.
13. Resoluciones varias del Tribunal de Ética y Moral Profesional del Colegio de Enfermeras.
14. Sentencias de la Sala Constitucional No. 1386-90, 1739-90, 1895-90, 9215-90, 2633-91, 1739-92, 3834-92, 1022-93, 1569-93, 4700-93, 790-94, 789-94, 1511-94, 3484-94, 4100-94, 5911-94, 5963-94, 6699-94, 7190-94, 7433-94, 30-95, 61-95, 0223-95, 0244-95, 0284-95, 0364-95, 0576-95, 0877-95, 1264-95, 2628-95, 5412-95, 5469-95, 5483-95, 6775-95, 1606-96, 3133-96, 3515-96, 4395-96, 4847-96, 5428-96, 5450-96, 5599-96, 5920-96, 1019-97, 4410-97, 5239-97, 110-98, 223-98, 243-98, 905-98, 270-99, 1625-99, 2319-99, 4637-99, 6385-99, 9685-01, 5424-02, 6057-02. San José, Costa Rica.
15. Soler S. *Derecho Penal Argentino. Tomo V*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Argentina; 1976.
16. Stein E. *Derecho Político*. Madrid, España: Editorial Aguilar S.A.; 1971.
17. Stober R. *Derecho Administrativo Económico*. Ministerio para la Administraciones Públicas. Madrid, España, 1992.
18. Tolivar Alas L. *Derecho a la libre elección de profesión y oficio*. En: Estudios sobre la Constitución Española. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales. Libro Homenaje a Eduardo García de Enterría. Madrid, España: CIVITAS; 1991.
19. Tolivar Alas L. *La Configuración Constitucional del Derecho a la Libre Elección de Profesión u Oficio*. En: Estudios sobre la Constitución Española. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales. Libro Homenaje a Eduardo García de Enterría. Madrid, España: CIVITAS; 1991.
20. Villar Palasí J.L., et al. *La libertad constitucional del ejercicio profesional*. En: Estudios sobre la Constitución Española. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales. Libro Homenaje a Eduardo García de Enterría. Madrid, España: CIVITAS; 1991.
21. Zaffaroni R.E. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 1986.