

Universidad Católica Andrés Bello
Dirección General de los Estudios de Postgrado
Área de Derecho
Especialidad en Derecho Administrativo

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION
PÚBLICA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO PÚBLICO DE
ASISTENCIA A LA SALUD**

Trabajo Especial de Grado, presentado
como requisito parcial para optar al
Grado de Especialista en Derecho
Administrativo

Autora: María Elena Rodríguez

Asesor: Luis A. Ortiz Álvarez

Caracas, abril 2004

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION
PÚBLICA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO PÚBLICO DE
ASISTENCIA A LA SALUD**

Universidad Católica Andrés Bello
Dirección General de los Estudios de Postgrado
Área de Derecho
Especialidad en Derecho Administrativo

APROBACION DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana abogada María Elena Rodríguez, para optar al grado de Especialista en Derecho Administrativo, cuyo título: “Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en la Prestación del Servicio Público de Asistencia a la Salud”. Considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los doce días del mes de abril de 2004.

Luis A. Ortiz Álvarez

CI. _____

Universidad Católica Andrés Bello
Dirección General de los Estudios de Postgrado
Área de Derecho
Especialidad en Derecho Administrativo

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION
PÚBLICA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO PÚBLICO DE
ASISTENCIA A LA SALUD**

Por: María Elena Rodríguez

Trabajo Especial de Grado de Especialización de Derecho Administrativo, aprobado en nombre de la Universidad Católica “Andrés Bello”, por el Jurado abajo firmante, en la ciudad de Caracas, a los veinte días del mes de abril de 2004.

CI.

CI.

INDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
<hr/>	
CAPITULO I	
<hr/>	
REGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO PÚBLICO DE ASISTENCIA A LA SALUD	7
Noción y elementos del servicio público de asistencia a la salud	10
Origen y evolución de la noción de servicio público	10
Aproximación a la noción de servicio público de asistencia a la salud en Venezuela	15
Régimen de Organización	20
Organización del servicio	20
Modos de gestión del servicio	24
Régimen financiero	27
Régimen de funcionamiento	29
Principios generales del servicio público	30
Principios rectores del Sistema Público Nacional de Salud	34
Noción y derechos del usuario	36
Normas de funcionamiento del Sistema Público Nacional de Salud	42
<hr/>	
CAPITULO II	
<hr/>	
REGIMEN JURIDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA EN EL SERVICIO PÚBLICO DE ASISTENCIA A LA SALUD	59
Fundamento Constitucional	63
La jurisprudencia a partir de la Constitución de 1999	68
Regímenes de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública	70
Responsabilidad patrimonial por sacrificio particular o funcionamiento normal del servicio	73
Responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del servicio	79
Presupuestos o elementos de la responsabilidad patrimonial de la Administración	88
La lesión antijurídica	89
El daño	91

La relación de causalidad	97
Causales de exoneración de responsabilidad patrimonial de la Administración	103
La fuerza mayor y caso fortuito	104
El hecho de un tercero	106
La culpa de la víctima	106

CAPITULO III

CRITERIOS DE NORMALIDAD FUNCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION EN EL SERVICIO PÚBLICO DE ASISTENCIA A LA SALUD

	109
Prestaciones de asistencia a la salud	111
Carácter dinámico de las prestaciones	111
Contenido y alcance de las prestaciones	113
Obligaciones de la Administración en el servicio público de asistencia a la salud	116
Principio de Progresividad	117
Breve referencia al contenido mínimo de las obligaciones	119
Alcance de las obligaciones	122
Teoría de las faltas graves y leves del servicio	130
Otros estándares o parámetro de apreciación del funcionamiento del servicio público de asistencia a la salud	135
Medios y necesidades del servicio	136
Teoría de la previsibilidad del daño	139
Derecho a consentimiento informado	142

CONCLUSIONES

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Universidad Católica Andrés Bello
Dirección General de los Estudios de Postgrado
Área de Derecho
Especialidad en Derecho Administrativo

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION
PÚBLICA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO PÚBLICO DE
ASISTENCIA A LA SALUD EN VENEZUELA**

Autor: María Elena Rodríguez
Tutor: Luis A. Ortiz Álvarez
Fecha: Abril 2004

RESUMEN

Es de conocimiento público que el funcionamiento del servicio público de asistencia a la salud venezolano es deficitario. No obstante, llama la atención el poco uso que los administrados hacen de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, a través de la cual se le puede imputar responsabilidad patrimonial por los daños causados como consecuencia del funcionamiento de la actividad prestacional de asistencia a la salud. A pesar de que esta institución goza de un basamento constitucional y legal generoso, cuenta con muy poco desarrollo en la jurisdicción contencioso-administrativa. Hasta hace poco, la jurisprudencia sobre la materia presentaba un marcado predominio civilista, basada en la idea de la culpa. En tal sentido, la investigación centrará el análisis en la responsabilidad objetiva de la Administración, basada en la idea de lesión antijurídica imputable al funcionamiento normal o anormal del servicio. A la vez, se presenta el régimen jurídico del servicio público de asistencia a la salud en Venezuela y los estándares de valoración de normalidad funcional de la actividad en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración desarrollados por la jurisprudencia del Derecho comparado. La investigación se fundamentará en el método documental monográfico, con apoyo en fuentes bibliográficas y documentales, referencias legislativas, doctrinales y jurisprudenciales del Derecho nacional y comparado. Con la investigación se busca aportar elementos conceptuales que reafirmen la visión objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de asistencia a la salud, presentar cómo está regulado el servicio público de asistencia a la salud en el Derecho venezolano y en el marco de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Finalmente, presentar los principales criterios de valoración de la responsabilidad imputables a la Administración y funcionamiento del servicio de asistencia a la salud de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia, principalmente comparada.

INTRODUCCIÓN

La situación de deterioro progresivo que presenta el servicio público de asistencia a la salud no es desconocida por ningún venezolano. Las denuncias sobre la organización y funcionamiento de los establecimientos, bienes y servicios integrados a la red pública de atención médica, revelan el escenario diario en que se desarrolla esta actividad. Con fallas que dan cuenta de problemas como: deterioro de estructura física de los establecimientos, insuficiencia de equipos médicos operativos, distribución irregular de insumos y medicamentos que junto con un déficit de profesionales y técnicos de la salud, principalmente en el primer nivel de atención médica; contribuyen al colapso generalizado en que se encuentra la red pública hospitalaria y ambulatoria del país, generando retrocesos en torno a los estándares generales de funcionamiento del servicio.

Es lamentable que la crisis del servicio público de asistencia a la salud en nuestro país, en vez de revertirse, se haya agudizado progresivamente, llegándose a una situación en la cual la conciencia del colectivo asume como normal el incumplimiento regular de obligaciones preestablecidas a cargo de la Administración Pública. Aunado a ello está la falta de voluntad política del Estado en solventar los

problemas de funcionamiento del servicio a la par del retraso jurisprudencial en que se encuentra la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Según nuestro ordenamiento jurídico, la Administración Pública está al servicio de los particulares, y en su actuación debe procurar la satisfacción, protección y respeto a los derechos de los administrados. Asimismo, se hace responsable por los daños causados en sus bienes y derechos, cuando estos sean consecuencia de la función y gestión pública. No obstante, la Administración gestora de la actividad prestacional de asistencia a la salud incumple regularmente con tales fines.

Precisamente, la actitud pasiva de la Administración frente a las faltas del servicio de asistencia a la salud, la situación de indefensión en que se encuentran las personas usuarias del servicio, y el escaso desarrollo jurisprudencial que -bajo una concepción iuspublicista- presenta la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, son las razones que motivó emprender la presente investigación.

En efecto, el mayor desarrollo jurisprudencial lo encontramos en la tesis iusprivatista que fundamenta la responsabilidad en la idea de la culpa y coloca al administrado en una situación de dificultad probatoria frente a la entidad prestadora

del servicio y generadora del daño. Por el contrario, la tesis iuspublicista fundamenta la responsabilidad en la idea de lesión antijurídica imputable al funcionamiento normal o anormal de la actividad, lo que permite ampliar el ámbito de procedencia de la responsabilidad administrativa.

Aunque se observan avances en la sustentación objetiva de sentencias con respecto a la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, incluso en el ámbito de asistencia a la salud, estos avances lucen tímidos, ante una situación de incumplimiento regular de obligaciones preestablecidas en torno al funcionamiento y organización del servicio público de asistencia a la salud.

Por tales razones, la presente investigación tuvo como justificación contribuir en la procura de un mayor posicionamiento de la concepción iuspublicista de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, específicamente en el servicio público de asistencia a la salud.

El fundamento constitucional de la institución de responsabilidad patrimonial de la Administración es rico en normas que dan cuenta de un mandato expreso, para la Administración Pública, de responder por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento. Igualmente, la actividad de servicio público de asistencia a la salud

cuenta con una regulación generosa, que incluye normas y reglas que pautan la organización y funcionamiento de los establecimientos, bienes y servicios.

De allí la motivación de visualizar cómo está regulada la actividad de servicio público de asistencia a la salud; determinar cuál es el régimen jurídico que rige a la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en la prestación del servicio público de asistencia; y por último, precisar los criterios y estándares de medición del funcionamiento del servicio público de asistencia a la salud en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Todo de acuerdo con el Derecho nacional y demás referencias de la doctrina y jurisprudencia comparada.

Uno de los retos planteados en la investigación fue, precisamente, aportar elementos normativos, doctrinales y jurisprudenciales que enriquezcan el debate sobre el carácter objetivo, autónomo e independiente de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el servicio público de asistencia a la salud. Asimismo, aportar elementos teóricos que nos permitan apreciar la actuación de la Administración sanitaria con base en un marco mínimo referencial de protección jurídica a favor del administrado.

La Constitución otorgó rango constitucional al principio de progresividad de los derechos humanos, implicando para la Administración Pública actuaciones que no revelen retrocesos en el goce de los derechos, al tiempo de procurar la adopción progresiva de medidas con miras a avanzar en el disfrute de los mismos. En el caso concreto del servicio público de asistencia a la salud, la progresividad impone a la Administración el compromiso de forjar un piso mínimo de protección jurídica que garantice la satisfacción del derecho de protección de la salud, a través de servicios de calidad ofrecidos en forma continua y oportuna.

Con base en lo anterior, dividimos el trabajo en tres bloques temáticos. A saber, el Capítulo primero buscó dar respuesta a la interrogante de cómo está regulada la actividad de servicio público de asistencia a la salud. En tal sentido, se hizo una aproximación al origen y evolución de la noción de servicio público, las formas de organización y modos de gestión de la actividad, naturaleza y principios que rigen el financiamiento de la actividad, principios que rigen el funcionamiento de la actividad, los derechos del usuario, y por último, se presentaron las normas que pautan su funcionamiento. El Capítulo segundo buscó responder a cómo está regulado el sistema objetivo de responsabilidad de la Administración en el servicio público de asistencia a la salud. Para ello, presentamos la fundamentación constitucional que ampara a la institución, los avances jurisprudenciales que se vislumbran en torno a la concepción objetiva de la responsabilidad patrimonial de la

Administración a partir de la Constitución de 1999, los regímenes de responsabilidad por funcionamiento normal y anormal del servicio de asistencia a la salud, principales presupuestos o elementos para la procedencia de responsabilidad imputable a la Administración y causales de exoneración de responsabilidad. Finalmente, el Capítulo tercero trató de determinar qué parámetros de normalidad funcional son determinantes para la procedencia de responsabilidad imputable a la Administración en el servicio público de asistencia a la salud. En tal sentido se hizo una aproximación sobre el carácter y contenido de las prestaciones derivadas de la actividad de asistencia a la salud, contenido mínimo y alcance de las obligaciones a cargo de la Administración, teoría de las faltas graves y leves del servicio u otros criterios o estándares de apreciación del funcionamiento del servicio como son los medios y necesidad del servicio, la previsibilidad del daño y el derecho al consentimiento informado. Todo de acuerdo con el ordenamiento jurídico venezolano y demás referencias de la doctrina y jurisprudencia del Derecho interno y comparado.

La metodología empleada fue monográfica y documental. El estudio centró el análisis en el conocimiento del problema planteado y objetivos de la investigación, con apoyo de una extensa revisión bibliográfica. La modalidad de investigación fue teórica, con descripción y desarrollo conceptual de los elementos doctrinales, legislativos y jurisprudenciales de Derecho interno y comparado, aportados en

relación con el tema central de la investigación, la responsabilidad patrimonial de la Administración en el servicio público de asistencia a la salud.

CAPITULO I

RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO PÚBLICO DE ASISTENCIA A LA SALUD

El tema central de esta investigación es la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el servicio público de asistencia a la salud. En razón de ello, iniciamos este trabajo con el estudio de la actividad administrativa por la cual se le puede imputar responsabilidad a la Administración, como consecuencia de su funcionamiento.

Antes de comenzar con el esquema propuesto para este capítulo, es de nuestro interés dejar en claro que cuando nos referimos al servicio público de asistencia a la salud, estamos conscientes que “asistencia a la salud” es sólo uno de los componentes del derecho a la salud. Así mismo, es sólo una prestación derivada del servicio público de salud, el cual comprende junto a la asistencia a la salud, otras prestaciones socio-asistenciales, prestaciones de promoción y prevención de riesgos contra la salud, así como de saneamiento sanitario y ambiental.

Acorde a lo anterior, la Constitución de 1999 nos presenta una visión del derecho a la salud mucho más generosa que la recogida en las constituciones pasadas. Según el artículo 83, la salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que se garantiza como parte del derecho a la vida. En consecuencia, el derecho a la salud no se circunscribe sólo a la asistencia médica sino también al disfrute de otras condiciones, bienes y servicios que nos permitan alcanzar el nivel más alto posible de salud.

Esta concepción integral del derecho a la salud, la encontramos ilustremente desarrollada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas¹, en su Observación General N° 14, sobre el derecho a la salud, la cual establece:

“El derecho a la salud es un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional

¹ Cabe señalar que las observaciones del referido Comité constituyen doctrina del Derecho internacional de los Derechos Humanos, aceptada por los Estados partes del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito y ratificado por Venezuela y, actualmente, con jerarquía constitucional de conformidad con el artículo 23 de la Constitución.

e internacional.” (Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. E/C.12/2000/4).

No obstante, cabe señalar que nuestro ordenamiento jurídico recoge el derecho a la salud con un marcado acento curativo y asistencial, el cual se evidencia en los textos constitucionales anteriores. Ciertamente, la constitución 1947, primera en reconocer la salud como un derecho constitucional, establecía: *“El Estado velará por el mantenimiento de la salud pública. Todos los habitantes de la República tienen el derecho de protección de su salud. El Estado establecerá los servicios necesarios para la prevención y el tratamiento de las enfermedades” (art. 51)*. Así mismo, la Constitución de 1961, -segunda constitución en reconocer la salud como derecho constitucional- en términos muy similares señalaba: *“Todos tienen derecho a la protección de la salud. Las autoridades velarán por el mantenimiento de la salud pública y proveerán los medios de prevención y asistencia a quienes carezcan de ello... ” (art.76)*.

Acorde con el espíritu de estas normas, la evolución que presenta el Sistema Público Nacional de Salud se ha producido, particularmente, en torno a redes públicas de atención médica, constituidas por bienes y servicios para la prevención, protección y recuperación de enfermedades. Esta es una de las razones para centrar la presente investigación en el servicio público de asistencia a la salud, dentro del marco de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Explicados los motivos de la selección del servicio público de asistencia a la salud, como ámbito de estudio sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, presentamos el esquema de trabajo que se desarrolla en este capítulo.

Partiendo de lo general a lo particular, se aborda el tema de la noción y elementos de servicio público, naturaleza jurídica y principios que definen la actividad. Así mismo, cómo se organiza, cuál es el régimen de financiamiento del servicio y cuáles son los principios y criterios de funcionamiento del servicio público de asistencia a la salud, por los que se puede imputar responsabilidad patrimonial a la Administración Pública. Todo, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico y demás referencias del Derecho nacional y comparado.

Noción y elementos del servicio público de asistencia a la salud

Origen y evolución de la noción de servicio público

La noción de servicio público es quizás una de las acepciones más controvertidas en la doctrina del Derecho Administrativo. Su origen se remonta a comienzos del siglo XX, cuando los principales exponentes de la “Escuela de Burdeos” o “Escuela del Servicio Público” (León Duguit, Gastón Jeze y Rogerd

Bonnard) desarrollan la llamada “Teoría del Servicio Público” en sustitución de la “Teoría de la soberanía”, e introducen ideas revolucionarias a la “Teoría General del Estado”, con cambios importantes sobre el ámbito de aplicación del Derecho Administrativo y la jurisdicción administrativa frente al Derecho privado y la jurisdicción civil.

Según la Teoría de la Soberanía, la actuación administrativa se sustenta en la idea de la organización soberana del Estado. En consecuencia, el Estado podía actuar provisto del poder soberano o de *imperium*, a través de los llamados actos de autoridad ó desprovisto del mismo, mediante los llamados actos de gestión, en los cuales actuaba como un particular más. Mientras que los actos de autoridad se sometían al Derecho público y a la jurisdicción administrativa, los actos de gestión - entre los que se encuentra otorgar indemnizaciones por daños y perjuicios- se sometían al Derecho privado y a la jurisdicción civil.

Por el contrario, la Teoría del Servicio Público postula que el Estado más que una organización soberana, es una organización prestadora de servicios. En tal sentido, la actuación del Estado, en su totalidad, debía ser entendida como servicio público, sometida exclusivamente al Derecho público y a la jurisdicción administrativa.

Luego, esa noción fue superada por otra que visualiza al servicio público más como una potestad administrativa que como una obligación. Es decir, la Administración Pública tiene la potestad, más no la obligación, de calificar actividades como servicio público, siempre y cuando el fin fuera satisfacer necesidades de interés general. De manera que, no toda actividad del Estado, necesariamente, debía ser calificada como servicio público, porque podía tratarse de actividades que aún siendo fiscalizadas por el Estado podían ser transferidas al sector privado, reguladas por el Derecho privado y sometidas a la jurisdicción civil. Sin embargo, en el caso de las actividades calificadas como servicio público, el Estado conservaba la titularidad jurídica aun cuando la gestión fuere transferida al sector privado, manteniendo el régimen de organización, dirección y control de la actividad.

Hoy por hoy, concepciones más liberales sostienen que la acepción clásica de servicio público está prácticamente en crisis, debiendo adecuarse a contextos políticos, económicos, sociales y culturales más contemporáneos. Se postula que ante una situación de crecimiento desbordante del Estado y de incapacidad en satisfacer las necesidades colectivas, lo que procede es liberalizar o “despublicar” las actividades prestacionales de contenido económico reservadas al sector público. En consecuencia, bajo esta concepción, actividades calificadas como servicio público sometidas a un régimen de Derecho Administrativo, pueden ser trasladadas nuevamente al sector privado y sometidas a las reglas del libre mercado, bajo un

régimen de Derecho privado, en virtud de la existencia de necesidades de interés general no satisfechas por el Estado

En este orden de ideas, Ariño Ortiz, G. (1997, 25), citado por Mónaco, M. (2002, 109) expresa que debe crearse un nuevo régimen de servicio público constituido por:

“un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada (previa autorización reglada) con determinación de obligaciones o cargas de servicio universal, pero con libertad de precios y modalidades de prestación con libertad de inversión y amortización, y, en definitiva, un régimen de competencias abierto, como cualquier otra actividad comercial o industrial en la que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados ni ciudadanos cautivos)”.

En términos similares, Badell, R. (2002, 115) expone:

“La liberalización de los servicios públicos implica su adaptación a las nuevas realidades socio-económicas, operando un cambio del sistema tradicional del servicio público, caracterizado por la titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derecho de exclusividad, obligación de suministro, precios administrativamente fijados y carácter temporal, por un nuevo sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, con determinadas obligaciones o cargas de servicio público y en régimen de competencia abierta como cualquier otra actividad comercial o industrial.”

A nuestro juicio, éstas y las anteriores concepciones evidencian que aún en la actualidad no se ha alcanzado una noción unánime de servicio público. Persisten inconsistencias a la par de las distintas tendencias ideológicas y filosóficas existentes

en torno a la noción política de Estado. Como dice Rodríguez, N. (1999, 50), no existe en la literatura jurídica sobre la actividad administrativa de servicio público un concepto unívoco. Todos han sido contruidos teniendo un punto de encuentro en la noción de interés público, pero sin lograr un criterio de unidad en cuanto a su ámbito material y subjetivo.

Según Santamaría Pastor, uno de los errores en que ha incurrido la doctrina administrativa respecto a la noción de servicio público radica en haber pretendido definir dicha noción, exclusivamente, sobre la base de criterios materiales ó formales. Cabe señalar que dicho criterios refieren, precisamente, a los elementos que según la doctrina del Derecho comparado integran la noción de servicio público.

a) Desde una perspectiva material, deben ser considerados exclusivamente como servicios públicos aquellas actividades cuya finalidad es prestar una utilidad necesaria para el normal desenvolvimiento de la vida social (...). b) Desde una perspectiva formal, el dato básico es que, formalmente el Estado (u otro ente territorial) asuma el deber y la responsabilidad de garantizar su prestación regular y correcta a los ciudadanos, bien realizándola por sí o asegurando su realización por terceros; un acto de asunción que suele ser conocido con el nombre de *publicatio*". (SPJ. 2000, 310).

La noción de servicio público, a nuestro juicio, debería considerar ambas perspectivas y no una en exclusión de la otra. Sin embargo, como hemos señalado con antelación, eso no es lo que ha ocurrido. La noción de servicio público sigue confrontada entre las distintas tendencias ideológicas que hay en relación con la

noción de Estado, lo que mantiene la diatriba entre la postura orgánica, que sostiene que la titularidad de la actividad declarada como servicio público es de naturaleza pública, y aquella que entiende que, independientemente de la naturaleza de la titularidad, lo importante es que la actividad logre satisfacer necesidades colectivas o de interés general.

Noción de servicio público de asistencia a la salud en Venezuela

En Venezuela, ha imperado la noción orgánica de servicio público. Tradicionalmente, el servicio público fue entendido como una actividad asumida o asegurada por alguna entidad pública territorial (Lárez Martínez, E. 1990. 241).

En este orden de ideas, Brewer Carías, A. (2002, 23) sostiene:

“...incluso con el carácter escurridizo y multivalente que tiene hoy día el concepto de servicio público, éste no puede dejar de referirse a las actividades prestacionales que debe asumir el Estado, tendientes a satisfacer necesidades generales o colectivas, en cumplimiento de una obligación constitucional o legal y en relación con las cuales, los particulares no tienen derecho a desarrollarlas “libremente.”

Según la Constitución de 1999, Venezuela se define como un Estado democrático y social de derecho y de justicia, regido por los principios de libertad, justicia, igualdad, solidaridad y responsabilidad social (art. 2), lo que permite que el Estado intervenga en actividades económicas y sociales. Un ejemplo lo constituye,

precisamente, la actividad prestacional en la cual, de acuerdo con el principio de reserva legal, el Estado tiene la potestad de limitar la libertad económica de los particulares por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social (art. 112). Así mismo, puede reservarse otras actividades por razones de conveniencia nacional (art. 302).

De esta manera, el Estado, invocando el bienestar colectivo y la justicia social, puede limitar y restringir la libertad económica de los particulares, asumiendo un protagonismo en las actividades de servicio público. La actividad de servicio público se convierte, entonces, en el medio o instrumento del Estado para reducir desigualdades socio-económicas existentes en la población y garantizar mejores condiciones de vida.

La noción que prevalece, por tanto, es aquella que entiende como servicio público a toda actividad que busque la satisfacción de necesidades de interés público y cuya titularidad jurídica sea predominantemente pública. No obstante, en el país son varias las actividades de prestación de servicios que han sido traspasadas al sector privado y sometidas a las reglas del libre mercado y competencia, con cambios importantes en el régimen legal aplicable. Como es el caso de las telecomunicaciones, la electricidad y el gas.

Ubicándonos en el servicio público de asistencia a la salud, no fue sino hasta 1947, cuando la Constitución estableció, por primera vez, que el Estado debía garantizar el mantenimiento de la salud pública y el establecimiento de los servicios necesarios para la prevención y el tratamiento de las enfermedades (art. 51). Esta disposición fue desincorporada de la Constitución de 1953; y nuevamente, en 1961, se dispuso en la Carta Magna que las autoridades oficiales debían velar por el mantenimiento de la salud pública y proveer medios de prevención y asistencia a quienes carecieran de ellos (art. 76). Bajo estos términos, la titularidad jurídica y gestión del servicio público de asistencia a la salud fue asumida por el Estado, con el objeto de satisfacer las necesidades de prevención, asistencia y recuperación de la salud de la población que no contara con los medios económicos requeridos y no estuviera en condiciones de procurárselos. En tanto que, el sistema de la seguridad social garantizaba prestaciones de asistencia a la salud en casos de enfermedad a la población cotizante y beneficiaria del Seguro Social (art.94).

En el presente, la Constitución de 1999 establece que la titularidad, regulación, dirección y gestión del Sistema Público Nacional de Salud corresponde exclusivamente al Estado (art. 84). En efecto, los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados (art. 84).

En consecuencia, estamos ante una actividad prestacional que además de buscar la satisfacción de necesidades colectivas, con obligaciones concretas a cargo del Estado y con contenido exclusivamente social, no puede ser objeto de privatización alguna conforme lo dispone la propia Constitución. Sin embargo, ello no niega que el sector privado pueda paralelamente prestar servicios de asistencia a la salud con fines lucrativos, siempre bajo la regulación y control oficial (art. 85).

En el marco de las observaciones anteriores, Brewer Carías (2002, 27) sostiene que la Constitución de 1999, a diferencia del texto constitucional de 1961, es una Constitución de servicios públicos. La afirmación anterior se sustenta, en opinión de Brewer Carías, en la utilización y constitucionalización de la noción de “servicio público”; y en la regulación de múltiples actividades como obligaciones estatales, las cuales, según la Constitución, se pueden calificar como servicios públicos.

En efecto, según los términos de la Constitución, en el ámbito de la asistencia a la salud, el Estado tiene a su cargo obligaciones concretas, una de ellas, promover y desarrollar políticas orientadas a garantizar el acceso a los servicios (art. 83). Tomando en cuenta que la asistencia a la salud es una actividad integrada a la seguridad social, y que esta última, a su vez, se califica como un servicio público no lucrativo (art. 86), concluimos que la actividad prestacional de asistencia a la salud, a cargo de la Administración Pública, también se enmarca en la calificación de servicio público.

En tal sentido, la Administración Pública asume la creación, rectoría y gestión del Sistema Público Nacional de Salud, integrado ahora al Sistema de Seguridad Social (art. 84). Así mismo, según lo dispone Constitución el financiamiento del Sistema es obligación del Estado y debe integrar los recursos fiscales, las cotizaciones obligatorias de la seguridad social y cualquier otra fuente de financiamiento, determinada por ley (art. 85).

En el plano legal, para el momento de la realización de esta investigación no se contaba con una ley que desarrollara el Sistema Público de Salud, según los términos establecidos por la nueva Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, de diciembre de 2002. Según ésta, el régimen aplicable al Sistema de Seguridad Social venezolano, incluyendo el sistema prestacional de salud, es de carácter público y las normas que lo regulan son de orden público (art. 9).

De acuerdo con lo anterior, podemos afirmar que, según el texto constitucional vigente, se trata de:

- Una actividad prestacional asumida por el Estado, donde no cabe la figura de la despublificación. Aún cuando la libertad económica del sector privado está limitada para su desarrollo, ello no niega que, junto al sector público, el sector privado pueda desarrollar actividades económicas en torno al área de la salud. Efectivamente, la

Constitución establece que es potestad del Estado regular tanto las instituciones públicas de salud como las privadas.

- Una actividad que es inherente a los fines del Estado sobre el respeto a la dignidad humana, bienestar colectivo y justicia social.
- Una actividad de servicio público de contenido exclusivamente social. Ejemplo de ello es que, la Constitución le otorga carácter de gratuidad a los bienes y servicios de salud, negando toda posibilidad de privatizarlos. En el caso de la seguridad social, no sólo califica la actividad como servicio público, sino que de manera expresa le otorga carácter de servicio no lucrativo (art. 86).
- Una actividad que pretende satisfacer necesidades colectivas, vinculadas con las condiciones de vida y salud de las personas.
- Un servicio público donde el usuario ó beneficiario es toda persona que requiera de prestaciones de asistencia a la salud, quienes, a su vez, tiene derecho de acceder a los bienes y servicios de atención a la salud en condiciones de igualdad y sin discriminación de índole alguna.
- Una actividad prestacional con un régimen de organización, financiamiento y funcionamiento de naturaleza pública.

Régimen de organización

En Venezuela, el servicio público de asistencia a la salud está formalmente constituido como un sistema único, integrado al sistema de seguridad social, de carácter participativo y descentralizado, territorial y funcionalmente.

Organización del servicio

En la actualidad, el servicio público de asistencia a la salud venezolano se organiza a través del Sistema Público Nacional de Salud que, según los postulados constitucionales, debe ser unitario y descentralizado. Como la descentralización es una política nacional del Estado, la Administración Pública asume competencias concurrentes en todos los niveles político-territoriales.

De acuerdo con la propia Constitución, en primer orden, la Administración Pública Nacional asume el diseño, desarrollo y control de las políticas y servicios de salud (art. 156.23). Nos referimos al desarrollo de políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios (art. 83). Así mismo, la creación, rectoría y gestión del Sistema son responsabilidad de la Administración Pública Nacional (art. 84). En segundo orden, los estados descentralizados asumen entre sus competencias exclusivas, la organización de los servicios públicos estatales, entre los que se incluye la asistencia de salud (art. 164.8). En tercer orden,

los municipios cuentan entre sus competencias, garantizar la salubridad y la gestión de los servicios de atención primaria en salud (art. 178.5).

De modo que la Administración Pública, en el ámbito nacional, estatal y municipal tiene competencias atribuidas en torno al sector público de salud, en el que incluimos, además, la creación, ejecución y control de las prestaciones de asistencia a la salud.

Según la Ley Orgánica de Seguridad Social -ley que regula el sistema de seguridad social venezolano y que incluye la salud entre los regímenes prestacionales- el órgano rector del Sistema Público Nacional de Salud es el Ministerio con competencia en materia de salud, en el marco de las competencias concurrentes de la Administración Pública, entre las instancias nacional, estatal y municipal, que fije la ley y que regule el régimen prestacional de salud (art. 54). Así mismo, corresponde al Sistema Público Nacional de Salud asumir el régimen prestacional de salud, siempre bajo la rectoría Ministerio con competencia en la materia (art. 57).

En este mismo orden y dirección, la Ley Orgánica de Salud -ley que requiere ser adecuada a las normas de la referida Ley Orgánica de Seguridad Social- establece que la organización pública en salud está integrada por los organismos de salud de la

República, del Distrito Federal, de los estados y de los municipios (art. 4) y le corresponde al Ministerio de salud la máxima responsabilidad del Sistema Público Nacional de Salud (art. 5). Por otra parte, la función administrativa de la organización pública en salud es competencia de las administraciones públicas en salud del antiguo Distrito Federal, de los estados y de los municipios respectivos, de conformidad con los términos que establece la ley (art. 9). Con respecto al ámbito municipal, corresponde a los alcaldes la gestión de los servicios de promoción de salud, saneamiento ambiental, contraloría sanitaria y atención médica del nivel primario (art. 16).

Por su parte, la Ley Orgánica del Régimen Municipal dispone que la prestación de los servicios públicos locales puede organizarse también, a través de la creación de mancomunidades entre dos o más municipios, a fin garantizar mayor eficacia en la administración de los mismos (art. 19). Precisamente, esta cooperación identifica entre las prestaciones prioritarias, la atención primaria de la salud de carácter preventivo o rehabilitador, sanidad de urgencia, información, y educación en salud (art. 37).

En resumen, nos referimos a una actividad organizada a través de órganos y entes de la Administración Pública central y descentralizada, con competencias atribuidas constitucional y legalmente. El Sistema Público Nacional de Salud se

constituye, de tal forma, en un sistema único, integrado al Sistema de Seguridad Social, el cual, a su vez, está a cargo del régimen público prestacional de salud.

Con respecto a esto último, cabe aclarar que hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el Sistema Público de Salud, tanto en términos nominales como fácticos, se caracterizaba por tener una organización dualista, fragmentada en establecimientos públicos de asistencia a la salud, cuya gestión dependía no de uno, sino varios entes u órganos de la Administración Pública. Nos referimos, fundamentalmente, al ministerio con competencia en salud; los entes u órganos descentralizados del sector público de salud; el Instituto Venezolano del Seguro Social (IVSS), ente creado por ley para ejercer la rectoría del antiguo sistema de seguridad social; el Instituto de Previsión y Asistencia Social del Ministerio de Educación (IPASME); y el Instituto de Previsión Social de las Fuerzas Armadas (IPSFA).

A la fecha y luego de los cambios constitucionales, la situación de dispersión sólo varió en términos formales. Pese a contar con normas constitucionales y legales que establecen y definen la unidad del Sistema Público Nacional de Salud, las formas organizativas descritas previamente se mantienen; lo que contraría la plena vigencia del principio constitucional de gestión única, que rige la actual organización del servicio público de salud.

Modos de gestión del servicio

Partiendo del hecho de que el servicio público de asistencia a la salud venezolano es una actividad prestacional asumida por el Estado, la tradición jurídica, en cuanto a los modos de gestión de la actividad, ha dado prioridad a las formas de gestión directa frente las formas de gestión indirecta.

En las formas de gestión directa, la Administración Pública mantiene la titularidad jurídica de la actividad y la prestación del servicio se lleva a cabo desde las propias estructuras administrativas. En cambio, en las formas indirectas de gestión, la prestación del servicio se lleva a cabo desde personas o entidades privadas que celebran acuerdos, convenios o contratos con la Administración Pública, manteniendo ésta la titularidad y supervisión de la actividad (Menéndez. R. 2001, 79).

En conexión con lo anterior, las formas de gestión del servicio público de asistencia a la salud más generalizadas han sido la transferencia de competencias de entes territoriales nacionales hacia entes territoriales estatales, junto con la delegación de competencias en órganos de la Administración Pública descentralizada funcionalmente.

Sin embargo, tras una década de haberse iniciado el proceso de descentralización del sector público de asistencia a la salud, incluidas las prestaciones de asistencia a la salud, éste no ha sido uniforme en todos los estados. En la actualidad, hay 17 las entidades federales descentralizadas con obligaciones asumidas, fundamentalmente en la gestión de los bienes y servicios de asistencia a la salud. Entre los factores que obstaculizan el proceso se encuentran: la falta de un presupuesto adecuado; el mantenimiento de nóminas dobles que dependen del Ministerio con competencias en salud y de los estados; pasivos laborales pendientes y fallas en la gestión y en los mecanismos de control del proceso (Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos, 2002, p. 157).

La Constitución de 1999 mantiene la gestión directa como principio de gestión pública de la actividad y, por ello, le corresponde al Estado crear y ejercer la rectoría del servicio (art. 84); así como la gestión de la red pública de hospitales y ambulatorios. No obstante, de conformidad con el artículo 184, las Administraciones Públicas estatales y municipales pueden transferir la gestión de servicios en materia de salud hacia las comunidades y grupos vecinales organizados, lo que permitiría el uso de modalidades indirectas de gestión, como por ejemplo, la concesión. La figura de concesión ha sido utilizada, fundamentalmente, para la construcción de edificaciones, adquisición, distribución, instalación, mantenimiento de equipos y

medicamentos; no así para el desarrollo de prestaciones de asistencia a la salud. Por no contar con una ley de salud adaptada a los nuevos postulados constitucionales, estas formas de gestión carecen de una regulación y desarrollo específico.

En conclusión, se trata de una actividad administrativa de servicio público cuyo régimen organizacional es exclusivamente de Derecho Público. La Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social lo confirma cuando establece que el Sistema de Seguridad Social es de carácter público y las normas que lo regulan son de orden público (art. 9). Conforme las normas constitucionales y legales antes referidas, la Administración Pública nacional, estatal y municipal, así como los entes y órganos funcionalmente descentralizados, con competencia atribuida, gozan de potestades administrativas para la regulación, organización y gestión de la actividad. Corresponde al Ministerio con competencia en el área de la salud, hoy llamado Ministerio de Salud y Desarrollo Social (MSDS), asumir la rectoría del Sistema Público Nacional de Salud, teniendo entre sus obligaciones: la regulación, formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas, programas y planes de salud; el financiamiento y asignación de los recursos del sistema; la regulación y supervisión de los establecimiento de salud públicos y privados; garantizar la atención integral de salud a todas las personas, con especial énfasis en los sectores de la población más vulnerables y de más bajos recursos; y promocionar la participación ciudadana en salud.

Régimen financiero

La Constitución de 1999 impone a la Administración Pública el deber positivo de ofrecer una cobertura presupuestaria que garantice el pleno funcionamiento del servicio público de asistencia a la salud. En tal sentido, el artículo 85 dispone:

“El financiamiento del sistema de salud es obligación del Estado, que integrará los recursos fiscales, las cotizaciones obligatorias de la seguridad social y cualquier otra fuente de financiamiento que determine la ley. El Estado garantizará un presupuesto para la salud que permita cumplir con los objetivos de la política sanitaria (...)”.

Esta norma nos introduce en un panorama de fuentes de financiamiento del servicio vinculadas, en la actualidad, con la seguridad social. Históricamente no ocurrió así, mientras que el servicio público de asistencia a la salud se financiaba, principalmente, con recursos provenientes del fisco nacional; las prestaciones de salud del antiguo Seguro Social se financiaban a través de los aportes obligatorios del Ejecutivo Nacional, de la empresa privada y del sector formal de trabajadores.

Las normas que regulan el régimen financiero del nuevo Sistema Público Nacional de Salud integran ambas fuentes de financiamiento en un único fondo, a la vez que el Estado mantiene entre sus obligaciones disponer de recursos públicos suficientes que garanticen la ejecución de la política sanitaria nacional. Con referencia a lo anterior, la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social establece

que el Sistema Público Nacional de Salud integrará los recursos fiscales y parafiscales, representados por las cotizaciones obligatorias del Sistema de Seguridad Social correspondientes a salud, los remanentes de capital destinados a salud y cualquier otra fuente de financiamiento que determine la ley de la materia (art. 56).

Así mismo, la Ley Orgánica de Salud dispone que el presupuesto asignado al sector público de salud deba tener primacía en la formulación del presupuesto anual del Estado. Ello, a fin de garantizar los requerimientos necesarios para el cabal funcionamiento de la organización pública del sector en términos de cumplimiento oportuno de los compromisos laborales, dotación suficiente de equipos e insumos tecnológicos y el adecuado desarrollo institucional, tomando en consideración los patrones internacionales de financiamiento de la salud (art. 50).

Estos lineamientos constitucionales y legales a que hemos hecho referencia, dan cuenta de un régimen tributario del Estado que reconoce obligaciones a cargo de la Administración Pública, en garantía del régimen de organización y funcionamiento del Sistema Público Nacional de Salud, a través de aportes fiscales suficientes. Igualmente, se nos presenta como un sistema progresista que invoca

parámetros internacionales de medición del cumplimiento de la obligación de asignación de recursos financieros.²

Régimen de funcionamiento del servicio

Una vez presentados los regímenes de organización y financiamiento del servicio público de asistencia a la salud, centraremos la atención en el régimen de funcionamiento del servicio, abordando aspectos tales como: los principios rectores del funcionamiento de la actividad de servicio público, así como los que de manera expresa rigen en el servicio público de asistencia a la salud; el estatuto de los derechos del usuario y; por último, el conjunto de normas que, conforme nuestro ordenamiento jurídico, pautan de manera general o específica el funcionamiento de los bienes y servicios vinculados o derivados a la actividad de asistencia a la salud.

Principios generales de la noción de servicio público

²La Organización Mundial de la Salud (OMS) recomienda a los Estados invertir para el sector salud un mínimo del 5% del Producto Interno Bruto (PIB). De manera que, bajo esos términos, Venezuela no sólo debería invertir un mínimo del 5% de su PIB, sino que, también, al no existir un límite máximo

La formulación de los principios generales de la actividad de servicio público se debe al jurista y representante de la escuela francesa del servicio público, Louis Rolland, quién identificó como “leyes del servicio público”: a. la continuidad, b. la igualdad y c. la mutabilidad, esta última “ley” es conocida también como el principio de la adaptabilidad tecnológica o de la eficacia.

Para Santamaría Pastor, J., (2000, 333): “estos principios expresan, de una parte, estándares generales para la prestación de los servicios y vienen a integrar, de otra, un estatuto del usuario del mismo, definitorio de sus derechos y deberes fundamentales”.

- Principio de continuidad

Con respecto al primero de estos principios, el de continuidad, la doctrina hace referencia al carácter de continuidad y regularidad que debe imperar en el funcionamiento de toda actividad administrativa de servicio público, en virtud de tratarse de actividades que cubren importantes necesidades colectivas.

La actividad de servicio público debe ser prestada de manera ininterrumpida. Un ejemplo de ello son los servicios que deben prestarse durante las 24 horas del día y los 365 días del año, como es el caso de los servicios esenciales, donde la figura de

dicha inversión debe ampararse en el principio de progresividad del derecho a la salud, a la luz del

los “servicios mínimos indispensables” debe garantizarse, independientemente de las situaciones de conflicto laboral o de otra índole que pudieran estar presente.

Precisamente, en Venezuela, la Ley Orgánica del Trabajo, en el marco del derecho a huelga, define el servicio público de asistencia a la salud como un servicio de carácter esencial. Ello, en el entendido que la paralización de las prestaciones mínimas indispensables del servicio puede causar perjuicios irremediables a la población o a las mismas instituciones (art. 496 y 498). Con fundamento en el valor jurídico de este principio, el derecho constitucional a la huelga, en el servicio público de asistencia a la salud, tiene como límite la prestación mínima de dicho servicio. Al respecto, la Ley Orgánica de Salud identifica como prestaciones de salud que deben ser aseguradas, en todo momento, por la Administración Pública: la atención de los enfermos graves o en condición de urgencia; la vigilancia y control epidemiológico; y, el mantenimiento de los establecimientos, instalaciones, instrumentos, materiales y cualquier otros recursos previstos para la realización de sus tareas, de conformidad con el artículo 498 de la Ley Orgánica del Trabajo (art. 62).

- Principio de igualdad

En relación con el segundo de estos principios, la igualdad, se sostiene que el servicio público debe configurarse sin empleo de barreras y factores de

discriminación, de manera tal que el acceso a la prestación sea en igualdad de condiciones. Este principio puede ser abordado desde una concepción formal o material. El enfoque formal se refiere a la prohibición que debe imperar contra todo tratamiento discriminatorio de origen legal. Y, en los casos en que la disparidad de tratamiento sea requerida, ésta debe ser razonada e individualizada. Por su parte, el enfoque material afirma que los sujetos de derecho en una misma situación deben recibir el mismo tratamiento.

Adicionalmente, se puede distinguir entre el principio de igualdad ante el servicio público (derecho de acceso igual al servicio) y el principio de igualdad dentro del servicio público (derecho de funcionamiento igual del servicio) (Araujo-Juárez, J., 2003, 140). Precisamente, esta distinción es de gran importancia para el tema central de la investigación, porque permite distinguir momentos distintos en los que se puede generar responsabilidad administrativa por el funcionamiento del servicio. Nos referimos al momento de acceso del servicio y al momento de disfrute de la prestación.

- Principio de mutabilidad o adaptación

El tercero de estos principios generales, la mutabilidad o adaptación, se refiere a la obligación que tiene el gestor del servicio de adaptar la prestación a los cambios que impone la evolución de las necesidades colectivas y de las exigencias del “interés

general” (Araujo-Juárez, J., 2003, 152). En términos similares, Santamaría Pastor, J. (2000, 333), sostiene que en razón de este principio el servicio público debe responder en todo momento, en sus características materiales, a un óptimo nivel de satisfacción del interés general. Por lo mismo, su régimen debe hallarse diseñado de manera tal que las condiciones de su prestación puedan variar sin que a ello se opongan obstáculos de orden jurídico.

Por otra parte, autores como Chevalier J. (1984, citado por Araujo-Juárez, J., 2003, 153) prefieren relacionar este principio con el desarrollo al que está sujeta la prestación del servicio público, antes que vincularlo con la adaptación de éste a las necesidades cambiantes de la colectividad -incluyendo los avances de la ciencia y la tecnología. En consecuencia, de acuerdo con el carácter de mutabilidad del servicio público, el gestor del servicio debe adoptar medidas que permitan aumentar y mejorar el acceso y la calidad de la prestación de los servicios creados.

Con base en estas apreciaciones, concluimos que es factible exigirle a la Administración Pública reconocimiento de responsabilidad administrativa, tanto en los casos en que no se garantice un acceso universal al servicio; como cuando no se adoptan las medidas de naturaleza progresiva a fin de aumentar la cobertura y mejorar la cantidad y calidad de las prestaciones del servicio.

Principios rectores del Sistema Público Nacional de Salud

En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley Orgánica de Salud, -ley que desarrolla las bases y directrices de las prestaciones del servicio público de salud- legaliza los principios generales de la noción de servicio público, antes referidos, al establecer que la organización, funcionamiento, financiamiento y control de las prestaciones del servicio de salud se determina de acuerdo con los principios de adaptación científico-tecnológica, continuidad y gratuidad (art. 1). Así mismo, incorpora como principios rectores del funcionamiento del servicio: la universalidad, la participación, la complementariedad, la coordinación y la calidad (art. 3).

- El principio de universalidad entiende que toda persona tiene derecho de acceso y disfrute a los servicios de salud, incluidos los servicios de atención a la salud, sin ningún tipo de discriminación. Es decir, el Sistema Público Nacional de Salud tiene la obligación, por un lado, de evitar todo tratamiento discriminatorio en el acceso y funcionamiento del servicio; y por el otro, crear las condiciones para que aquellas personas o grupos de personas que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta tengan igual acceso y disfrute a dichas prestaciones.
- El principio de complementariedad promueve el apoyo interinstitucional entre los organismos públicos territoriales nacionales, estatales y municipales, así

como entre los distintos niveles de atención de acuerdo con la capacidad científica, tecnológica, financiera y administrativa de los mismos.

- El principio de coordinación apunta más bien a la cooperación entre las administraciones públicas y los establecimientos de atención médica en el ejercicio de sus funciones, acciones y utilización de recursos.
- Por último, el principio de calidad entiende que los establecimientos de atención médica deben garantizar prestaciones de salud integrales, personalizadas, continuas, suficientes, oportunas y conforme a las normas, procedimientos administrativos y prácticas profesionales. Cabe señalar que este principio está relacionado con los principios de continuidad y mutabilidad referidos con antelación.

A lo anterior hay que añadir que la Constitución de 1999, en el artículo 84, incluye como principios rectores del Sistema Público Nacional de Salud los siguientes:

“Para garantizar el derecho a la salud, el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad (...)”.

Con base en estos principios, podemos afirmar que de manera adicional las prestaciones de atención médica del Sistema Nacional de Salud han de ser: con acceso universal; no pueden estar sometidas a condicionamiento o discriminación de índole alguna; integrales y; garantizadas de manera solidaria.

En términos similares, la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social establece que las prestaciones del Régimen Prestacional de Salud deben ofrecerse de forma universal y equitativa. Con respecto a la prevención, restitución y rehabilitación de la salud, establece que las prestaciones deben ser oportunas, adecuadas y de calidad (art. 18, 1).

En consecuencia, es innegable que tanto el marco constitucional como legal vigentes aportan un conjunto de principios generales, los cuales pautan criterios de funcionamiento con valor jurídico para los bienes, establecimientos y servicios de asistencia a la salud, integrantes de la red asistencial de la Administración Pública central y descentralizada.

Noción y derechos del usuario

El usuario es uno de los elementos integradores del régimen jurídico de prestación del servicio público, por ello haremos referencia a la noción que se tiene

de éste, con base en los criterios desarrollado por la doctrina. Así mismo, haremos referencia sobre los derechos que *in abstracto* todo usuario tiene frente al servicio público.

La doctrina del Derecho Administrativo contemporánea distingue varias categorías de “usuario”, dependiendo de la naturaleza de la relación jurídica que lo vincula con el ente prestador. Es así que podemos identificar los siguientes tipos de usuarios: a) beneficiario o receptor de servicios públicos colectivos; b) usuario o persona receptora de una prestación individual; c) el suscriptor o titular de un contrato de prestación de servicio público; y por último, d) administrado o persona natural o jurídica susceptible de ser vinculada jurídicamente con la Administración Pública (Araujo Juárez, J. 2003, 238).

En el Sistema Público Nacional de Salud, la relación jurídica que se establece entre el “usuario” y el ente prestador del servicio se sustenta en un régimen de Derecho público, donde “usuario” es toda persona que en ejercicio del derecho de protección a la salud es beneficiaria y, a la vez, receptora de las prestaciones de atención sanitaria. En otras palabras, el usuario es beneficiario y receptor de las prestaciones del servicio. En ese sentido, coincidimos con Araujo Juárez, J. (2003, 238) quien sostiene que las categorías de usuario -a las que nos hemos referido- no

pueden ser entendidas como excluyente una de la otra, determinando tal concurrencia, la naturaleza del servicio público.

De hecho, en el servicio público venezolano de asistencia a la salud entendemos como: a) beneficiario, a la población en general que dispone de una red pública de establecimientos de asistencia a la salud; b) usuario, a la persona que accede al servicio y disfruta de prestaciones individualizadas y; c) administrado, condición que se sustenta en virtud de la naturaleza de la relación jurídica que tiene el “usuario”, titular del derecho constitucional de protección a la salud, con la Administración Pública, titular y ente prestador de la actividad.

Hecha la precisión correspondiente sobre la noción de usuario del servicio, pasamos a desarrollar el ámbito de los derechos que tiene todo usuario frente al servicio público, a la luz de la doctrina del Derecho comparado y de la Ley Orgánica de Salud, ley marco para el régimen prestacional del servicio público de asistencia a la salud.

Muy acertadamente, Santamaría Pastor, J. (2000, 337), sostiene que los derechos de los usuarios y sus obligaciones vienen determinadas, en cada caso, por las normas específicas que regulan cada servicio. No obstante, se identifican, de manera general, los siguientes derechos:

- Derecho de acceso al servicio. Según Santamaría Pastor y otros autores, este derecho puede hallarse condicionado por la naturaleza y características del servicio. De allí que la utilización del servicio pueda estar subordinada a ciertas condiciones o a determinados términos de selección del usuario. Cabe aclarar que, en Venezuela los usuarios del servicio público de asistencia a la salud son titulares del derecho a un acceso universal, sin que por ley estén sometidos a condicionamiento alguno. En particular, la Constitución de 1999 establece que la falta de capacidad contributiva para acceder a las prestaciones del Sistema de Seguridad Social -del cual forma parte el Sistema Público Nacional de Salud- no será motivo para excluir a las personas de su protección (art. 86). Así mismo, entre los principios rectores del sistema está la universalidad que alude a evitar y eliminar todo tipo de condicionamiento o discriminación en el acceso a los servicios.
- Derecho a disfrutar del servicio en las condiciones de cantidad y calidad predeterminadas por las reglas reguladoras del servicio. En otras palabras, nos referimos al derecho que tiene toda persona a disfrutar de prestaciones de prevención, atención y rehabilitación de la salud, en condiciones que aseguren disponibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios; de acuerdo con el ordenamiento jurídico, los principios generales del servicio y las normas que

en términos más específicos regulan la organización y el funcionamiento de los establecimientos y servicios de asistencia a la salud.

- Derecho a una participación más activa en la configuración y gestión del servicio. Este derecho encuentra consagración en nuestra Constitución y es una de las características que definen el Sistema Público Nacional de Salud. La participación es el derecho que tienen las comunidades organizadas de participar en la toma de decisiones sobre planificación, ejecución y control de las políticas, en las instituciones públicas de salud (art. 84).

En el contexto venezolano, Araujo-Juárez, J. (2003, 248) se pronuncia a favor de dos derechos adicionales que todo usuario de servicios públicos puede invocar, de acuerdo con el mandato constitucional vigente. A saber:

- Derecho de presentar peticiones, reclamos y recursos ante el ente gestor del servicio. Partiendo del supuesto de que el ente gestor es la Administración Pública, como ocurre con el servicio público de asistencia a la salud, cualquier autoridad o funcionario público con competencia atribuida debe dar una respuesta oportuna y adecuada a las peticiones, exigencias y reclamos que los usuarios hagan del servicio (art. 51).

- Derecho a la indemnización del daño causado como consecuencia del funcionamiento del servicio público. Precisamente, este derecho motiva el desarrollo del presente trabajo, relativo a la responsabilidad imputable a la Administración Pública en la prestación del servicio público de asistencia a la salud.

De manera particular, la Ley Orgánica de Salud consagra algunas normas sobre el derecho de acceder y recibir servicios para la salud, sin que prive discriminación de índole alguna. Así mismo, con respecto a la calidad de los servicios, instituye que los establecimientos de atención médica deben desarrollar mecanismos de control de calidad de sus prestaciones, con base en los criterios de integralidad, personalización, continuidad, suficiencia, oportunidad y adecuación a las normas, procedimientos administrativos y prácticas profesionales (art. 3). Por último, como derechos de los pacientes incluye: a) el respeto a la dignidad humana e intimidad, sin que se sea objeto de discriminación por razones de tipo geográfico, racial, social, sexual, económico, ideológico, político y religioso; b) la libertad de decidir en participar o no de proyectos de investigación; c) recibir información sobre la enfermedad y tratamiento médico propuesto salvo casos de riesgo epidémico, de contagio de enfermedad severa ó de extrema urgencia; d) negarse a medidas extraordinarias de prolongación de la vida cuando se trate de condiciones vitales irrecuperables; e) recibir información sobre opciones diagnósticas, por parte de los

representantes legales o familiares directos del paciente, cuando éste se encuentre en estado de alteración mental; f) solicitar y recibir la historia médica del médico tratante por escrito; g) confidencialidad sobre la información médica; h) asistencia adecuada en los establecimientos de atención a la salud, dotados con recurso humano y equipos médicos y; i) exigir ante la administración del establecimiento médico los soportes de los costos institucionales, servicios y honorarios a pagar si fuera el caso (art. 69).

Normas de funcionamiento del Sistema Público Nacional de Salud

A luz de las consideraciones anteriores, el funcionamiento del servicio público se convierte en un criterio de imputación para la Administración Pública, ya sea porque el servicio funcionó mal, no funcionó o funcionó tardíamente. En razón de lo cual, la actuación de la Administración en la prestación de dichos servicios debe circunscribirse al cumplimiento de obligaciones de prestación positiva definidas conforme a Derecho.

Ciertamente, la actividad de servicio público de asistencia a la salud debe cumplir con un conjunto de obligaciones establecidas en normas, unas generales y otras más específicas, sobre la organización y el funcionamiento de la actividad. Junto con las normas de rango constitucional y legal, también se encuentran las

normas sub-legales contempladas en las resoluciones emanadas del Ministerio con competencia en salud. Estas resoluciones se sustentan en la potestad reglamentaria que tiene el Ministerio, como órgano de la Administración Pública y por ser el ente rector del Sistema Público Nacional de Salud.

De seguida presentamos el conjunto de normas que, de una u otra manera, establecen pautas de funcionamiento de la actividad.

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

De manera muy especial, la Constitución nos ofrece normas de aplicación inmediata, cuyos términos se constituyen en verdaderas referencias o pautas de funcionamiento para las prestaciones de asistencia a la salud.

En primer lugar, haremos referencia al artículo 83 en el que se dispone que el Estado debe garantizar acceso a los servicios. Cabe señalar que si bien el acceso a los servicios se refiere a una etapa previa a la prestación, no por ello deja de ser un derecho del administrado y una obligación a cargo de la Administración Pública.

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, en su Observación General N° 12, nos ilustra

sobre qué significa entender la accesibilidad como un componente del derecho a la salud, en los términos siguientes:

“La accesibilidad tiene cuatro dimensiones superpuestas: i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos; ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, (...) a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales; iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos (...); iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.” (Naciones Unidas, doc. HRI/GEN/1/Rev.6, 2000, parr. 12)

Por otra parte, el artículo 84 de la Constitución establece que las prestaciones de asistencia a la salud deberán garantizar un tratamiento oportuno y una rehabilitación de calidad. A nuestro entender, la oportunidad del tratamiento -muy relacionada con la accesibilidad de los servicios- y la eficiencia de las prestaciones ofrecidas, dan cuenta de obligaciones a cargo de la Administración que tienen incidencia en el funcionamiento del servicio. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su Observación General N° 12, cuando hace referencia a la calidad que debe garantizarse en los establecimientos, bienes y servicios de asistencia, dispone que éstos deben ser

aceptables culturalmente, de buena calidad y apropiados desde el punto de vista científico y médico. Entre otras cosas, debe garantizarse personal médico capacitado, dotación regular de medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobado y en buen estado, acceso a agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

En tercer lugar, el artículo 85 establece que el Estado debe garantizar un presupuesto que permita cumplir con los objetivos de la política sanitaria (art. 85). Uno de los objetivos de la política sanitaria es precisamente, crear, ejercer la rectoría y gestionar el Sistema Público Nacional de Salud, el cual, a su vez, debe garantizar prestaciones de asistencia a la salud accesibles, oportunas y de calidad, con base en los estándares mencionados anteriormente. Por lo tanto, debemos entender la suficiencia de los recursos como una obligación administrativa y una pauta más de medición del funcionamiento del servicio.

- Marco legal

El marco legal nos ofrece otro conjunto de normas que, mediante la definición de principios generales del servicio y de las condiciones requeridas para el aseguramiento de los bienes y servicios de atención médica, desarrollan pautas de funcionamiento de la actividad.

En este sentido, la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, en el capítulo relativo al “Régimen Prestacional de Salud”, dispone que las prestaciones de salud deben garantizarse en términos de oportunidad, integralidad y calidad (art. 52).

Visto que el Estado no puede garantizar la buena salud de las personas, puesto que la condición de salud está vinculada -en muchos casos- a factores que no tienen relación alguna con su actuación, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para que el acceso y disfrute de los servicios sea en condiciones que garanticen una prestación de asistencia a la salud oportuna, integral y de calidad.

Por su parte, la Ley Orgánica de Salud establece otras normas y directrices de funcionamiento y control de la prestación de los servicios, así como define los principios rectores de la actividad. Estos principios se constituyen en instrumentos valiosos para concretar el marco de obligaciones imputables a la Administración, como ente gestor del servicio. Por ejemplo, el principio de universalidad da cuenta del derecho que tiene toda persona de acceder a los servicios sin discriminación de ninguna naturaleza, así como también da cuenta de la obligación que tiene la Administración de abstenerse de actos o medidas que discriminen o propicien discriminación en el acceso y disfrute de los servicios. Igualmente, el principio de calidad da cuenta de la obligación de la Administración en garantizar servicios de

salud con criterio de integralidad, personalización, continuidad, suficiencia y oportunidad (art. 3).

En cuanto a la asistencia médica, esta Ley dispone que las prestaciones deben ejecutarse en establecimientos que cuenten con los servicios de atención adecuados según la clasificación de establecimientos de primero, segundo y tercer nivel de atención que desarrolla la propia ley (art. 28.31).

Consagra, así mismo, que es responsabilidad del Ministerio de Salud, a través de la Contraloría Sanitaria, el registro, análisis, inspección, vigilancia y control de los materiales, equipos, establecimientos e industrias destinadas a actividades relacionadas con la salud (art. 32). Además, se incluyen como criterios de clasificación y control del funcionamiento de los establecimientos de atención médica los siguientes: el área de influencia o cobertura de la población; la demarcación de la jurisdicción sobre la red de establecimientos de atención médica y sus distintos niveles de atención; la acreditación oficial a través del proceso obligatorio de evaluación de los recursos institucionales y; la certificación del registro obligatorio del establecimiento (art. 40.43). En consecuencia, los establecimientos de asistencia a la salud, además de cumplir con las pautas anteriores deben ser acreditados y certificados para su pleno funcionamiento.

Por último, el financiamiento aparece definido como un mandato de optimización de los recursos. De esta forma, el propio texto establece que el presupuesto de salud ha de tener primacía en la formulación del presupuesto anual de la nación; que el presupuesto de salud debe tomar en consideración los patrones internacionales de financiamiento de la salud; y que el presupuesto de salud debe ser suficiente a fin de garantizar el cumplimiento oportuno de los compromisos laborales, la dotación suficiente de equipos e insumos tecnológicos y el adecuado desarrollo institucional de los establecimientos (art. 50).

- Marco sub-legal

Por último, el marco sub-legal da cuenta de un conjunto de normas de carácter jurídico-técnico recogidas, fundamentalmente, en resoluciones emanadas del Ministerio de Salud, en materias tales como: acreditación, certificación y funcionamiento de establecimientos de atención médica; formación y capacitación de los profesionales de los establecimientos de salud; información sobre enfermedades de denuncia obligatoria; información sobre enfermedades de vacunación obligatoria; clasificación y manejo de desechos de establecimientos de salud; funcionamiento de las unidades de cirugía, de servicios de emergencia, de servicios de quirófanos, de centros de transplante de órganos y tejidos y entre otros, de servicios de anatomía patológica; información sobre la detección del Virus de Inmunodeficiencia Adquirida (VIH); información sobre el tratamiento obligatorio en mujeres embarazadas que

viven con el VIH y; entre otras, información sobre el manejo, tratamiento y control de intoxicaciones por sustancias químicas tóxicas como con mercurio y cianuro.

Normas de funcionamiento de los establecimientos de atención al fármaco-dependiente del sector público y privado. Resolución N° 695 (1995). Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.291. Septiembre 15 de 1997

Estas normas establecen pautas para el registro y funcionamiento de los establecimientos, públicos y privados, de tratamiento y rehabilitación de pacientes fármaco-dependientes y consumidores ocasionales de drogas. Nos referimos a establecimientos tales como: hospitales generales con salas de hospitalización y unidades de psiquiatría, hospitales psiquiátricos, centros especializados, ambulatorios especializados en fármaco-dependencia, ambulatorios especializados en psiquiatría, casas comunitarias para fármaco-dependientes en recuperación y establecimientos psiquiátricos de larga estancia).

Las disposiciones contenidas en dichas normas comprenden pautas, a modo de síntesis presentamos las siguientes: la admisión del paciente debe estar sujeta a criterios de diagnóstico universales (art. 6); las complicaciones psiquiátricas o médicas concomitantes, como consecuencia del uso de sustancias estupefacientes y psiquiátricas, deben ser atendidas en establecimientos generales y, una vez superada la condición, continuar el tratamiento en los establecimientos especializados (art. 8);

la información diagnóstica y estadística nacional debe ser recogida y analizada trimestralmente, con el control del Ministerio con competencia en salud (art. 9); los establecimientos señalados con antelación deben ofrecer al paciente alternativas de tratamiento, en variedad y calidad suficiente (art. 11); el horario de atención al paciente debe favorecer la atención oportuna (art. 12); los establecimientos de tratamiento y rehabilitación deben garantizar la atención integral del paciente a través de sistemas de referencia y contra-referencia (art. 13); los establecimientos de rehabilitación del paciente deben estar dirigidos por profesionales con especialización relacionada y experiencia en el área de trabajo (art. 16); el acceso a los servicios debe ser universal, con igualdad de oportunidades a los distintos tipos de atención y sin discriminación alguna por sexo, edad, capacidad de pago, origen étnico lenguaje, religión, afiliación política o condición social (art. 17-18); la calidad del servicio comprende normas mínimas de cortesía y respeto al paciente, personal técnico y profesional idóneo, cumplimiento de horario suficiente en aras de garantizar una adecuada atención de salud, historia médica que evalúe integralmente al paciente, acceso expedito a asistencia médica especializada en caso de emergencia en el mismo centro o a una distancia que garantice la oportunidad de la intervención (art. 21-25); disponibilidad de información sobre diversidad de tratamientos terapéuticos posibles y posibles efectos en la condición de salud del paciente (art. 28); los egresos de los pacientes requieren una evaluación integral del paciente y en caso de fuga, ésta debe ser reportada a autoridades y familiares (art. 33); los pacientes tienen derecho a

invocar en defensa de su esfera jurídica a: la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Principios de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención en Salud Mental (art. 42); la información sobre progresos del tratamiento del paciente es confidencial. Así mismo, el registro fotográfico, las grabaciones de audio o vídeo u otros medios similares requieren de consentimiento informado del paciente (art. 43); los establecimientos deben contar con espacios físicos y dotación de mobiliario que garantice protección a la salud y seguridad de los pacientes y personal, evitándose la utilización de paredones o rejas de tipo carcelario (art. 49-51); los establecimientos deben estar dotados con suficientes medicamentos y equipos básicos y específicos para el tratamiento de los problemas y complicaciones derivadas del uso de drogas (art. 52); los materiales, equipos y medicamentos que puedan representar algún riesgo para los pacientes deben encontrarse fuera de su alcance (art. 59); el personal que trabaje en este tipo de establecimientos debe estar registrado y debe garantizar confidencialidad de la información allí recogida (art. 60); el personal debe ser suficiente y seleccionado con base en criterios que garanticen competencia en el ejercicio de las funciones correspondientes (art. 61); por último, el equipo técnico de los establecimientos debe comprender un médico general, médico psiquiatra, psicólogo clínico, profesionales y auxiliares de enfermería, terapeuta ocupacional, trabajador social, odontólogo, agentes de ayuda juvenil y voluntarios o rehabilitados.

Normas y procedimientos para la ejecución del “Reglamento sobre clínicas de hospitalización, hospitales, casas de salud, sanatorios, enfermería o similares”. Resolución N° 822. (1998). Gaceta oficial de la República de Venezuela. N° 36.595. Diciembre 03 de 1998

Estas normas clasifican los establecimientos relacionados con la salud en función de tres categorías. A saber, los establecimientos médico-asistenciales; los establecimientos de técnicas médicas auxiliares (laboratorios clínicos, optometría, fisioterapia, terapia ocupacional, nutrición y dietética, terapia de audición y de lenguaje y similares); y los establecimientos de estética humana (barberías, peluquerías, salones de belleza, cosmetología, gimnasio centros de adelgazamiento, funerarias o similares). Con respecto a los establecimientos médico-asistenciales, se establecen dos subcategorías; la primera, se refiere a los establecimientos médico-asistenciales hospitalarios donde los pacientes requieren ser admitidos y hospitalizados por un período de tiempo mayor a 12 horas (hospitales, clínicas con hospitalización, policlínicas, casas de salud, sanatorios, ancianatos, hospitales-día, psiquiátricos, casas hogar o establecimientos similares) y la segunda, se refiere a establecimientos médico- asistenciales ambulatorios, donde la atención médica es ambulatoria y/o hasta 12 horas de observación (ambulatorios rurales y urbanos, consultorios médicos, consultorios odontológicos, clínicas sin hospitalización, unidades de cirugía ambulatoria, servicios de atención médica domiciliaria, similares y afines, de acuerdo al criterio del Ministerio con competencia en salud) (art. 1). Así

mismo, las normas se pronuncian sobre los requisitos necesarios para la procedencia del permiso de funcionamiento de dichos establecimientos de salud (art. 4.15). Por último, disponen la creación, en cada Distrito Sanitario, de una Contraloría Sanitaria Regional que debe abrir archivos a cada establecimiento, a fin de dar seguimiento y ejercer control sobre las condiciones de funcionamiento y actuaciones realizadas por los establecimientos (art. 16.18). En este sentido, los directores o jefes de los establecimientos deben denunciar los hechos irregulares o ilícitos contra los pacientes que reciben atención médica, cuando se tenga conocimiento de ello y bajo su responsabilidad (art. 19).

Normas que establecen los requisitos arquitectónicos y de equipamiento para establecimientos de salud médico-asistenciales. Resolución N° 465. (1996). Gaceta oficial de la República de Venezuela. N° 36.090. Noviembre 20 de 1996

Estas normas disponen los requisitos arquitectónicos necesarios (distribución de unidades funcionales, condiciones de ubicación, condiciones de acceso y condiciones ambientales), así como los requerimientos mínimos en equipos, mobiliarios u otras instalaciones que son esenciales para el buen funcionamiento de los servicios de emergencia y medicina crítica; de manera que se garantice una asistencia médica especializada e inmediata, durante las 24 horas del día, en los establecimientos de salud médico asistenciales que incluyan dichos servicios.

Normas que establecen los requisitos arquitectónicos funcionales del servicio de quirófanos de los establecimientos de salud médico-asistenciales públicos y privados: Resolución N° 766. (1998). Gaceta oficial de la República de Venezuela. N° 36.574. Noviembre 04 de 1998

Se trata de normas que establecen pautas específicas sobre: los requerimientos para la estructura organizativa del servicio de quirófanos (art. 2), entendido como el área del establecimiento donde se realizan los procedimientos quirúrgicos de diagnóstico y/o tratamiento a los pacientes; las condiciones de ubicación, acceso y relaciones funcionales del servicio de quirófanos con los servicios de emergencia y medicina crítica de los establecimientos (art. 3); los requerimientos espaciales del servicio y de las unidades funcionales correspondientes (art. 6.11); y finalmente, las condiciones ambientales e instalaciones necesarias para el área de quirófanos y de recuperación (art. 16.20).

Normas de Funcionamiento de las Unidades de Cirugía Ambulatoria del Sector Público y Privado. Resolución N°. SG-343. (1998). Gaceta oficial de la República de Venezuela. N° 36.515. Agosto 12 de 1998, reformada parcialmente por Resolución N° 110 (2002). Gaceta oficial N° 37.426. Abril 18 de 2002

Estas normas definen el servicio de cirugía ambulatoria como aquel que se presta a pacientes no hospitalizados, con anestesia general o local, por un tiempo de observación no mayor de doce horas y en unidades creadas para tal fin, en los centros

de asistencia a la salud. Dichas normas establecen que las unidades de cirugía ambulatoria deben cumplir con un conjunto de requisitos mínimos de infraestructura y de dotación de equipos, tales como: dotación de personal calificado y organizado a fin de satisfacer las necesidades del paciente; dotación de equipamiento acorde a los procedimientos a realizar que además, dotación de recursos y equipos que garantice atención inmediata a los pacientes; disponer de una clínica u hospital cercano con servicios de emergencia y terapia intensiva; estar dotadas de una estructura arquitectónica que cumplan con los requerimientos mínimos exigidos por el Ministerio con competencia en salud y; disponer de una clínica quirúrgica móvil que garantice resultados acordes con la cirugía ambulatoria (art. 6.10). Clasifican al personal del servicio en: médicos jefes, cirujanos generales, cirujanos con especialidades específicas, personal de enfermería y de administración, estableciéndoles obligaciones respectivas (art. 12.23). Sobre los centros de referencia de las unidades de cirugía ambulatoria ubicadas en un área distinta al hospital, se establece que los mismos deben: estar a una distancia no mayor de cinco (05) kilómetros de las unidades de cirugía ambulatoria; con una vialidad que permita su acceso en un tiempo no mayor de diez (10) minutos; con una (1) cama garantizada en caso de una emergencia y dotadas de medios de transporte adecuado (art. 24.26). Por último, establecen que los pacientes tienen derecho a: ser informados sobre el procedimiento a realizar; tener acceso la historia médica con diagnóstico preoperatorio; a la realización de exámenes complementarios; tener acceso a un equipo

médico integrado de médicos, anesthesiólogos, personal de enfermería y auxiliar de enfermería, que garantice al paciente una atención profesional de calidad (art. 27.40).

Normas que establecen los requisitos arquitectónicos funcionales del servicio de anatomía patológica de los establecimientos médico-asistenciales públicos y privados. Resolución N° 278. (1999). Gaceta oficial de la República de Venezuela N° 36.788. Septiembre 16 de 1999

De acuerdo con estas normas, el servicio de anatomía patológica es el que realiza los exámenes macro y microscópicos de tejidos y células humanas, obtenidos a partir de biopsias y citologías de pacientes o autopsias de cadáveres, con fines diagnósticos, de investigación y de docencia (art. 1). Disponen pautas sobre: las condiciones de acceso, ubicación y relaciones funcionales del servicio (art. 2-5); los requerimientos arquitectónicos del servicio (art. 6-8) y de cada una de las unidades funcionales que lo conforman (art. 9-13); y las condiciones ambientales y demás instalaciones requeridas en el servicio (art. 14-18).

Normas mediante las cuales se establecen los requisitos arquitectónicos para instituciones de salud médico-asistenciales públicos y privados que ofrecen servicios de bioanálisis. Resolución N° 063. (2001). Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.144. Febrero 20 de 2001

Conforme estas normas, los servicios bioanálisis son los que prestan atención en el diagnóstico de los pacientes, por medio del análisis de muestras provenientes de seres humanos, realizado mediante métodos científicos y tecnológicos, propios del laboratorio clínico referido o no por los diferentes establecimientos de salud del área de influencia. En los servicios de bioanálisis se pueden realizar, además, actividades docentes o de investigación, adscritos o no a un establecimiento médico-asistencial. Así mismo, se dispone sobre la ubicación y distribución de las unidades funcionales del servicio, condiciones ambientales y de trabajo requeridas y demás instalaciones.

Norma en la que el Ministerio de Salud y Asistencia Social declara a los bancos de sangre establecidos en el territorio nacional, debidamente registrados y autorizados para funcionar por el Departamento de Transfusiones y Bancos de Sangre del Ministerio, como servicios médicos-asistenciales de estricta emergencia, cuyas actividades no deben paralizarse bajo ninguna circunstancia. Resolución N° 221 (1998). Gaceta Oficial N° 36.488. Julio 3 de 1998

Normas para la autorización, regulación y control de establecimientos de salud como centro de transplante. Resolución N° 525. (2000). Gaceta oficial N° 37.061. Octubre 20 de 2000

Estas normas establecen los requerimientos, técnicos y de dotación, que deben ser cumplidos por los establecimientos médico-asistenciales con interés en constituir

un centro de transplante de órganos sólidos vascularizados, tejidos, derivados y materiales anatómicos.

Normas sobre el funcionamiento de medicina simplificada como modelo de atención de salud. Resolución N° 0025. (1999). Gaceta oficial N° 5.402 (Extraordinario). Noviembre 10 de 1999

Con base en estas normas, la medicina simplificada es el modelo de atención orientado, primordialmente, hacia la promoción de la salud y prevención de enfermedades, para la prestación de servicios de atención básica e integral, dirigida a poblaciones rurales dispersas (art. 2). Este modelo de atención debe ser prestado por un auxiliar de medicina simplificada, en ambulatorios rurales tipo I, bajo la supervisión directa de médicos y enfermería; y por médicos generales, en ambulatorios rurales tipo II. Cabe añadir que, entre los principios rectores del servicio de medicina simplificada se incluye la calidad de la prestación, la cual ha de ser integral, personalizada, continua, suficiente, oportuna y adecuada a las normas, procedimientos y prácticas profesionales (art. 5). Adicionalmente, establecen parámetros de clasificación para los ambulatorios rurales tipo I y II, de organización y las condiciones de dotación y funcionamiento de los ambulatorios rurales.

No cabe duda de que este conjunto de normas, unas más generales que otras, además de definir criterios y pautas de organización y funcionamiento de los bienes y

servicios de asistencia a la salud, constituyen un referente jurídico importante para precisar el alcance de obligaciones a cargo de la Administración Pública, en la prestación del servicio público de asistencia a la salud.

CAPITULO II

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL SERVICIO PÚBLICO DE ASISTENCIA A LA SALUD

En Venezuela, el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública cuenta con un fundamento jurídico de rango constitucional que se remonta a las constituciones del siglo XX, iniciado con la Constitución de 1901, donde se dispuso: *“En ningún caso podrán pretender, tanto los nacionales como los extranjeros, que la Nación ni los Estados les indemnicen daños, perjuicios o expropiaciones que no se hayan ejecutado por autoridades legítimas, obrando en su carácter público”* (art. 14, párrafo único). Esta norma aparece reproducida en las constituciones subsiguientes hasta la Constitución de 1961, recientemente derogada, que en términos muy similares establecía: *“En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen los daños, perjuicios o expropiaciones que no se hayan causado por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública”* (art. 47). Precisamente, con base en la interpretación en contrario del artículo 47, junto a otras disposiciones constitucionales, entre otros los artículos 3, 46, 56, 68 y 206, autores como Ortiz

Álvarez (1995, 40) invocaban el carácter original y auténtico de la institución bajo estudio, así como la naturaleza de Derecho Público que la ampara.

No obstante, el mayor desarrollo jurisprudencial lo encontramos en la tesis civilista o iusprivatista con fundamento en las normas del Código Civil. Tesis que basa la responsabilidad patrimonial en la idea de la culpa del funcionario, correspondiéndole a la víctima demostrar la culpabilidad del agente (infracción reprochable por dolo o negligencia), en condiciones de dificultad probatoria, frente a la Administración prestadora de la actividad determinante del daño. Por el contrario, la tesis iuspublicista fundamenta la responsabilidad en la idea de la lesión antijurídica imputable al funcionamiento normal o anormal del Estado. El administrado -frente a la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas- puede exigir a la Administración Pública el pago de indemnizaciones a los daños y perjuicios causados a su integridad patrimonial, siempre y cuando sean consecuencia del ejercicio de la función pública.

Ciertamente, fue solo a partir de la década de los noventa cuando se empiezan a observar algunos cambios en la sustentación jurídica de las sentencias que condenaban a la Administración Pública por responsabilidad patrimonial, en algunos casos con fundamento en las normas constitucionales. El primer antecedente lo encontramos en el año 1993, con en el voto salvado de Farías Mata, para ese entonces

Magistrado de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, con respecto al caso Silvia Rosa Riera contra INAVI, en el cual señala:

“...la responsabilidad patrimonial que pudiera corresponder a las personas morales de Derecho público por el ejercicio de la actividad administrativa, no es ni general ni absoluta, como se ha dicho en la decisión a menudo considerada (...); no se rige, en efecto, directa ni literalmente por las reglas del Código Civil, concebible para regular las relaciones entre simples particulares; y comporta reglas autónomas y propias, que debe determinar, como ya lo ha hecho, el juez venezolano del contencioso administrativo, tomando en cuenta la naturaleza del servicio público involucrado, y la necesaria conciliación de los intereses particulares con el interés general en la prestación del servicio” (S. del 04-03-93, TSJ-SPA, caso Silvia Rosa Riera vs. INAVI).

Estos cambios en la jurisprudencia se han venido consolidando con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, donde la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública goza de reconocimiento expreso como la institución jurídica que es, con carácter autónomo e independiente, regida por el Derecho público y con fundamento en la teoría objetiva de la responsabilidad. Precisamente, este carácter objetivo es el que permite restablecer el equilibrio entre el daño causado por la actuación de la Administración Pública y el ejercicio de los derechos e intereses que asisten a los administrados. Asimismo, permite un tratamiento independiente de la conducta del sujeto causante de la lesión, sea o no contraria a derecho.

Dentro de las normas que otorgan tal reconocimiento, el artículo 140 se convierte en la norma matriz que junto a otras disposiciones constitucionales, entre

otras los artículos 19, 21, 26, 49, 117, 141, 259 y 316, sustentan el actual sistema objetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Una vez hechas las consideraciones anteriores, lo que pretendemos en este capítulo es introducir al lector en el tema central de la investigación: la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en la prestación del servicio público de asistencia a la salud. Al respecto, debemos aclarar que la misma no escapa de las diatribas históricas relativas a la naturaleza de la jurisdicción competente que han marcado la responsabilidad extracontractual de la Administración. De hecho, el mayor desarrollo lo encontramos en las jurisdicciones de Derecho penal y civil, como la responsabilidad personal y/o patrimonial (penal y/o civil) que le es imputable a los profesionales que presten servicios en los establecimientos públicos de asistencia a la salud. Por esta razón hemos definido un esquema de trabajo que, partiendo de lo general, busca presentar los avances normativos y jurisprudenciales evidenciados a partir de la Constitución de 1999. Asimismo, haremos referencia a los regímenes que integran el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, los elementos o presupuestos integradores, y por último, los límites para su reconocimiento. Cabe añadir que es bastante lo escrito al respecto. Sin embargo, lo que pretendemos es introducir ideas en torno al régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, enfocadas en la actividad del servicio público de asistencia a

la salud a la luz del bloque normativo vigente, la doctrina y la jurisprudencia contemporánea del Derecho nacional y comparado.

Fundamento constitucional

Teniendo en cuenta que en Venezuela la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública encuentra sustento jurídico fundamentalmente en el bloque constitucional; creemos importante referirnos a algunas de las normas y principios constitucionales que, en definitiva, regulan y delimitan su contenido.

En primer lugar, el artículo 140 establece: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufren los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública”*.

De esta norma podemos deducir que el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es autónomo, objetivo e integral con base en los principios constitucionales de integridad patrimonial, igualdad ante las cargas públicas y la noción de lesión antijurídica propia del Derecho público. Ello implica que los daños deben ser imputados al funcionamiento de la Administración Pública,

cualesquiera sea el funcionamiento; al tanto que los administrados no están obligados jurídicamente a soportar los daños en sus bienes y derechos que causen un sacrificio particular sin el pago de una indemnización o reparación.

Con respecto a esta última deducción vale señalar que, si bien el artículo 140 no califica el funcionamiento de la Administración Pública como anormal (por actuación ilícita de la Administración) o normal (por actuación lícita de la Administración), tal como lo venía haciendo de forma expresa la doctrina y jurisprudencia nacional, ciertamente la Exposición de Motivos de la Constitución lo hace en los términos siguientes:

“(…) Finalmente, en las disposiciones generales, se establece bajo una perspectiva de derecho público moderna, la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, y cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones”.

En efecto, no debería quedar duda alguna sobre el carácter mixto del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, conforme a los postulados de la Constitución vigente. Por lo tanto, la Administración Pública, con respecto a los servicios públicos, responde tanto por el mal funcionamiento como por

el buen funcionamiento de los mismos, dependiendo de la gravedad del resultado dañoso y de lo ilícito de las actividades de la Administración.

En segundo lugar, el artículo 141 dispone: *“La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”*.

Entre los principios que sustentan la actuación de la Administración Pública, junto a la eficacia y eficiencia, se encuentra también la responsabilidad en el ejercicio de la función pública. Este principio conlleva a que la Administración responda patrimonialmente cuando se generen daños en los bienes y derechos de los administrados, como consecuencia del ejercicio de la función pública, que no tienen el deber jurídico de soportar. Asimismo, encuentra asidero jurídico en la Ley Orgánica de la Administración Pública, que en su artículo 14 establece:

“La Administración Pública será responsable ante los particulares por la gestión de sus respectivos órganos, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios o funcionarias por su actuación. La Administración Pública responderá patrimonialmente por los daños y perjuicios que sufran los particulares, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento”.

Esta norma diferencia entre la responsabilidad personal que pueda tener lugar por faltas separables al funcionamiento del servicio o en desconexión total con el servicio y, la responsabilidad patrimonial de la Administración, la cual procede siempre que el resultado dañoso sea imputable al funcionamiento de la Administración. En otras palabras, para que el daño sea imputable a la Administración Pública es necesario que los actos causantes del daño sea durante el desempeño del servicio, con los medios del servicio y con ocasión de la función pública.

En tercer lugar, el artículo 259 dispone: *“La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para (...) condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos (...).”*

Esta norma establece que la jurisdicción contencioso-administrativa es la competente para conocer de demandas por cobro de daños y perjuicios en responsabilidad de la Administración Pública. Como aspecto novedoso, conoce también de reclamos por la prestación de servicios públicos.

En cuarto lugar, el artículo 117 establece:

“Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos”.

Como puede observarse, a la vez que los administrados tienen el derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, la Administración Pública, junto con la obligación de prestar servicios públicos de calidad, entre los que incluimos el servicio público de asistencia a la salud, tiene la obligación de indemnizar el resultado dañoso que sea imputable al funcionamiento de los mismos.

Por último, se encuentra el artículo 316, el cual establece: *“El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población, y se sustentará para ello en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos”.*

Esta norma es la que consagra el principio constitucional de igualdad o equilibrio ante las cargas públicas que sirve de fundamento jurídico a la

responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de la Sala Político Administrativa, al señalar:

“El principio de igualdad o equilibrio de las cargas públicas, previsto en los artículo 21, 133 y 316 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituye el fundamento principal de la responsabilidad extra-contractual de la Administración, y su justificación se encuentra en que la Administración persigue la satisfacción y tutela de los intereses colectivos; por lo que si en ejercicio de sus potestades -por órgano de autoridad legítima- causa un daño a un particular, éste no puede sufrir individualmente las cargas de la actividad dañosa de la Administración. En consecuencia, no debe en función del colectivo someterse a un ciudadano a una situación más gravosa que la que soportan la generalidad de los administrados, y de ocurrir, el desequilibrio debe restablecerse mediante indemnización correspondiente. Así independientemente de que la actividad de la Administración fuese lícita o ilícita, con o sin culpa, si ésta ha causado un daño a un administrado, se debe responder patrimonialmente” (S. del 09-10-01, TSJ-SPA, caso Hugo Eunices Betancourt Zerpa vs. el Ministerio de Relaciones Interiores).

En conclusión, no hay duda de que el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública termina por consolidarse como un sistema autónomo e independiente, con base en las normas constitucionales y en los principios del Derecho público: justicia, integridad patrimonial, igualdad ante las cargas públicas y responsabilidad.

La jurisprudencia a partir de la Constitución de 1999

Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, se evidencia avances significativos en la jurisprudencia contencioso-administrativa sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. A la vez, se evidencia un abandono cada vez más generalizado de las normas civiles tradicionalmente invocadas y sostenidas en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esto se empieza a constatar en el año 2000, con dos fallos consecutivos de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. A saber, el caso César Ramón Cherenos y otros contra ELECENTRO, del 02-05-00, y el caso Germán Eriberto Avilez Peña contra ELEORIENTE, del 15-06-00, en los cuales se señala:

“Con el artículo 140 de la Constitución vigente se establece un mandato obligatorio a los tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a ordenar la indemnización de los daños sufridos por los particulares como consecuencia de la actividad de la Administración. Dicha norma se encuentra - a su vez- complementada por otras disposiciones cuyo origen inmediato puede ser encontrado en la Constitución de 1961 y que el Constituyente de 1999 no dudó en incorporar al nuevo texto constitucional dado su valor y alcance a la luz de los derechos de los ciudadanos. Tales disposiciones son: (1) el artículo 259 de la Constitución vigente (antiguo 206 de la Constitución de 1961) relativo a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y (2) los artículos 21, 133 y 316 (antiguos 61, 56 y 223 respectivamente, de la Constitución de 1961) en los cuales se fundamenta el *Principio de Igualdad o Equilibrio ante las cargas Públicas*, conocida también como la *Teoría de la Raya*.”

Asimismo, con base en los argumentos anteriores, el TSJ ha sido bastante consecuente al sostener:

“(…) la Constitución vigente establece un régimen de responsabilidad administrativa de carácter objetivo que comporta tanto la llamada *Responsabilidad por Sacrificio Particular* o sin falta, como el régimen de responsabilidad administrativa derivada del funcionamiento anormal del servicio público, según el cual los usuarios de los servicios públicos deben ser indemnizados por los daños que puedan surgir del mal funcionamiento de éstos” (TSJ-SPA: S. del 02-05-00, caso César Ramón Cherenos y otros vs. ELECENTRO; S. del 15.06.00, caso Germán Eriberto Avilez Peña vs. ELEORIENTE; S. del 09-10-01, caso Hugo Eunices Betancourt Zerpa vs. el Ministerio de Relaciones Interiores; S. del 10-04-02, caso Augusto Nunes Reverendo de Pinho vs. CADAPE; S. del 31-07-02, caso Marbelis María Borges Borges vs. CVG. Bauxilum, C.A., entre otras; S. del 26-09-02, caso Joseias Jordan Díaz Acosta vs. CADAPE).

Como puede observarse, el criterio objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, con base en el principio de integridad patrimonial, igualdad ante las cargas públicas y la noción de “lesión antijurídica” del Derecho público y, al margen de la noción de “culpa” propia del Derecho civil, no sólo encuentra sustentación en el marco constitucional vigente, sino que además empieza a contar con un aval jurisprudencial importante. Se reafirma, entonces, el derecho que tienen los administrados de demandar directamente a la Administración Pública por el cobro de indemnizaciones monetarias y demás reparaciones del resultado dañoso que no están obligados jurídicamente a soportar, siempre que sea imputable al ejercicio de la función pública, por actuación lícita o ilícita del ente público.

Regímenes de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

En el marco de las observaciones anteriores, y según el análisis realizado, no albergamos dudas sobre el carácter objetivo e integral del sistema venezolano de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, el cual distingue dos regímenes de responsabilidad. A saber, la responsabilidad sin falta o por sacrificio particular y la responsabilidad por falta o funcionamiento anormal. En el primer caso, la responsabilidad de la Administración encuentra su fundamento específico en el principio de equilibrio ante las cargas públicas. De tal manera, que los administrados no tienen el deber jurídico de soportar daños que afecten su integridad patrimonial como consecuencia de actuaciones u omisiones lícitas de la Administración Pública, cuando éstos sean especiales y anormales. En el segundo caso, la responsabilidad patrimonial de la Administración encuentra sustentación específica más bien en el principio de legalidad que rige las actuaciones materiales de la Administración. En esa medida, los administrados tampoco tienen el deber jurídico de soportar daños y perjuicios que afecten su integridad patrimonial como consecuencia del funcionamiento defectuoso o anormal de los servicios públicos, aunque el resultado dañoso no sea especialmente gravoso como en el primer caso.

Cabe señalar que hasta no hace mucho tiempo la jurisprudencia nacional fundamentaba el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por sacrificio particular o funcionamiento normal del servicio, en el artículo 1193 del Código Civil, y por funcionamiento anormal o fallas del servicio en el artículo 1185 *eiusdem*. En el presente, se evidencian pasos alentadores en cuanto a la sustentación de estos regímenes de responsabilidad patrimonial a la luz de normas constitucionales.

Ciertamente, en criterio del Tribunal Supremo de Justicia:

“(...) la responsabilidad extracontractual de la Administración encuentra fundamento expreso en la actualidad en el Principio de Igualdad o Equilibrio ante las cargas Públicas. Este principio se basa en que la Administración persigue la satisfacción y tutela de los intereses colectivos; y si ésta en ejercicio de sus potestades -por órgano de autoridad legítima- causa un daño a un particular, éste no puede sufrir individualmente las cargas de la actividad dañosa de la Administración. No debe en función del colectivo someterse a un miembro de éste a una situación más gravosa que la que soportan la generalidad de los que la conforman y, de ocurrir, el equilibrio debe restablecerse mediante la indemnización correspondiente. Así independientemente que la actividad fuese lícita o ilícita, con o sin culpa, si esta le ha causado un daño a un administrado, la Administración debe responder patrimonialmente. (...) el artículo 140 de la Constitución, al referirse a la responsabilidad derivada del funcionamiento de la Administración, lo hace respecto del funcionamiento normal o anormal, es decir, lo determinante como se ha expuesto, es que los particulares no están obligados a soportar sin indemnización el daño sufrido, indistintamente si el daño ha sido causado por el funcionamiento normal o anormal como se ha indicado. Por su parte, cabe destacar que del espíritu del Constituyente se deriva la voluntad de

consagrar un sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado, que abarca todos los daños ocasionados por cualesquiera actividad derivada del ejercicio de cualesquiera de las funciones ejercidas por los órganos del Poder Público” (S. del 15-06-00, TSJ-SPA, caso Germán Eriberto Avilez Peña vs. ELEORIENTE).

En efecto, indistintamente del funcionamiento de la actividad de la Administración, los administrados, al tiempo que no están obligados jurídicamente a soportar daños y perjuicios que afecten su integridad patrimonial como consecuencia de la actuación lícita o ilícita de la Administración, cuentan con el derecho y garantía constitucional de exigir reparación directa de los daños antijurídicos.

Responsabilidad por sacrificio particular o por funcionamiento normal del servicio

Este régimen de responsabilidad tiene lugar con base en la visión objetiva del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, sustentado en el daño antijurídico que el administrado no tiene el deber de soportar. Por lo tanto, el daño y perjuicio no ha de ser cualquiera; siendo anormal y especial, poco importa si la Administración actuó conforme a Derecho. En tal sentido, el afectado no tiene que demostrar si hay falta del servicio una vez que comprueba que el daño excede el sacrificio que el común de las personas puede soportar.

En palabras de Badell, R. (2001, 29): *“La responsabilidad del Estado por sacrificio particular se verifica cuando el Estado, en ejercicio de su actividad lícita, causa un daño que por virtud de su gravedad y especialidad comporta una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, desde que impone un sacrificio para el particular que excede de aquél que el común de los administrados debe normalmente soportar”*.

Se trata pues, de actividades que por su naturaleza llevan implícito un potencial resultado dañoso. Como bien lo señala Pantaleón F. (1995, 81):

“La responsabilidad por “funcionamiento normal de los servicios públicos” debe conectarse estrictamente con el principio de igualdad ante las cargas públicas y restringirse a los que sugerimos denominar “daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio, entendiendo por tales aquellos que son (producto indeseado, pero) consecuencia inmediata y directa de actuaciones administrativas lícitas de las que los daños aparecen como secuela connatural, como realización de un potencial dañoso intrínseco a las actuaciones administrativas en cuestión; siendo también necesario, obvio es, que los daños de que se trate representen para quien los padece un sacrificio individualizado que no le es exigible soportar”.

Estas situaciones, generadoras de riesgo o llamadas también “situaciones de riesgo creado”, colocan al administrado en una posición -valga la redundancia- de mayor riesgo a la que él mismo puede generarse. Precisamente, el servicio público de asistencia a la salud se ubica en este tipo de actividades, puesto que, aun funcionando en condiciones de normalidad, es generadora de riesgos. La naturaleza de las

prestaciones de atención médica, así como sus fines, conllevan un alea científico de producir daños excepcionales, aunque el servicio funcione en condiciones normales. Nos referimos a los riesgos que en condiciones regulares no son previsibles, por ejemplo, reacciones ante el consumo de medicamentos, riesgos inherentes a la realización de los tratamientos terapéuticos y/o quirúrgicos, así como reacciones al uso de anestésicos. En estos casos corresponde a la Administración demostrar que el daño no le es imputable.

Al respecto, el Tribunal Supremo español, en sentencias del 14-05-94, 04-05-04, 02-07-94, 27-09-94, 17-11-94 y 11-02-95 ha establecido:

“La responsabilidad patrimonial de la Administración se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado. Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales del régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos. Debe, pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces, deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el

daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable”.

Con base en lo anterior, concluimos que el riesgo creado por la actividad no ha de ser cualquier riesgo. Ciertamente, debe tratarse de un riesgo jurídicamente relevante que ni siquiera en supuestos de funcionamiento normal del servicio sea posible reducirlo. En tales casos, corresponde a la Administración cumplir con el deber de informar sobre los riesgos generados. Asimismo, debe tratarse de riesgos no permitidos en los cuales la Administración incurre en errores o actuaciones diligentes pero equivocadas. Un ejemplo son los contagios con el Virus de Inmunodeficiencia Adquirida (VIH) ocurridos a causa de transfusiones sanguíneas con sangre contaminada, previo al conocimiento -por parte de la Administración- del estado de la ciencia y tecnología necesarias para prever o evitar los riesgos del contagio. Por último, debe tratarse de riesgos no consentidos. Vale aclarar que en el ámbito de la atención médica, cuando el agraviado es informado y está consciente de los riesgos que conlleva el tratamiento, la Administración queda eximida de responder patrimonialmente por el resultado dañoso, siempre que no haya incurrido en faltas del servicio (Mir Puigpelat, 2000, 249 y ss., citado por González, J.2000. 356 y ss.).

En este orden de ideas, Ortiz. L. (1995) agrupa los supuestos generadores de riesgo excepcional en tres categorías. A saber, los accidentes de los trabajos y obras públicas frente a terceros; los accidentes producidos por cosas, métodos y situaciones

peligrosas; y los accidentes sufridos por los colaboradores ocasionales de la Administración (1995, 191). A fin de ubicarnos en el tema de esta investigación, nos interesa detenernos en torno al segundo de estos grupos, puesto que entre los métodos y situaciones generadoras de riesgo se encuentran algunas actividades vinculadas con la prestación del servicio público de asistencia a la salud que señalamos a continuación:

- La vacunas, las cuales conllevan un alea científico que les es inherente ante la dificultad, más bien imposibilidad, de prever todas y cada una de las reacciones y efectos inmediatos y mediatos en el organismo de cada una de las personas. Aún, con todo y los avances de la ciencia y la tecnología, hay riesgos no previsibles en los cuales una persona puede reaccionar -ante una vacuna- de manera distinta a lo esperado, incluso, distinto a los resultados obtenidos en investigaciones científicas. Como bien lo explica Ortiz, el carácter obligatorio de las vacunas, junto con el riesgo que generan, es lo que permite eximir o imputar responsabilidad a la Administración por el resultado dañoso.
- En el mismo lugar se encuentran algunos métodos terapéuticos nuevos o experimentales, los cuales generan un riesgo excepcional ante el desconocimiento de sus posibles consecuencias o efectos colaterales.

Asimismo, los actos médicos o quirúrgicos no están exentos de generar riesgos que, siendo conocidos, son de realización excepcional, pudiendo generar responsabilidad imputable a la Administración aunque el funcionamiento del servicio haya sido normal.

- Las transfusiones sanguíneas representan otro supuesto generador de riesgos, por ser una vía para la transmisión de virus como la Hepatitis A, B, C, y el VIH/Sida. Frente a la diatriba existente en torno a la procedencia de responsabilidad patrimonial imputable a la Administración de contagios del VIH/Sida y Hepatitis C; la jurisprudencia comparada resolvió el problema dividiendo los criterios o reglas de valoración de la responsabilidad con base en dos momentos cronológicos. A saber, antes y después de que la Administración tuviera conocimiento sobre la existencia de la enfermedad y de los modos y técnicas para prevenir los contagios. Las fechas límites fueron 1985 para el VIH/Sida y 1989 para la Hepatitis C. Fechas límite en las cuales la autoridades sanitarias pueden o no excusarse de informar sobre los riesgos de contaminación y de aplicar las técnicas médicas para evitar los contagios por transfusión sanguínea. Durante la primera etapa, anterior a la fecha cuando la Administración sanitaria no contaba con los métodos y tecnología

necesarios para detectar la contaminación del plasma, la Administración queda eximida de responsabilidad por los daños causados. Por el contrario, durante la segunda etapa, posterior a la fecha cuando la Administración se hace consciente de la existencia de los virus, así como de los mecanismos de control y prevención de la contaminación del plasma, la falta de información sobre los riesgos de la actividad no excusa de responsabilidad a la Administración.

- Los hospitales psiquiátricos son concebidos particularmente como actividades generadoras de riesgo. Los métodos de tratamiento recomendados por las corrientes más modernas de la psiquiatría fomentan la reinserción social de los pacientes psiquiátricos mediante tratamientos en libertad. Siendo que se trata de actividades que pueden representar un riesgo excepcional para las personas, la jurisprudencia reconoce responsabilidad a la Administración en supuestos de suicidios, evasiones y agresiones causadas a terceras personas ajenas al servicio encargado del control médico y psiquiátrico del paciente.

Como hemos visto, son varios los supuestos en que la Administración responde por la realización de actividades creadoras de riesgo en funcionamiento normal del servicio. Asimismo, son varios los supuestos generadores de riesgo en los

que la responsabilidad de la Administración puede verse arrastrada hacia el régimen por funcionamiento anormal del servicio en supuestos de incumplimiento del deber de informar sobre los riesgos generados.

Responsabilidad por funcionamiento anormal del servicio

Con respecto al régimen de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal se sostiene que, para que pueda imputarse responsabilidad a la Administración por el resultado dañoso, debe de haber un cierto grado de funcionamiento anormal del servicio. Esta idea la encontramos recogida por Moreu, J. (1986), citado por Ortiz (1995, 261), quien señala: “...*la falta o funcionamiento anormal se traduce en la violación de una obligación preexistente. Si una falta ha sido cometida, es porque la marcha concreta del servicio no ha correspondido a sus leyes de funcionamiento, a las obligaciones a las cuales esta normalmente sujeto*”.

En sentido similar, la doctrina patria recoge la noción de falta como toda violación a las obligaciones administrativas (Ortiz, L. 1995). Más recientemente, en palabras de Badell (2001, 28): “*La responsabilidad por falta o funcionamiento anormal del servicio encuentra justificación en el derecho que tienen todos los particulares de obtener un funcionamiento normal y adecuado de los servicios*

públicos; cuando la Administración no cumple con esta obligación y actúa ilícitamente, debe indemnizar al particular”.

En efecto, toda falta del servicio conlleva el incumplimiento de obligaciones a cargo de la Administración, las cuales a juicio nuestro deben ser apreciadas tomando en cuenta los fines que inspiran la función pública del Estado, las pautas de funcionamiento y organización de la actividad, la naturaleza y contenidos de las prestaciones y los derechos del usuario del servicio, todos de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, no siempre resulta fácil apreciar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la Administración, ya que hay normas cuyo contenido resulta ser muy genérico o poco esclarecedor, debiéndose recurrir entonces a los criterios desarrollados por la jurisprudencia en relación con el funcionamiento anormal o faltas del servicio.

En el contexto venezolano, las obligaciones administrativas que derivan de la actividad del servicio público de asistencia a la salud encuentran referencia en el marco constitucional y legal interno. En tanto que en el derecho comparado, además de contar con la referencia de los textos legales, la jurisprudencia presenta todo un desarrollo del que Venezuela carece.

Tan cierto es, que el Tribunal Supremo de Justicia sólo cuenta en su haber tres fallos de la Sala Político-Administrativa, en los que se pronuncia sobre la procedencia de responsabilidad patrimonial imputable a la Administración por funcionamiento anormal del servicio público de asistencia a la salud. A saber, los fallos del 23-11-99, caso Luz Magaly Serna Rugeles contra el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social; del 26-11-03, caso Ruth Damaris Martínez Lezama contra el IVSS; y del 31-07-02, caso Marbelis María Borges Borges contra la C.V.G. BAUXILUM, c.a.

El caso Luz Magaly Serna Rugeles contra el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (MSAS) se convierte en la primera sentencia que reconoce responsabilidad patrimonial a la Administración Pública por fallas en el servicio de asistencia a la salud a la luz de las normas constitucionales. Este caso es bastante emblemático, pues se trata de una enfermera quien se contaminó con mercurio en su lugar de trabajo, el Hospital Universitario de los Andes, de la Universidad de Los Andes (ULA). Pasaron varios años durante los cuales la afectada no identificó la causa de las dolencias y afecciones de salud que venía presentado cada vez con mayor intensidad. Cuando descubre que sus problemas de salud derivan de una intoxicación mercurial crónica, el MSAS le niega la solicitud de acceder a un tratamiento médico especializado, teniendo que interponer una acción de Amparo Constitucional para que se le restituyera su derecho a ello. Por haberse sometido a una situación más desfavorable a aquella en la cual el servicio no hubiera incurrido

en fallas y generado el resultado dañoso actual, se condenó a la República de Venezuela al pago de las indemnizaciones correspondientes.

A continuación se reproduce la argumentación desarrollada por la Sala en reconocimiento de la responsabilidad patrimonial imputable al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social por faltas del servicio, con base en las normas consagradas en la Constitución:

“(…) En el presente caso, en criterio de esta Sala, hay una evidente responsabilidad por funcionamiento anormal en el servicio de salud prestado por el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, que se manifiesta doblemente, en primer lugar, en la falta de condiciones apropiadas para el trabajo y correcta utilización de los materiales, que en definitiva origina el inicio del proceso de contaminación mercurial de la actora, que viene agravarse en detrimento de su salud. En segundo lugar, el funcionamiento anormal que se produce por la negativa a prestar servicio médico, de examen y hospitalización oportuno, al punto que la prestación de dichos servicios se inician y son ofrecidos por el Ministerio aludido luego de que se obtiene sentencia favorable frente a una acción constitucional de amparo que propendía a que se le restablecieran los derechos constitucionales a la vida y a la salud. No existe pues duda alguna que tales hechos - inexistencia de un ambiente apropiado de trabajo y la negativa a prestar servicios- causantes directos de la intoxicación mercurial y de la desmejora progresiva en la salud de la actora, suficientemente probados en el juicio, comprometen la responsabilidad de la República de Venezuela que, por ello, está obligada a resarcimiento y así se declara” (TSJ-SPA, 23-11-99, caso Luz Magaly Serna Rugeles vs. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social).

Llama la atención el poco volumen de casos presentados y decididos judicialmente por faltas en el funcionamiento del servicio público de asistencia a la salud. Podemos suponer entonces, que ante la regularidad de fallas que caracteriza a las prestaciones del servicio público de asistencia a la salud venezolano, la conciencia del colectivo termina por asumir como lícitas actuaciones que son absolutamente ilícitas conforme a nuestro ordenamiento jurídico. Un ejemplo es el caso frecuente de personas que, siendo hospitalizadas por patologías benignas, mueren por complicaciones de salud derivadas de la falta de una atención oportuna, debido al tiempo prolongado de espera para la realización de una intervención quirúrgica. En efecto, una práctica regular implementada en nuestros establecimientos hospitalarios da cuenta de la creación de “listas de espera”, en las cuales grupos numerosos de pacientes deben, irónicamente, esperar “pacientemente” para ser intervenidos quirúrgicamente. En muchos casos, estas listas de espera se caracterizan por estar mal gestionadas, por realizarse bajo criterios inciertos de prioridad del tratamiento quirúrgico y por implicar una espera muy prolongada. No obstante, nuestros tribunales no han conocido todavía de demandas por daños causados bajo este supuesto.

El servicio incurre en falta de funcionamiento de varias las formas. Tanto la jurisprudencia como la doctrina del Derecho comparado dan cuenta, fundamentalmente, de tres modalidades. A saber: cuando el servicio se presta de

manera ineficiente, es decir, que se presta pero no en la forma debida; cuando el servicio se presta de manera tardía, es decir, que se presta pero no en tiempo oportuno; y cuando el servicio no se presta, es decir, hay omisión de actuar en orden a una prestación positiva que le es propia al servicio.

A continuación presentamos algunos ejemplos de la jurisprudencia española y colombiana en los que la Administración Pública fue condenada al pago de indemnizaciones por daños causados como consecuencia de faltas en el servicio público sanitario, bajo las modalidades referidas con antelación:

- Asistencia defectuosa en el tratamiento con oxígeno realizado a un niño que nació prematuro, con muy bajo peso e inmadurez generalizada. La asistencia defectuosa consistió en el uso inadecuado y sin el correspondiente control por parte de un pediatra neonatólogo en el tratamiento con oxígeno, lo que causó al neonato una ceguera irreversible (S. de SPA-AN del 17-03-99, España).

- Asistencia no oportuna en el tratamiento ofrecido a un señor que presentaba una lesión aórtica, quién además requería de una intervención quirúrgica. Al no ser calificada de urgente la intervención, ingresó a una lista de espera. Cuando fue llamado para la realización de la intervención, ya había muerto por insuficiencia cardíaca (S. de AN-SPA del 31-05-00, España).

- Asistencia no adecuada por el uso de equipos de salud no adaptados a los avances de la ciencia y la tecnología. Se trata del caso de una señora embarazada, quien durante el período de embarazo, habiendo cumplido con el control prenatal, no le fueron detectadas, a través de los equipos de exploración ecosonográfica del servicio, las malformaciones congénitas con las que nació su hija (TSJ, España. Tomado de webmaster@canalsalud.com en agosto de 2003).

- Asistencia no adecuada del servicio derivada de la disminución de personal facultativo en época vacacional. Es el caso de un señor que presentando un traumatismo craneoencefálico grave no pudo ser ingresado al servicio de neurocirugía, siendo ingresado en el servicio de otorrinolaringología, debido a que la capacidad de respuesta del primer servicio estaba prácticamente reducida a la mitad al encontrarse el personal a su servicio de vacaciones. Tal situación condujo a que el paciente no recibiera una atención de salud especializada, lo que le trajo secuelas neurológicas irreversibles (S. del TS del 03-09-96, España).

- Asistencia no adecuada del servicio ante la omisión de realizar pruebas de alergia a las anestésicas (S. del 29-07-86, Ar. 6808, España, citado por González, J. 2000, 342).|

- Asistencia no oportuna del servicio debido a la falta de personal en el servicio de atención de emergencias en un hospital, lo que causó la muerte de una persona (S. de ST del 29-07-1986, ST, Ar. 6908, España).

- Asistencia defectuosa por el uso de equipos de respiración artificial no aptos para el uso, localizados en el área de quirófanos de un establecimiento hospitalario (S. de 05-05-88, Ar. 4016, España, citado por González, J. 2000. 342).

- Asistencia no oportuna por parte del personal médico de ginecología y obstetricia durante el trabajo de parto de una mujer (S. del TS del 12-03-02, España).

- Asistencia defectuosa del servicio por falta de información a un paciente sobre la ingesta de medicamentos contraindicados junto con la vacuna antirrábica que le fue suministrada, lo que le causó una lesión con secuelas de invalidez (S. del TS del 22-11-91, Ar. 8844, España).

- Asistencia no adecuada como consecuencia de la falta de información a un paciente sobre los riesgos vinculados al tratamiento quirúrgico practicado, así como de posibles tratamientos alternativos (S. del TS del 04-04-00, España).

- Asistencia no adecuada por no adoptar medidas de vigilancia y seguridad mínimas en un establecimiento hospitalario, con respecto a un paciente a quien habían intentado asesinar grupos al margen de la ley. Hecho que no solo era conocido por los cuerpos de seguridad del municipio, sino también por los diarios de la región (S. del CE del 28-09-00, Colombia).

- Asistencia no oportuna ni adecuada al no ofrecer un diagnóstico y tratamiento ajustado a la lesión auditiva que sufriera un soldado por realizar prácticas de tiro sin instrumentos de protección aditiva. Los medicamentos que recibió por los dolores de oído y de cabeza solo consistieron en calmantes para el dolor que, junto a los lavados de oído que se le ordenó realizar, aumentaron el trauma en vez de menguarlo. La falta de una tratamiento médico especializado en tiempo oportuno no le habría dejado las secuelas de hipoacusia que actualmente presenta (S. del CE del 10-08-00, Colombia).

- Asistencia no oportuna ni adecuada a una mujer embarazada por la falta de un diagnóstico obstétrico acertado y una atención de emergencia oportuna, causándole el estallido del útero y la expulsión del nasciturus al abdomen de la madre, con secuelas de infertilidad y disminución de la respuesta sexual de la madre y retardo mental severo para el niño (S. del CE del 17-08-00, Colombia).

Presupuestos o elementos de la responsabilidad patrimonial de la Administración

La valoración de la responsabilidad patrimonial imputable a la Administración Pública en la prestación del servicio de asistencia a la salud asume como elementos o presupuestos integradores de dicha responsabilidad a la actuación por acción u omisión de la Administración a la que nos hemos referido antes, junto a la existencia de una lesión antijurídica, el daño causado y la relación o nexo causal que debe existir entre esa actividad u omisión imputable a la Administración y el resultado dañoso.

En tal sentido, el Tribunal Supremo de Justicia, en decisión del 09-01-01, con ocasión del caso Hugo Eunices Betancourt Zerpa contra el Ministerio de Relaciones Interiores, hoy Ministerio de Relaciones Interiores y de Justicia, señala: “*Establecido*

el amplio alcance del sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el caso bajo análisis, se requiere determinar cuales son los extremos necesarios para que ésta surja, a saber: (1) la existencia de un daño constituido por una afección a un bien o derecho tutelado por el ordenamiento jurídico o disminución patrimonial; (2) una actuación u omisión atribuible a la Administración; y (3) la relación de causalidad entre tales elementos”.

De esta manera vemos cómo nuestra jurisprudencia, con base en las normas constitucionales, empieza a sustentar la procedencia de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública en coherencia con las corrientes objetivas de avanzada existentes al respecto, quedando atrás la noción de culpa como eje central de la responsabilidad.

La lesión antijurídica

La lesión antijurídica se nos presenta como el primero de estos presupuestos o elementos requeridos para la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Según García de Enterría, (1955, 1125), la lesión antijurídica se constituye en el fundamento objetivo de la responsabilidad patrimonial: “La teoría general de la responsabilidad administrativa parece contar con un hito firme en la

doctrina, y es posible encontrar un fundamento común: la idea de lesión. La lesión constituye un perjuicio antijurídico, no por la forma de producirse el perjuicio, sino en si misma, porque el titular del bien o derecho no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él con toda licitud”.

Ciertamente, para que se configure la responsabilidad objetiva de la Administración Pública, no basta con que se cause un daño, sino que éste ha de ser antijurídico, entendiéndose por lesión todo daño antijurídico que quien lo sufra no tenga el deber jurídico de soportarlo. Siguiendo este orden de ideas, la Audiencia Nacional de España, en sentencia de fecha 14-04-99, con ocasión del caso citado con antelación sobre el niño que nació prematuro y, como consecuencia de faltas en el servicio se le causó una ceguera de tipo irreversible, dispone:

“El fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración se encontraba inicialmente en el ejercicio ilegal de sus potestades o de la actuación culposa de sus funcionarios, por lo que se configuraba con carácter subsidiario, pero actualmente, y sin perjuicio de admitir en algunos supuestos otro fundamento, se considera que si la actuación administrativa tiene por objeto beneficiar, con mayor o menor intensidad a los ciudadanos, justo es que si con ello se causa un perjuicio, éste se distribuya también entre todos, de forma que el dato objetivo de causación de una lesión antijurídica por la actuación de la Administración, constituye ahora, el fundamento de la responsabilidad de la misma. La responsabilidad, por tanto, surge con el perjuicio que se causa, independientemente que éste se haya debido a una actuación lícita o ilícita de los poderes públicos y de quién haya sido concretamente el causante”.

En este caso, el neonato desarrolla una ceguera irreversible por fallas en el suministro de oxígeno en la incubadora, contando el servicio con un personal profesional especializado, lo que no justifica jurídicamente el daño causado. De manera que el daño además de ser resarcible, debe ser imputable al funcionamiento lícito o ilícito del servicio y, el afectado no tener el deber jurídico de soportarlo. Si bien la Administración sanitaria no está obligada a obtener siempre un resultado favorable y sin lesión en la prestación del servicio público de asistencia a la salud, lo que no puede admitirse es un resultado dañoso como la ceguera irreversible del neonato, bajo los cuidados extremos de un servicio que contaba con personal especializado.

En definitiva, para que la Administración Pública sea responsable del daño causado, es necesario que el administrado afectado en sus bienes y derechos no tenga el deber jurídico de soportar el resultado dañoso, independientemente que las causas que lo ocasionen sean lícitas o ilícitas.

El daño

El daño, siendo equiparable a la noción de lesión antijurídica, se vincula más bien con el detrimento o afectación patrimonial que sufre el administrado en sus bienes y derechos como consecuencia de la actuación (acción u omisión) de la

Administración. En efecto, el administrado no solo cuenta con el derecho de no ser lesionado antijurídicamente, es decir, de no soportar daños que sobrepasen la carga normal a que debe someterse conforme a la ley, sino que además cuenta con el derecho a la indemnización como reparo patrimonial por el daño causado en cualesquiera de sus bienes y derechos que deriven del funcionamiento normal o anormal de la actividad.

Para Sanz Bayon, citado por González Pérez J. (2000, 271): *“La existencia de una lesión física o moral, o de un daño, traducible en una indemnización económica individualizada, constituye el núcleo esencial de tal responsabilidad patrimonial. Tal daño ha de ser real y efectivo, no traducible a simples especulaciones o simples expectativas y pesando sólo al interesado la carga de la prueba del mismo”*.

Ciertamente, el daño debe cumplir con ciertas características para que sea resarcible. Debe tratarse de un daño que además de ser antijurídico ha de ser cierto, real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado. En este mismo orden de ideas, la Audiencia Nacional postula: *“Es indiscutible que entre otros requisitos, el daño que se invoque, además de ser evaluable económicamente, sea real y efectivo, por más que esta realidad o efectividad, no sólo hayan de tenerse por cumplidas cuando se trate de consecuencias lesivas pretéritas y actuales, sino también de futuro acaecimiento (...)”* (S. del 02-01-90, AN, España).

Se entiende, entonces, que el daño es cierto o efectivo, puesto que no debe tratarse de simples expectativas o de un daño incierto sino de un daño real. Asimismo, el carácter evaluable del daño da cuenta del carácter material propiamente dicho, incluido el daño moral. En otras palabras, deben ser daños susceptibles de apreciación pecuniaria. Por último, el carácter individual del daño se refiere al carácter concreto de afectación patrimonial (Piza Rocafort, R. 1989).

En Venezuela, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencias del 19-07-84, 07-03-89, 13-12-89, 04-03-93, 05-04-94 y 14-12-95, se ha pronunciado en relación con el carácter personalísimo del daño, teniendo que ser probada su existencia por quien reclama la indemnización. Asimismo, para que proceda la responsabilidad patrimonial imputable a la Administración ha establecido que el daño no debe ser genérico; por el contrario, debe ser concreto, real, efectivo y evaluable patrimonialmente

En el ámbito del servicio público de asistencia a la salud, en España, el Tribunal Supremo, en sentencias del 05-06-91, 12-02-96, 09-03-98 y 11-03-98, desarrolla un criterio de distinción de daños de gran valor para el tema de esta investigación. A saber, distingue entre daños producidos por la enfermedad y aquellos producidos como consecuencia del tratamiento médico prestado. A su vez,

dentro del primer grupo, es decir, los daños producidos por la enfermedad, distingue entre:

“...los daños que la enfermedad produce necesariamente, a pesar de todos los tratamientos médicos por adecuados y eficaces que ellos sean, ya que vienen impuestos por el carácter caduco y enfermizo de la condición humana y los daños producidos por la enfermedad, pero que son evitables por un tratamiento médico prestado a tiempo y adecuado y que su producción es debida a la falta de asistencia sanitaria o que la prestada no fue la adecuada”.

Con respecto al segundo grupo, es decir, los daños producidos por el tratamiento médico, a su vez distingue entre:

“...aquellos que son intrínsecos al tratamiento como tal y que por ello, se producen de modo necesario y justificado por su finalidad terapéutica y aquellos otros que el tratamiento médico produce al margen de su finalidad terapéutica, y que son daños producidos porque no es el tratamiento procedente o adecuado el prestado, o porque en su realización se introducen circunstancias que lo desnaturalizan y que son ajenas a la constitución individual del enfermo”.

Dado que existen estas diferencias para la valoración del daño, cabe señalar que solo los segundos supuestos de cada uno de los dos grupos principales pueden ser imputados a la Administración. En otras palabras, da lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración, dentro de los daños producidos por la enfermedad, aquellos cuyo origen está en la falta de asistencia sanitaria o a una asistencia inadecuada. Igualmente, de los daños producidos por el tratamiento médico, producen responsabilidad solo aquellos que el tratamiento médico produce al margen de su finalidad terapéutica, por su improcedencia e inadecuación.

Vale aclarar que estos criterios de clasificación del daño, referidos previamente, se justifican para imputarle responsabilidad a la Administración solo por funcionamiento anormal. Por el contrario, cuando se trata de daños derivados del servicio, aunque este no haya incurrido en anomalía del funcionamiento, el criterio para la valoración del resultado dañoso se hace con base en el grado de intensidad, gravedad e importancia del daño que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar. En tal sentido, se exige que el daño además de ser evaluable, individualizado, cierto o efectivo, debe ser excepcional o especial. En efecto, debe ser un daño que exceda el común de las cargas de la vida en sociedad.

Otro criterio de clasificación del daño sobre el que hicimos una mínima referencia es el que distingue entre el daño patrimonial y el daño sin carácter patrimonial. En tal sentido, el daño patrimonial da cuenta de aquellos daños propiamente materiales, incluyendo sus dos modalidades: el daño emergente y el daño por lucro cesante; mientras que el daño sin carácter patrimonial da cuenta más bien de aquel que la propia jurisprudencia define como *pretium doloris*, comprendiendo como daño moral los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos (Ss. del TS del 16-07-84, 01-12-86 y 23-02-88, España).

Un tercer criterio distingue entre daños continuados y daños permanentes. En palabras del Tribunal Supremo español:

“Los daños permanentes son aquellos a los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto, aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, en tanto que los daños continuados, son aquellos que en base a una unidad de acto se producen día a día de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad. En el caso de los daños definidos como permanentes, es evidente que producido el acto causante del resultado lesivo, éste queda perfectamente determinado y puede ser evaluado o cuantificado de forma definitiva” (S. del 22-06-95, TS, España).

De lo expuesto se desprende que los daños continuados son aquellos que pueden producirse día a día en el tiempo, con deterioro paulatino, sin solución de continuidad y como consecuencia de un único hecho inicial. Por tanto, el resultado dañoso no pudiera ser evaluado de manera definitiva hasta que no cese el hecho causante del mismo. Pues bien, con base en este criterio, la jurisprudencia asume que el plazo de prescripción de las demandas de responsabilidad patrimonial no comienza a computarse hasta tanto no hayan cesado los efectos lesivos. Por el contrario, en caso de daños permanentes, el plazo comienza a computarse desde el mismo momento en que se produce la conducta lesiva.

Por último, otro criterio novedoso para la valoración del daño nos lo aporta la jurisprudencia colombiana, siendo reparable todo “*daño a la vida de relación*”. Es así que en fallo del 10-08-00, el Consejo de Estado, con ocasión del caso de un joven que durante la prestación del servicio militar sufriera daños graves y permanentes en la audición, dispuso: “...el daño que se le ocasionó al muchacho viene siendo un daño a

la vida de relación (calificativo utilizado por la doctrina italiana), porque se trata de un daño de carácter individual y exterior que afecta muchos actos de su vida y en general, con las cosas del mundo”.

Según el profesor Tamallo Jaramillo J. (citado en S. del 19-07-00, CE, Colombia) se trata de un daño referido a la *“pérdida de la posibilidad de realizar...otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia”*. En efecto, no se trata de una simple afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que le rodean. No referimos más bien a un perjuicio extrapatrimonial que, aunque de carácter personal, es externo, pudiendo llegar a afectar otros actos de la vida vinculados a la relación de la persona con las cosas del mundo.

La relación de causalidad

Con respecto al último de los elementos requeridos para la procedencia de la responsabilidad patrimonial imputable a la Administración, el nexo causal o relación de causalidad, Fernández de Aguirre, J. (2002) sostiene: *“la relación de causalidad es un concepto que se resiste a ser fijado o definido apriorísticamente con carácter general, dada su complejidad, por lo que habrá de estarse al caso concreto”*.

Aun cuando compartimos plenamente esta postura, a los intereses de la presente investigación, en términos genéricos, entendemos el nexo causal como la relación que debe existir entre el resultado dañoso y la actuación (acción u omisión) de la Administración. Es decir, para que se pueda imputar responsabilidad patrimonial a la Administración, las lesiones sufridas en los bienes y derechos del administrado deben ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Al respecto, el Tribunal Supremo de España en una sentencia del 25-01-97 establece:

“La imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, si bien admitiéndose la posibilidad de una moderación de la responsabilidad en el caso de que intervengan otras causas, lo que debe tenerse en cuenta en el momento de fijarse la indemnización. Ello no es obstáculo para que, según los casos, se requiera para determinar la existencia de responsabilidad el carácter directo, inmediato y exclusivo del referido nexo”.

De manera que la actuación de la Administración debe insertarse en lo que la causalidad material entiende como la producción irremediable de un resultado sin interferencias extraordinarias y extrañas, procedentes de terceras personas o del lesionado mismo. Un ejemplo es el caso de la muerte de dos personas, quienes luego de evolucionar positivamente durante un post-operatorio, murieron a causa de la infección por un germen que se encontraba en los entornos hospitalarios. A los

efectos de demostrar el nexo causal entre el resultado dañoso y el funcionamiento del servicio, hubo que demostrar la concurrencia de circunstancias en el servicio prestado, como fue la contaminación de las instalaciones de aire acondicionado del quirófano. La falta de tal contaminación, en hipótesis, hubiera evitado el desenlace fatal. Debido a la naturaleza de ambas muertes, la relación causal debía ser determinada en la asistencia médica prestada y, en particular, en el estado de las instalaciones de aire acondicionado ubicadas en el quirófano donde ambas personas fueron intervenidas con solo un día de diferencia. De las pruebas evacuadas en el proceso se demostró que las patologías por las cuales ambas personas habían sido intervenidas no representaban riesgo mayor, mientras que el letal germen fue encontrado en las instalaciones de aire acondicionado del quirófano donde ellas fueron intervenidas.

De acuerdo con los razonamientos anteriores, la doctrina jurisprudencial del Derecho comparado, tratando de definir la noción de relación de causalidad a los efectos de apreciar la existencia o no de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ha seguido la tesis de la llamada causalidad adecuada. Así, en una sentencia de la Audiencia Nacional española, de fecha 15.03.00, se señala:

“...determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o sí, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso, si el resultado se corresponde con la actuación que le originó, es adecuado a esta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa

adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una “*condictio sine qua non*” esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por si sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso, esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así dicha condición alcanzará la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”.

Pues bien, retomando el ejemplo anterior, la contaminación del quirófano como causa adecuada, próxima y verdadera del desenlace fatal representa una causalidad ligada entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso. En efecto, en el caso bajo análisis se demostró durante el juicio que las complicaciones de salud que devinieron en la muerte de ambas personas luego de una recuperación postoperatoria favorable, se derivaron del hecho de haberse contaminado con un germen que se encontró en los cuerpos de las occisas y en las instalaciones del aire acondicionado donde ambas fueron intervenidas.

Igualmente, un aspecto harto revisado por la doctrina y jurisprudencia del Derecho comparado radica en la necesidad de probar de manera suficiente el vínculo causal cuando se quiera invocar responsabilidad patrimonial por la actividad de servicio público de asistencia a la salud. Ello, en virtud de que bajo la orientación *ius publicista* de la responsabilidad patrimonial de la Administración, poco importa la

conducta del agente que ocasiona el daño -entiéndase como el médico que realiza una intervención quirúrgica, la enfermera que trata a un paciente o el técnico especializado en el manejo de un equipo médico durante una operación- siendo que la prestación del servicio conlleva factores potenciales de riesgo que pueden concretarse en una lesión antijurídica, salvo que se trate de supuestos de falta del personal separable de la falta del servicio.

En términos parecidos, el Tribunal Supremo español, en una sentencia de fecha 14-06-91 con ocasión del juicio de un médico cirujano, señala que: *“su conducta no ha de ser enjuiciada aquí bajo el prisma psicológico o normativo de la culpabilidad, sino más bien desde la estricta objetividad mecánica de un comportamiento que se inserta, junto con otros eventos, en la causalidad material, a nivel de experiencia, en la producción de un resultado”*.

Bajo este criterio, la imputación de la responsabilidad de la Administración por el resultado dañoso se inserta en la relación de causa a efecto que ha de existir inevitablemente entre la lesión antijurídica y la actuación de la Administración en la prestación del servicio, incluyendo la actuación de los médicos integrados a la organización administrativa junto a otro conjunto de circunstancias materiales, técnicas y financieras presentes.

Con respecto a la carga probatoria, en los casos donde la lesión antijurídica es consecuencia del funcionamiento anormal del servicio público de asistencia a la salud, ésta corresponde, en principio, a quien exige el pago de la indemnización por los daños causados. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial sobre la materia, especialmente la colombiana, ha avanzado hacia la teoría de la “falla presunta”. Según esta teoría, en supuestos de daños causados por el funcionamiento anormal del servicio público de asistencia a la salud opera una inversión de la carga probatoria a favor del administrado, correspondiendo a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio ha sido prestado debidamente a fin de poder exonerarse de responsabilidad.

Ello, en virtud de ser frecuentes las situaciones en donde al demandante se le hace excesivamente difícil, sino imposible, comprobar los hechos y cargos relacionados con la demanda, como es el caso de las intervenciones médicas y quirúrgicas -especialmente las quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por la privacidad de las mismas y por encontrarse en juego intereses personales e institucionales, se constituyen en barreras infranqueables para el paciente-, quién debe probar aspectos científicos o técnicas profesionales contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios. Precisamente, en supuestos como este, la jurisprudencia colombiana justifica la aplicabilidad del “principio de las cargas probatorias dinámicas” que si bien no tiene sustento en la legislación procesal

colombiana, lo encuentra en normas constitucionales que consagran el principio de equidad.

A manera de ejemplo, el Consejo de Estado colombiano, en una sentencia del 14-06-01, invocó este principio con ocasión del caso de un señor que ingresó a un hospital para realizarse una operación de cataratas que luego derivó en un glaucoma y pérdida irreversible de la visión en el ojo izquierdo. El juez planteó un cierto aligeramiento de la carga probatoria a favor del demandante bajo el argumento del carácter dinámico de las cargas probatorias, lo que no implicaba -según el fallo- darle carácter permanente a la inversión del deber probatorio.

En este sentido, corresponde al juez valorar las implicaciones propias de cada caso, pudiendo darse situaciones donde el paciente puede o no estar en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad administrativa. Representa, entonces, una tarea ardua y exigente para el juzgador, pues es quien debe establecer en cada caso cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar que el funcionamiento del servicio fue relevante en la producción del resultado dañoso, sin que ello implique la inversión permanente del deber probatorio de la relación de causalidad en cabeza del demandante.

Causales de exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración

El elemento o presupuesto causal para la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración puede romperse cuando concurren causas extrañas a la Administración generadoras del daño. En estos casos, la Administración puede eximirse de responder patrimonialmente por la generación del resultado dañoso.

Podríamos decir que la Constitución se acoge a este criterio cuando dispone que el Estado venezolano debe responder patrimonialmente por el evento dañoso siempre que la lesión le sea imputable. Por interpretación en contrario, habrá supuestos en los que el daño producido no le es imputable a la Administración. Tanto la jurisprudencia como la doctrina comparada se pronuncian a favor de tres supuestos de exoneración de la responsabilidad. A saber, en casos de fuerza mayor, culpa de la víctima y hecho de un tercero.

En tal sentido, el Tribunal Supremo de Justicia venezolano, en sentencia del 09-10-01, con ocasión del caso Hugo Eunices Betancourt Zerpa contra el Ministerio de Relaciones Interiores, se pronunció a favor de la procedencia de supuestos necesarios eximentes de la responsabilidad, en los términos siguientes:

“...cabe destacar que del espíritu del Constituyente se deriva la voluntad de consagrar un sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado, que abarca todos los daños ocasionados por cualesquiera actividad derivada del

ejercicio de las funciones ejercidas por los órganos del Poder Público. No obstante, debe indicarse que la responsabilidad extracontractual de la Administración, debe ser interpretada bajo criterios restringidos, a fin de evitar generalizaciones impropias e inconducentes que excluyen los supuestos necesarios eximentes de la responsabilidad, tales como, hecho exclusivo de un tercero, culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor o caso fortuito”.

La fuerza mayor y/o caso fortuito

En Venezuela, la fuerza mayor y el caso fortuito se encuentran consagrados en las normas del Código Civil sin que haya una distinción clara entre ambas figuras. Esa distinción, como ha ocurrido en otros países, la encontramos en la doctrina y jurisprudencia, principalmente en el ámbito del Derecho civil, aunque también encuentra sustento en el ámbito del Derecho administrativo. Así, mientras que la fuerza mayor obedece a causas externas, desconocidas e inevitables, el caso fortuito obedece a causas internas que aun siendo conocidas son irremediables.

En tal sentido, la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Superior de España nos ilustra en los siguientes términos:

“(…)fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas distintas: a) En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: falta del servicio que se ignora); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la

organización...b) En la fuerza mayor, en cambio, hay indeterminación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio(...)" (S. del 31-05-99, SPA-TS, España).

Vale señalar que en el sistema de responsabilidad objetiva de la Administración, a diferencia del sistema de responsabilidad subjetiva, los daños ocasionados por caso fortuito no eximen de responsabilidad a la Administración. Por el contrario, en supuestos de fuerza mayor, la exoneración de la responsabilidad es absoluta. Por ejemplo, en los casos de contagio de Hepatitis C por transfusiones sanguíneas, la fuerza mayor ha sido invocada recurrentemente como causal de exoneración de responsabilidad administrativa, sobre todo en supuestos que dan cuenta de contagios efectuados en un momento en que las autoridades sanitarias no tenían conocimiento de la existencia de la enfermedad, de las causas del contagio y de los métodos para prevenir la contaminación (Ss. del 22-12-97, 03-12-99 y 09-10-00, Sala 4ta. del TS, España). Ahora bien, en supuestos en los cuales el contagio fue efectuado en un momento en que las autoridades sanitarias tenían conocimiento de la existencia de la enfermedad, pero todavía la realización de la prueba para detectar la presencia del virus en la sangre no tenía carácter obligatorio, no procede la exoneración de responsabilidad imputable a la Administración, ya que se trata de una causa que siendo inevitable no es externa al servicio (S. del 05-06-91, Sala 3ra. del TS, España).

El hecho de un tercero

Otra causal eximente de responsabilidad patrimonial a la Administración es cuando el daño se entiende causado por un tercero. Es decir, cuando una persona distinta a la víctima y sin ninguna dependencia o vinculación directa con la actuación de la Administración es el causante del resultado dañoso. Según Reyes, H. (2002, 228): *“El tercero que ocasionó el daño debe ser individualizado, identificado y debe ser la causa exclusiva del daño, no debe existir ninguna dependencia de ese tercero con el ente público”*. En consecuencia, el hecho ha de ser exclusivo del tercero para que se rompa el nexo causal y la Administración quede eximida de responsabilidad, pues si ocurre en concurrencia con la actividad de la Administración, la responsabilidad será compartida.

La culpa de la víctima

Por último, haremos referencia a la culpa de la víctima como otra de las causales por las cuales la Administración Pública puede eximirse de responsabilidad patrimonial. Procede cuando la víctima de forma exclusiva es quien provoca el daño. En consecuencia, para que la Administración resulte eximida de responsabilidad, la culpa de la víctima debe fungir como causa única y exclusiva del daño, lo que

permite el rompimiento del vínculo causal entre la producción del daño y la actuación de la Administración. Por el contrario, cuando la culpa de la víctima es concurrente a la actividad de la Administración no se rompe la relación de causalidad, siendo una responsabilidad compartida. Asimismo, la culpa de la víctima ha de ser total. Si su participación en la producción del daño es sólo parcial, lo que hay es una responsabilidad atenuada de la Administración (Vedel, G. 1980, citado por Piza Rocafort, R. 1989).

Al respecto, en Venezuela, la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 26-11-03, con ocasión del caso relativo a un accidente químico-tóxico masivo ocurrido en el Hospital José Antonio Vargas (La Owallera, Maracay), causándole secuelas irreversible en la condición de salud de una médico residente quién termino intoxicada, se pronuncia en los términos siguientes:

“En cuanto a la primera causal eximente de responsabilidad invocada por la parte demandada, es decir la existencia de un hecho de la víctima, la doctrina ha señalado que para que se perfeccione la misma, es necesario que la actuación de la víctima esté revestida de ciertas características (...) dado que para ello deben examinarse otros elementos y atender a las restantes circunstancias particulares que rodean al caso. A tal efecto, se aprecia que el primer requerimiento viene dado por el hecho de que la víctima haya querido intencionalmente el daño sufrido por ella y el segundo, consiste en que ésta haya aceptado los riesgos a pesar de no haber querido que el daño se produjera” (S. del 26-11-03, caso Ruth Damaris Martínez Lezama vs IVSS. TSJ- SPA).

De acuerdo con lo anterior, un presupuesto clave para la procedencia de la culpa de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad a la Administración ha de ser el elemento intencionalidad o culpa excesiva vinculada a la producción del daño. Además, en supuestos generadores de riesgo, ciertamente, el consentimiento por parte de la víctima equivale a entender que hay culpa de la víctima, lo que exonera de responsabilidad a la Administración, por tratarse de una causa extraña al daño.

CAPÍTULO III

CRITERIOS DE NORMALIDAD FUNCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL SERVICIO PÚBLICO DE ASISTENCIA A LA SALUD

Una vez presentado el marco jurídico de la actividad del servicio público de asistencia a la salud junto con la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, y conforme a nuestro ordenamiento jurídico, doctrina y jurisprudencia nacional y comparada, nos queda pendiente abordar el tema de los criterios o parámetros generales de medición del funcionamiento del servicio y tolerabilidad del daño.

La noción de funcionamiento anormal del servicio -entendida como la violación de obligaciones administrativas- es una noción relativa que varía entre niveles altos y bajos de anormalidad funcional. Detrás de esta investigación está precisamente una preocupación sobre ese carácter relativo que tiene el funcionamiento anormal del servicio y la apreciación que hace el juez en un contexto como el venezolano, caracterizado por una situación de crisis en franco deterioro del Sistema Público Nacional de Salud de cara a una tendencia jurisdiccional hacia la

desprotección de los derechos sociales. No basta contar sólo con sanciones morales, aunque son importantes requerimos también de sanciones efectivas que con un carácter compensatorio reparen daños que los administrados no tienen el deber jurídico de soportar.

Pues bien, con base en ese criterio de relatividad o variabilidad del funcionamiento del servicio que impera en el sistema de responsabilidad objetiva de la Administración Pública, es que la doctrina comparada y patria, así como la jurisprudencia del Derecho comparado, remiten su valoración a estándares o parámetros establecidos. Según Rials, S. (1980,120), citado por Ortiz, L.(1995, 37) se trata de un conjunto de reglas o técnicas que permiten al juez medir o controlar los comportamientos o situaciones en términos generalizados de normalidad y racionalidad.

A nuestro entender, la fijación de estos estándares o parámetros, además de constituirse en un referente de medición de la normalidad o anormalidad funcional del servicio, aun con todo y el carácter relativo que les es inherente, representan junto con las obligaciones administrativas un piso de protección jurídica a favor del derecho de los administrados a una indemnización y reparación por los daños antijurídicos causados como consecuencia de la actuación u omisión de la Administración Pública en la prestación del servicio público de asistencia a la salud.

Este capítulo busca identificar esas reglas de imputabilidad atribuibles a la Administración en el ámbito de asistencia a la salud, incorporando al análisis las reglas y criterios desarrollados fundamentalmente por la jurisprudencia y doctrina del Derecho comparado, las cuales contribuyen a dar respuesta a las interrogantes cómo, cuándo y cuánto de la anormalidad del funcionamiento del servicio. Partiendo de lo general a lo concreto se aborda, en primer lugar, el tema de las prestaciones y obligaciones a cargo de la Administración Pública en la actividad prestacional de asistencia sanitaria, sin pretender establecer una lista completa y definitiva de prestaciones y obligaciones administrativas, pues en coincidencia con Ortiz, estaría destinada indefectiblemente al fracaso; en segundo lugar, la teoría sobre gradación de las faltas; y en tercer lugar, el desarrollo que presentan los estándares u otros parámetros generales de funcionamiento del servicio público de asistencia a la salud evocados por la doctrina y jurisprudencia del Derecho Administrativo patrio y comparado y a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Prestaciones de asistencia a la salud

El estudio a detalle de cada una de las prestaciones que integran el servicio público de asistencia a la salud puede llegar a ser muy extenso. De manera que

nuestra intención es ilustrar al lector sobre aspectos más generales, como son su naturaleza y alcance general.

Carácter dinámico de las prestaciones

Las prestaciones de asistencia a la salud están marcadas por un carácter dinámico y variable inherente a su naturaleza. Los cambios sociales y los avances de la ciencia y tecnología son factores determinantes de esa naturaleza dinámica propia de las prestaciones de asistencia sanitaria (Pemán, J. 2000). Ciertamente, según la Ley Orgánica de Salud, la adaptación científico-tecnológica es concebida como un principio rector del funcionamiento de las prestaciones de asistencia a la salud (art. 1). Asimismo, en materia de responsabilidad profesional, el Código de Deontología Médica establece como un deber del médico estar actualizado sobre los avances del conocimiento médico (art. 2). Además, debe prestarse debida atención a la elaboración del diagnóstico, consagrándose el tiempo requerido y ocurriendo a los procedimientos científicos apropiados a su alcance (art. 45).

A juicio nuestro, esa naturaleza dinámica sujeta a cambios debe responder a una dinámica de evolución progresiva en el transcurso del tiempo en aspectos tales como cobertura, cantidad y calidad de las prestaciones. Por ejemplo, aspiramos que

los avances alcanzados por las ciencias médicas y la tecnología puedan traducirse en cambios que incidan en una atención médica más eficaz, para hacer frente a las nuevas enfermedades y afecciones de salud, con incorporación de técnicas y equipos modernos para el diagnóstico y tratamiento de los usuarios del servicio, así como la incorporación de nuevas tecnologías en la producción de medicamentos más efectivos y menos invasivos.

En tal sentido, a los fines de esta investigación nos debe quedar claro que el carácter dinámico y evolutivo de las prestaciones de asistencia a la salud exige de la Administración Pública la adopción de medidas dirigidas a que el servicio funcione de la forma más eficaz posible. Por el contrario, el contexto venezolano da cuenta de prestaciones de asistencia a la salud que se caracterizan por faltas en el servicio y un retroceso continuo, precisamente, en los indicadores de cobertura y calidad. Por ello, el interés en precisar criterios de medición de la anormalidad del funcionamiento del servicio con base en el principio de progresividad sobre el que haremos mención más adelante.

Contenido y alcance de las prestaciones

A primera vista las prestaciones de asistencia a la salud suelen identificarse con la llamada medicina curativa, la cual centra su actividad en los actos médicos de

diagnóstico, tratamiento, atención de emergencia y rehabilitación. En ese sentido, la Ley Orgánica de Salud clasifica a las actividades de atención médica según su finalidad en: actividades de prevención, promoción, restitución y rehabilitación de la salud (art. 28). Igualmente, de acuerdo con el nivel de atención médica, distingue entre: prestaciones de primer nivel, entendidas como prestaciones de atención primaria relacionadas con enfermedades o afecciones comunes y leves; de segundo nivel, entendidas como prestaciones ambulatorias especializadas en la prevención, control y atención de enfermedades y afecciones a la salud leves o más graves, que al ser comunes requieren profesionales de la salud con cierto nivel de especialización; y de tercer nivel, entendidas como prestaciones hospitalarias especializadas vinculadas con la atención de patologías o afecciones que requieren de la intervención de profesionales de la salud especialmente capacitados. Estos tres grupos de prestaciones, a su vez, comprenden actividades de diagnóstico, tratamiento y recuperación de la salud (art. 29-31).

- Las actividades de diagnóstico comprenden principalmente la realización de exámenes y prácticas tendientes a demostrar la presencia y estado actual de enfermedades o afecciones en la condición de salud de la persona.
- Las actividades de tratamiento son posteriores al diagnóstico. En efecto, la falta de diagnóstico afecta la eficacia (forma oportuna y adecuada) del

tratamiento. Comprende las prácticas o procedimientos tendientes a aminorar o desaparecer los efectos de las afecciones y demás enfermedades que alteren el estado de salud de la persona. Como fue señalado con antelación, el tratamiento debe incluir atención de emergencias, atención primaria de la salud y atención especializada, en la que se incluyen los tratamientos a personas con enfermedades crónicas y de larga duración (enfermedades congénitas, personas que viven con VIH/Sida, cáncer, hepatitis C, hemofilia, deficiencia renal, entre otras, personas transplantadas).

- Las actividades de rehabilitación de la salud comprenden las prácticas y procedimientos tendientes a restablecer la condición de salud (física y psíquica) de la persona, aminorando o desapareciendo las consecuencias de la enfermedad (Defensoría del Pueblo, Colombia, 2003).

Vale aclarar que estas prestaciones individuales de asistencia a la salud se complementan con otros actos que si bien no dan cuenta -en estricto sentido- de la aplicación de los conocimientos y técnicas de las ciencias médicas, se constituyen en prestaciones de *dare*, como por ejemplo, la entrega de medicamentos, prótesis o sillas de ruedas a la par de los servicios de hotelería y demás condiciones de estadía ofrecidas en los establecimientos (Pemán, J. 2000). De hecho, su ausencia pudiera

constituirse en un determinante para la producción del resultado dañoso imputable al funcionamiento del servicio.

Este tipo de prestaciones comprenden los actos conocidos como extramédicos y paramédicos. Mientras que los actos extramédicos dan cuenta de las condiciones de alojamiento, alimentación, limpieza de los espacios y seguridad, ofrecidas al paciente; los actos paramédicos dan cuenta de las condiciones físicas y técnicas de los establecimientos, equipos y servicios de asistencia a la salud, incluyendo la dotación regular de insumos médicos y quirúrgicos, así como de los medicamentos.

Con base en lo anterior, las prestaciones de asistencia a la salud, además de comprender el acto médico, caracterizado por el uso de los conocimientos científicos y las técnicas tendientes a precisar la condición de salud de la persona, modificar o aminorar los efectos inmediatos o mediatos de la enfermedad y procurar su mejoría; se complementan y articulan con los actos extramédicos y paramédicos.

Por otra parte, según nuestro ordenamiento jurídico el alcance de las prestaciones de asistencia a la salud llega hasta la cobertura de tipo universal que encuentra su fundamentación en los principios constitucionales de universalidad y gratuidad referidos en el Capítulo primero de esta investigación. Con base en estos principios, los administrados no tienen que someter a condición alguna el derecho de

acceso y disfrute a las prestaciones, incluyendo discriminaciones de orden económico y social. En tal sentido, la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social establece: *“El Sistema Público Nacional de Salud garantiza la protección a la salud para todas las personas, dentro del territorio nacional, sin discriminación alguna (...)”* (art. 53). Asimismo, con base en los principios de continuidad, calidad, integralidad, equidad, solidaridad y participación, la organización y funcionamiento de esta actividad prestacional debe estar orientada a garantizar prestaciones de asistencia a la salud integrales, suficientes, adecuadas, oportunas y continuas (Ley Orgánica de Salud, 1998. Art. 3).

Obligaciones de la Administración en el servicio público de asistencia a la salud

Contar con un catálogo fijo de obligaciones administrativas en el ámbito de la asistencia a la salud es imposible. Al igual que las prestaciones de asistencia a la salud, las obligaciones a cargo de la Administración Pública tienen un carácter inevitablemente dinámico, vinculado con los medios disponibles y los conocimientos y técnicas alcanzados por las ciencias médicas. Sin embargo, ese carácter dinámico que le es propio no ha de convertirse en una excusa para que la Administración no adopte en términos de progresividad las medidas que tenga a su alcance con miras a garantizar prestaciones adecuadas para la conservación, fomento y restitución de la salud.

Principio de Progresividad

La progresividad está consagrada en la Constitución como un principio rector de los derechos humanos (art. 19). En el marco internacional de los derechos humanos encontramos que el principio de progresividad supone para los Estados la obligación de adoptar medidas de manera progresiva hasta el máximo de los recursos disponibles, a fin de garantizar la plena efectividad de los derechos. En ese orden de ideas, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, convenio suscrito por la República de Venezuela y publicado como ley nacional en Gaceta Oficial 2.146 del 29-01-78, establece:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (art.2, párr.1).

De acuerdo con lo anterior, en el entendido que el servicio público de asistencia a la salud es una actividad prestacional en la cual el Estado asume la titularidad y gestión, como es el caso venezolano, a juicio nuestro, el principio de progresividad opera como otro criterio más para determinar el grado de incumplimiento de las obligaciones administrativas o faltas del servicio por las que se puede imputar responsabilidad a la Administración Pública.

En ese sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, en la Observación General N° 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Naciones Unidas, E/C del 12-08-00, parr. 31-32), señala:

“La realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período no debe interpretarse en el sentido de que priva de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados Partes. Antes al contrario, la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12. Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud (...)”.

Con base en este argumento, el principio de progresividad supone para la Administración la obligación de adoptar medidas de manera continua y progresiva, las necesarias y eficaces para alcanzar la satisfacción del derecho de los administrados a una asistencia de salud oportuna y adecuada. Además, supone que los avances alcanzados en la satisfacción del derecho no pueden representar retrocesos que resulten incompatibles con sus obligaciones básicas. Por ejemplo, en el contexto venezolano serían medidas regresivas: la eliminación de la gratuidad, puesto que afectaría negativamente el acceso y cobertura de los servicios; la reducción del presupuesto asignado para la adquisición y suministro de medicamentos

antiretrovirales, afectando la cobertura, eficacia y calidad de los servicios. Asimismo, la inacción o tolerancia de la Administración frente al deterioro progresivo de las condiciones de funcionamiento de servicios especializados como Obstetricia, Cardiología o Neurocirugía, representando una regresión en la calidad de las prestaciones de atención a la salud de tercer nivel.

En resumen, el principio de progresividad, además de consagrarse como principio rector del derecho a la salud bajo el enfoque de los derechos humanos, se constituye en un referente importante de valoración de la actuación de la Administración Pública en la prestación del servicio público de asistencia a la salud; vinculado con la obligación de avanzar eficazmente en la satisfacción de los derechos a través de más y mejores servicios, y con la obligación de no adoptar medidas que impliquen regresiones en las prestaciones de asistencia a la salud o asumir actitudes de tolerancia ante el deterioro de los servicios.

Breve referencia sobre el contenido mínimo de las obligaciones

Un aspecto sobre el que no quisiéramos dejar de emitir opinión es el relativo al contenido básico del *quantum* obligacional asumido por la Administración en el servicio público sanitario. Puesto que, aun cuando coincidimos con el criterio que otorga un carácter dinámico y cambiante a las obligaciones en materia de asistencia a

la salud, a juicio nuestro ese *quantum* obligacional debe partir siempre de un contenido básico o mínimo que suele describirse como el piso por debajo del cual no se pueden declinar las condiciones y servicios de salud (Asociación Americana para el Avance de la Ciencia, 1993).

En tal sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas nos da luces al establecer que los Estados tienen la obligación fundamental de asegurar, como mínimo, la satisfacción de los niveles esenciales de los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En relación con el derecho de asistencia a la salud, reconoce como obligaciones básicas las siguientes: a) garantizar el acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial en lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción de Medicamentos Esenciales de la Organización Mundial de la Salud; y c) velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud (Naciones Unidas, doc. E/C del 12-08-00, parr. 43).

- El acceso a los establecimientos, bienes y servicios de asistencia a la salud supone para los Estados asegurar la existencia, mantenimiento y desarrollo de una infraestructura con servicios que garanticen como mínimo la satisfacción

de los niveles de primero, segundo y tercer nivel de atención, incluida la atención primaria a la salud y la atención de salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil, con actividades de diagnóstico, tratamiento y rehabilitación sanitaria, así como de atención de emergencia. Además, supone garantizar servicios continuos y asequibles económicamente o sin cobro a los usuarios.

- Facilitar medicamentos esenciales supone, a su vez, disponibilidad de medicamentos en cantidades suficientes y de manera continua; disponibilidad de medicamentos económicamente asequibles para todos, incluso a los grupos más vulnerables; actualización sistemática de la selección de medicamentos con el fin de adecuar los tratamientos a las nuevas opciones terapéuticas y a las nuevas necesidades de asistencia a la salud; y disponibilidad de medicamentos adecuados desde el punto de vista científico y médico.
- La distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud supone para los Estados crear, mantener y desarrollar una red pública de establecimientos, bienes y servicios físicamente accesibles a todos los sectores de la población, en especial a los grupos vulnerables o marginados como minorías étnicas, niños, mujeres, adolescentes, personas mayores,

personas con discapacidades o personas con enfermedades de larga duración y alto costo.

No hay duda de que estas obligaciones determinadas internacionalmente como básicas o fundamentales para los Estados representan, a los fines de esta investigación, parámetros generales de medición del grado de cumplimiento de las obligaciones de la Administración en la prestación del servicio público de asistencia a la salud. Junto a estos parámetros internacionales, a juicio nuestro, los principios de continuidad, universalidad, igualdad, gratuidad y progresividad que rigen la actividad prestacional de asistencia a la salud, y demás postulados constitucionales y legales a que hicimos referencia en el Capítulo primero de este trabajo de investigación, nos ayudan a fijar ese marco básico de referencia a favor del derecho de los administrados a una indemnización y/o reparación de daños jurídicamente no soportables.

Alcance de las obligaciones

Sobre el alcance de las obligaciones a cargo de la Administración Pública en la actividad de servicio público de asistencia a la salud de cara a la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, hay que hacer referencia obligatoria al criterio que distingue entre obligación de medio y obligación de

resultado, desarrollado por la jurisprudencia del Derecho comparado existente sobre la materia. Aunque se trata de una teoría de origen civil, la jurisdicción contencioso-administrativa la aplica y desarrolla en el ámbito de la responsabilidad hospitalaria.

De hecho, con base en este criterio, la distinción entre obligación de medio y obligación de resultado se constituye en un referente más de valoración del funcionamiento del servicio para imputar responsabilidad a la Administración. En tal sentido, se entiende como obligación de resultado aquella que le impone a la Administración el deber de alcanzar un resultado inmediatamente mesurable; y como obligación de medio, aquella que le impone a la Administración un cierto tipo de comportamiento, es decir, más que el resultado, lo determinante es la diligencia con que se actúa. Hay que establecer si la conducta del Estado -ente prestador del servicio- se apartó de ciertos patrones o estándares y que, dentro de las condiciones internas y los recursos disponibles, no suministró ciertos medios que estaban objetivamente en la posibilidad de proveer para garantizar el derecho lesionado (Nikken, P. 1991).

Con respecto al servicio público de asistencia a la salud, la regla que domina vincula principalmente la actividad con la obligación de medio, puesto que se trata de una actividad prestacional que, aun con todos los avances que ofrece la ciencia y la tecnología, no puede garantizar en términos absolutos la recuperación del enfermo, en

tanto que puede asegurar una actuación diligente con miras a ofrecer servicios continuos, suficientes y eficaces. Sin embargo, como toda regla, tiene excepciones, las cuales se observan en actividades muy concretas de la ciencia médica que suponen para la Administración obligaciones de resultado. Por ejemplo, la cirugía estética, la cirugía para cambio de sexo y la vasectomía e histerectomía, son actos médicos en los cuales la prestación sanitaria equivale principalmente a la obtención de un determinado resultado. En estos casos, la información que el servicio comunique al paciente sobre los riesgos y efectos secundarios del tratamiento terapéutico o quirúrgico ofrecido, es determinante para imputar responsabilidad a la Administración por los daños causados.

A manera de ejemplo, el Tribunal Supremo de España, en sentencia del 03-01-00, con ocasión del caso de un señor cuya esposa había quedado embarazada al año de él haberse realizado una vasectomía, demostrándose su paternidad mediante pruebas genéticas realizadas; no reconoció responsabilidad a la Administración por el resultado obtenido. En ese caso el Tribunal argumentó que el nacimiento del niño no podía jamás considerarse como un daño antijurídico; en consecuencia, el resultado dañoso debía ser soportado. Asimismo, durante el proceso se había demostrado la ausencia de falta en el funcionamiento del servicio y el daño causado derivaba de la realización de una actividad que conllevaba un cierto riesgo de no cumplir con el resultado esperado, de lo cual el servicio había informado.

El fallo, a su vez, distingue entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva a fin de justificar las diferencias que hay entre la obligación de medio y la obligación de resultado. Así, entiende como medicina curativa a la medicina de medios que persigue la curación del enfermo aunque no siempre se logre, en tanto que la medicina satisfactiva es una medicina de resultados a la que no se acude por necesidad, sino de manera voluntaria para conseguir un beneficio estético o funcional. En palabras del Tribunal:

“El resultado en la cirugía satisfactiva opera como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, de tal suerte que su consecución es el principal criterio normativo de la intervención. Por el contrario, cuando se actúa ante un proceso patológico, que por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que abordar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquél en la salud convierte en necesaria la asistencia y eleva a razón primera de la misma los medios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible” (S. del TSJ del 03-01-00, España).

Otro ejemplo lo aporta la jurisprudencia colombiana con un fallo del Consejo de Estado del 17-08-00, relativo a fallas en el servicio médico de Obstetricia. Cabe señalar que en Obstetricia, cuando el proceso del embarazo se presenta de manera normal, sin irregularidades y complicaciones científicamente prevenibles, parte de la doctrina se inclina por caracterizar a las obligaciones que deriven de la actividad como obligaciones de resultado, puesto que tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología. En otras palabras, lo que se espera de la actividad es

que se produzca un parto normal, que es la culminación esperada de un proceso dispuesto por la naturaleza.

Tal fue el caso de una señora primeriza que teniendo un embarazo que se presentaba como normal, durante el proceso del alumbramiento presenta fuertes contracciones y sangramiento vaginal y como consecuencia de la falta de una atención de emergencia oportuna, ocho horas después de su ingreso sufre una ruptura uterina con secuelas irreversibles de infertilidad y disminución de la respuesta sexual para ella y retardo mental severo del hijo. Adicionalmente, durante el proceso judicial se descubre que nunca se le realizaron dos exámenes indispensables para establecer el grado de riesgo del embarazo, como son el monitoreo uterino y el estudio pelvimétrico. En consecuencia, tampoco contó con un diagnóstico oportuno y acertado que revelara alguna irregularidad, manifestada posteriormente. Por dictamen médico pericial, la causa principal de ruptura del “útero intacto” es la estrechez pélvica en mujeres que no tienen antecedentes de cesáreas ni de otros partos, como era el caso de esta señora.

Lo interesante del fallo es que ante la argumentación de la parte demandada de que la responsabilidad médica es de medio y no de resultado, en el entendido de que hay falla del servicio, no cuando teóricamente es posible evitar el daño, sino cuando dentro de la realidad de los hechos, existe negligencia médica al no aplicar

técnicas que son comúnmente aceptadas en el medio científico; el Consejo de Estado estableció:

“Es cierto que, en forma pacífica, se ha aceptado la tesis según la cual, por regla general, en la actividad médica la obtención es de medio, no de resultado; se ha dicho que el compromiso asumido en dicha actividad tiende a la consecución de un resultado, pero sin asegurarlo, pues la medicina no es una ciencia exacta. En otros términos, el galeno no puede comprometer un determinado resultado, porque éste depende no solamente de una adecuada, oportuna y rigurosa actividad médica, sino que tienen incidencia, en mayor o menor nivel, según el caso otras particularidades que representan lo aleatorio a que se encuentra sujeta dicha actividad y a que se expone el paciente (...).

En este mismo orden de ideas, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, España, en referencia a una sentencia del Tribunal Supremo español del 22-09-97 dispuso con respecto a las obligaciones administrativas derivadas de la actividad de la asistencia sanitaria que:

“(...) en la regulación de la asistencia sanitaria se establece una obligación de actuar sin garantizar en términos absolutos las consecuencias de la actuación sanitaria, pero inicialmente, dicha asistencia está englobada en el servicio público de protección a la salud, servicio que como tal es responsabilidad de las lesiones que por su funcionamiento normal o anormal puede sufrir un particular, lesión que ha de ser indemnizada salvo que sea debida a fuerza mayor de conformidad con la ley” (S. del TSJ del 09-06-99, España).

En definitiva, la jurisprudencia comparada, como se puede observar en los fallos anteriores, viene asumiendo el criterio de que las obligaciones de medio son las

que principalmente caracterizan la actuación de la Administración Pública en la prestación del servicio público de asistencia a la salud. De hecho, la generalidad de los casos en los cuales se le imputa responsabilidad patrimonial a la Administración da cuenta de cómo funcionó el servicio. No obstante, con ello no se está desconociendo que todo acto médico debe ejercerse en procura de un resultado aunque éste no se obtenga.

Particularmente, la doctrina jurisprudencial del Derecho comparado presenta todo un desarrollo del que Venezuela carece. En efecto, no es difícil encontrar jurisprudencia comparada en la que se haya reconocido responsabilidad a la Administración por funcionamiento anormal del servicio con base en el análisis de las obligaciones que derivan de la actividad de asistencia a la salud en supuestos como: intervenciones quirúrgicas realizadas por personal interno del servicio aún no graduado sin participación y supervisión del médico cirujano (S. del CE del 06-05-85, Francia); retardo en el diagnóstico sobre el agravamiento de la condición de salud del paciente (S. del TA de Dijon del 15-04-86, Francia); la actividad de transplante de órganos (S. del CE del 17-02-88, Francia); el funcionamiento y organización de los hospitales públicos (S. del CE del 22-02-91, Francia); material hospitalario defectuoso (S. de la CAA de Bordeaux del 09-05-89, Francia); retraso en la atención de salud de emergencia (S- de AN del 15-09-99, España); falta de información comprensible y previa del servicio al paciente -antes de la intervención quirúrgica-

sobre los riesgos inherentes a la misma y de los posibles tratamientos alternativos (S. del TS del 04-04-00, España); falta de atención médica oportuna y acertada (S. de SCA del CE del 10-08-00, Colombia); cumplimiento indebido de la obligación de vigilancia y seguridad del hospital (S. de SCA del CE del 28-09-00, Colombia); la no realización de exámenes indispensables por el servicio de obstetricia a fin de prevenir complicaciones durante el parto y faltas en la atención quirúrgica oportuna (S. de SCA del CE del 17-08-00, Colombia); la utilización de listas de espera para intervenciones electivas gestionadas de manera irracional y con una duración exagerada (S. de la SCA de la AN del 31-05-00, España); error de diagnóstico en la medicación anestésica por falta de coordinación entre los servicios (S. del TS del 07-06-01, España); tardanza en la realización de tratamiento quirúrgico (S. de SCA de CE del 14-06-01, Colombia); y falta de atención oportuna de personal médico de ginecología y obstetricia durante el parto (S. del TS del 12-03-02, España).

En Venezuela, el mayor desarrollo lo encontramos en materia de VIH/Sida, con fallos en los cuales se condena al Ministerio de Salud y al IVSS -entes responsables de la gestión del servicio público de asistencia a la salud- por varios casos: la falta de tratamientos de última generación y suministro irregular de medicamentos antirretrovirales (S. de la CPCA del 28-05-97); el incumplimiento de los principios de ética médica en detrimento del derecho de confidencialidad de las personas sobre su estado de salud (S. de la CSJ-SPA del 20-01-98); la ausencia de

políticas y programas de prevención del VIH/Sida y fallas en el suministro de los medicamentos necesarios para garantizar un tratamiento adecuado (S. de la CSJ-SPA del 14-08-98); y por último, el incumplimiento de las obligaciones de hacer y dar en la prevención y tratamiento de las personas que viven con VIH/Sida, consistentes en la asignación deficiente de recursos financieros, la falta de servicios cónsonos con los avances de la ciencia y la tecnología, la entrega de medicamentos antirretrovirales de manera irregular, la falta de acceso a tratamientos de las enfermedades oportunistas vinculadas al virus, la falta de implementación de políticas de tratamiento preventivo e integral, de programas de asistencia médica y de políticas públicas orientadas a la prevención de la epidemia, en las áreas de la educación, información y sensibilización (S. de la CSJ-SPA del 15-07-99).

Teoría de las faltas graves y leves del servicio

En el campo de aplicación de la responsabilidad objetiva de la Administración Pública por funcionamiento anormal del servicio, la teoría de las faltas distingue entre actividades sometidas a falta simple o leve y actividades sometidas a falta grave con base en la naturaleza de la actividad y en el grado de anormalidad funcional.

Debemos advertir que la noción de falta grave no cuenta con reglas claras para su valoración. De hecho, la doctrina ofrece definiciones tan ambiguas como las

que siguen: “*la falta grave es una falta que es más grave que la falta simple*” ó “*la falta grave es aquella que sobrepasa la media de las faltas admisibles al servicio*” (Darcy, G. y Paillet, M., 1989 y Chapus, R., 1993, citado por Ortiz, L., 1995, 285).

En mejores términos Ortiz (1995, 285) sostiene:

“la falta grave, pues es, valga la redundancia, un error grave y manifiesto, no es un pecado venial sino algo que va más allá y que, además de los parámetros o *standards* utilizados para la apreciación de todo funcionamiento anormal, suele ser detectada con relativa facilidad en caso de obligaciones esenciales de la Administración o violaciones a derechos fundamentales de los particulares (...).”

A fin de cuentas, aunque no exista criterios absolutos y excluyentes en la doctrina y jurisprudencia comparada en torno a la valoración de la falta grave en el servicio, lo cierto es que según esta teoría la actividad administrativa puede verse sometida tanto a niveles altos como a niveles bajos de funcionamiento anormal. De manera que puede haber actividades administrativas que por su naturaleza estén sometidas a regímenes de falta simple o niveles bajos de funcionamiento anormal ó a regímenes de falta grave o niveles altos de funcionamiento anormal.

Según Ortiz, L. (1995, 287), en el caso de los niveles altos de anormalidad podemos entender que hay fallas del servicio cuando se trata de errores manifiestos, groseros y graves. Por el contrario, en el caso de los niveles bajos de anormalidad, hay fallas del servicio ante cualquier error en su funcionamiento regular.

Actualmente, la tendencia que impera somete a la gran mayoría de las actividades administrativas, incluyendo el servicio público de asistencia a la salud, al régimen de responsabilidad por faltas leves. Es decir, la Administración Pública responde por el resultado dañoso causado como consecuencia del ejercicio de la actividad prestacional aunque la falla del servicio no sea ni grosera ni manifiesta. En consecuencia, las prestaciones públicas de asistencia a la salud, además de verse envueltas principalmente por el manto de la responsabilidad por funcionamiento anormal, lo están por el régimen de responsabilidad por niveles bajos de anormalidad funcional.

Aplaudimos que el criterio que impere en la jurisprudencia contemporánea sea el de ampliar el ámbito de procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento anormal del servicio. Paradójicamente, con respecto al servicio público de asistencia a la salud, la doctrina se pronuncia en contrario. Autores como Nieto, A. (citado por Ortiz, L. 1995) sostienen: “... *hay sentencias que producen auténtica alarma... Por poner un ejemplo muy sencillo: si se*

generalizase la doctrina de la indemnización por prestaciones sanitarias defectuosas, tal como ya se ha apuntado en sentencias concretas, es claro que nuestro sistema de seguridad social y asistencia sanitaria oficial reventaría literalmente”.

A nuestro entender, el factor económico no puede convertirse en un elemento de fricción entre la actuación de la Administración y el derecho de los administrados a no soportar daños que excedan las cargas normalmente aceptables en la sociedad, sin que se vincule con otros factores que nos permitan medir los esfuerzos realizados con miras a garantizar prestaciones de asistencia a la salud eficaces y adecuadas a las actuales necesidades de salud y acordes con los avances que ofrece la ciencia y tecnología. Asimismo, no podemos olvidar que la tutela efectiva del derecho a no soportar daños antijurídicos comporta, además del fin indemnizatorio, un fin reparador o moralizador del funcionamiento de los servicios, tan necesario en el ámbito de asistencia a la salud. Un ejemplo es Venezuela, cuyos servicios se caracterizan por faltas recurrentes en las prestaciones de la red hospitalaria y ambulatoria distribuida en la extensión territorial, de cara a una actitud pasiva o de tolerancia política de la Administración Pública como el ente titular y rector del servicio.

No se trata de que la Administración responda por todo daño vinculado con la actividad, pero cuando la lesión antijurídica está causalmente ligada al

funcionamiento del servicio, imputar y reconocer responsabilidad a la Administración por el resultado dañoso, lejos de generar un hueco fiscal en el Estado, contribuye a crear una conciencia colectiva con enfoque de derecho que exija y oriente la actuación administrativa hacia más y mejores servicios de asistencia a la salud.

Cabe señalar que las denuncias por daños causados en el servicio público de asistencia a la salud venezolano dan cuenta principalmente de faltas en el funcionamiento y organización de los bienes y servicios, caracterizadas por problemas tales como: deterioro de la estructura física de los establecimientos; dificultades de acceso geográfico; déficit de equipos médicos; desabastecimiento regular de medicamentos e insumos necesarios para la realización del tratamiento médico y quirúrgico; insuficiencia y/o distribución inequitativa del recurso humano (profesional y técnico) bajo relación de dependencia laboral; y entre otros, medio ambiente de trabajo inadecuado; lo que lesiona el derecho de los usuarios del servicio a una atención de salud oportuna, adecuada y de calidad. Esta situación muestra parte del escenario diario en que se desarrolla la actividad médica en los establecimientos públicos de asistencia a la salud en nuestro país.

Es lamentable, entonces, que la crisis del servicio sanitario patrio, en vez de revertirse positivamente, se haya agudizado progresivamente, al llegar a una situación deplorable en donde la conciencia colectiva asume como ordinario el incumplimiento regular de las obligaciones a cargo de la Administración. Aunado a esta situación,

está el retraso doctrinal y jurisprudencial en que se encuentra una institución tan valiosa para el cumplimiento de los fines de justicia social del Estado, como es la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administrativa Pública en el servicio público de asistencia a la salud. De allí, la importancia de determinar las circunstancias en que se desenvuelve la conducta del servicio imputable de responsabilidad.

Otros estándares o parámetros de apreciación del funcionamiento del servicio público de asistencia a la salud

Acorde con el criterio de relatividad o variabilidad que existe en torno al funcionamiento anormal del servicio, la apreciación de las faltas implica, además de determinar las obligaciones a cargo de la Administración, detectar las circunstancias causales del resultado dañoso, ocasionales y de contexto, que caracterizan la actuación de la Administración en cada caso, llamadas también estándares o parámetros de valoración del funcionamiento del servicio.

En palabras de García de Enterría y Ramón Fernández (1993, 390), citado por Ortiz, L., (1995, 279): *“la anormalidad es un concepto jurídico indeterminado cuya concreción se remite a los standards de rendimiento medio del servicio de que se*

trate, lo que significa que en su estimación entran factores variables de cada época según el grado de sensibilidad social y desarrollo efectivo de los servicios públicos”.

Para Ortiz, L. (1995), estos parámetros o reglas generales de funcionamiento del servicio se pueden agrupar en dos categorías. A saber, la primera, comprende los aspectos de apreciación *in concreto*, refiriéndose a las circunstancias de tiempo y lugar en que ocurre el resultado dañoso; los medios de que dispone la Administración para la prestación del servicio; las dificultades reales encontradas por la Administración al momento de la producción del daño; la previsibilidad del daño; y el comportamiento de la víctima y su influencia en el comportamiento administrativo. Por su parte, la segunda categoría comprende los aspectos de apreciación *in abstracto* que se refieren a la noción o valor medio del “buen servicio público”, lo que supone revisar las necesidades de organización y funcionamiento del servicio, así como los derechos de los administrados.

De seguida presentamos algunos de estos criterios o reglas de concretización del funcionamiento del servicio público de asistencia a la salud, evocados y desarrollados por la jurisprudencia y doctrina comparada.

Medios y necesidades del servicio

Los medios del servicio son vistos como los recursos humanos, materiales, técnicos y financieros con que cuenta la actividad para cumplir con su misión y fines. Ubicándonos en el servicio público de asistencia a la salud, los medios del servicio se entienden como los recursos (humanos, materiales, técnicos y financieros) con los cuales los profesionales de la salud ejercen la práctica médica. A manera de ejemplo, los recursos humanos dan cuenta de la suficiencia del personal requerido y capacitado (profesional, técnico y de enfermería, auxiliar y administrativo); los recursos materiales dan cuenta de las condiciones físicas de los establecimientos, la dotación y condiciones físicas de los equipos médicos, la dotación de insumos médicos-quirúrgicos y medicamentos, las condiciones de medio ambiente del trabajo, las condiciones de seguridad en los establecimientos, la disponibilidad de ambulancias; los recursos técnicos dan cuenta de la disponibilidad de equipos y técnicas médicas adecuadas a los avances de la ciencia y la tecnología. Finalmente, los recursos financieros dan cuenta de la suficiencia de recursos financieros con miras a garantizar servicios de calidad, adecuados a las necesidades de salud de la población.

Atendiendo a lo anterior, y de acuerdo con el criterio que asume las obligaciones administrativas en el ámbito de asistencia a la salud, como obligaciones de medio, las faltas del servicio son valoradas en el contexto de cada actividad con base en los medios de que dispone para cumplir con su misión y fines. Ciertamente,

la falta o insuficiencia de los medios del servicio es un argumento recurrente de la Administración para justificar el incumplimiento de las obligaciones preestablecidas. Ello con base en el criterio -errado en nuestra opinión- que sostiene que la obligación no existirá sino en la medida en que los servicios cuenten con los medios para hacerle frente, pues se entiende que lo esperado no es un resultado específico sino una actuación diligente.

Según la doctrina de Derecho comparado, son tres las limitaciones que encuentra la actividad de servicio público de asistencia a la salud vinculadas a la lucha contra actos generadores de riesgo. A saber, las limitaciones presupuestarias, ante la falta de recursos suficientes que permita poner a disposición de todos los usuarios los últimos avances de la ciencia y la tecnología, una disposición de establecimientos de asistencia a la salud suficiente y la contratación de personal suficiente para atender los eventuales pacientes de forma inmediata; las limitaciones humanas, que se refieren a la posibilidad propia de la condición humana de cometer errores aún en el caso de los médicos más capacitados y a la naturaleza humana de la vida limitada del paciente. Por último, las limitaciones científico-técnicas, en virtud de que las ciencias médicas aún con todos los avances alcanzados en la ciencia, no pueden todavía combatir muchos de los problemas de salud actuales (Mir Puigpelat. 2000, 242 y ss., citado por González, J. 2000, 346).

A juicio nuestro, la Administración Pública no puede excusarse indefinidamente por daños causados bajo el argumento de falta de recursos o dificultades reales del servicio, eludiendo así el cumplimiento de sus obligaciones. Como fue señalado antes, las obligaciones de medio deben interpretarse a la luz del principio de progresividad. Ello supone que la Administración debe comprobar, ante la falta e insuficiencia de medios, que encaminó sus esfuerzos para dar el mejor uso posible a los recursos (humanos, materiales, técnicos y/o financieros) disponibles con miras a alcanzar un resultado aunque este no fuera posible.

Al respecto, la jurisprudencia española nos ilustra con supuestos como el caso de un señor que muere mientras se encontraba en lista de espera para una cirugía. En ese caso el Tribunal, con base en la teoría de medios, concluye que la antijuridicidad de la lesión no derivó de los recursos humanos y materiales limitados del servicio, sino del uso que se hizo de los mismos, pues lista de espera había sido mal gestionada y tenía una duración exagerada, en tanto que la situación de salud del enfermo requería de atención médica prioritaria (S. de SPA de AN del 31.05.00, España). Por el contrario, en los supuestos de contaminación de Hepatitis C por transfusiones sanguíneas, la jurisprudencia española ha señalado reiterativamente que, si el contagio ocurrió antes que la Administración Pública contara con los recursos tecnológicos para detectar la enfermedad y evitar el contagio del virus, esta queda exonerada de responsabilidad.

Teoría de la previsibilidad del daño

Determinar qué tan previsible es el daño es otra de las reglas utilizadas por la jurisprudencia con miras a valorar el funcionamiento del servicio e imputar responsabilidad a la Administración, ya que la determinación de la falta varía si el daño se produce en un momento en que se desconoce su peligrosidad o la de la actividad que lo produce.

En el ámbito de los servicios de asistencia a la salud, tradicionalmente los hospitales psiquiátricos han sido vinculados con actividades generadoras de riesgo, lo que implica la adopción de medidas de seguridad y cuidados especiales para evitar supuestos como: suicidios, agresiones causadas a terceras personas o escapes. De los casos de suicidio ocurridos en hospitales, la jurisprudencia española nos ofrece dos ejemplos. A saber, el caso de una persona ingresada a un hospital luego de haber intentado suicidarse. Pocos días después de su ingreso, accedió al techo del establecimiento desde donde se lanzó al vacío. El Tribunal condenó a la Administración sanitaria por considerar que no se tomaron las precauciones debidas al asignarle una habitación con acceso al tejado, sin considerar que el paciente estaba hospitalizado precisamente por un anterior intento de suicidio. Se observó que la vigilancia y atención constante, así como el control regular de las enfermeras, no

podía suspenderse en el momento de irse a dormir el paciente. La falta de vigilancia y control continuo constituyó la falta del servicio al no actuar diligentemente con miras a evitar un daño que era evidentemente previsible (S. 1ra. del TS del 09-03-98, España).

En un caso similar al anterior, una persona ingresada en un hospital por intento previo de suicidio, finalmente se suicida. Esta persona tenía varios ingresos hospitalarios por intentos de suicidios anteriores constatados en su historia médica. Varios días después de su estadía en la Unidad de Psiquiatría del hospital, salió de esa unidad, subió al piso decimoprimeros del edificio, abrió una ventana y se arrojó al vacío. El Tribunal condenó a la Administración por no haber actuado con la debida diligencia acorde a la previsibilidad del daño. Entre los argumentos alegados está la salida de una Unidad de Psiquiatría del hospital sin la autorización del médico tratante, lo que evidencia faltas en la organización del servicio ante la previsibilidad del daño (S. de 1ra. del TS del 22-07-97, España).

En el presente, la previsibilidad del daño se vincula principalmente con los “riesgos del progreso” o “riesgos del desarrollo”. En otras palabras, se refiere a los daños causados por la actuación, utilización y suministro de cosas cuya peligrosidad se desconocía en el momento de su aplicación, debido a que aún la ciencia y la tecnología no advertía de la existencia de tales riesgos. Como bien lo explica López

Menudo, F. (1999), se trata de riesgos que vienen de la mano de los propios adelantos de la ciencia y la tecnología, que por una parte los crea y por la otra no tiene los conocimientos necesarios para prever la posible peligrosidad de la actividad o del producto puesto en circulación.

En estos supuestos, la exoneración de responsabilidad procede en casos en que se ignore la posibilidad del riesgo creado y quede demostrada la actuación diligente de la Administración. En tal sentido, debe tratarse de daños imprevisibles e inevitables. Ante un foco posible de riesgos, lo que se espera de la Administración es una actuación diligente con miras, no a eliminar, sino a reducir el riesgo que implica la actividad o el consumo de un producto determinado. Es el caso de las transfusiones sanguíneas, algunos tratamientos o técnicas médicas terapéuticas o quirúrgicas, así como la circulación y consumo de medicamentos.

En el supuesto de contagios de VIH/Sida y Hepatitis C por vía de transfusiones sanguíneas, la jurisprudencia española estima que hay riesgo creado desde el momento en que se hizo obligatorio el test de detección del virus en el plasma transfundido. En efecto, si la contaminación ocurre en un momento posterior a la posibilidad técnica de detección del virus en el plasma sanguíneo, el riesgo no es desconocido, lo que genera faltas en el servicio. Igualmente, en el supuesto de un producto médico puesto en circulación en un momento en que el estado del

conocimiento de la ciencia y la tecnología no advertía de su riesgo, hay falta del servicio una vez conocido públicamente el riesgo y no se adopten medidas de prevención y atenuación del daño, como son el decomiso y destrucción de los productos e información pública sobre el riesgo que implica su consumo (López Menudo, F. 1999).

Derecho al consentimiento informado

Vinculado a la previsibilidad del daño, el derecho al consentimiento informado se presenta como un estándar de medición del funcionamiento del servicio, puesto que siendo previsible el daño, el consentimiento excluye de responsabilidad a la Administración. Al respecto, la jurisprudencia colombiana nos ilustra con el caso de una señora que luego de una intervención quirúrgica quedó con parálisis de las cuerdas vocales y una difonía que actualmente padece. El Consejo de Estado, en ese caso, condenó a la Caja Nacional de Previsión, por considerar que la no obtención del asentamiento informado del paciente sobre los riesgos que implicaba la intervención quirúrgica se constituía en una presunción de falta del servicio que nunca fue desvirtuada, aunque el servicio haya demostrado que el acto médico se ejerció acorde con los más estrictos cánones de cuidado y diligencia en el manejo del paciente, antes, durante y con posterioridad a la intervención quirúrgica (S. de SPA de CE del 15-11-95, Colombia).

En términos similares, el Consejo de Navarra en España, en un dictamen de fecha 09-10-00 sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños derivados de la asistencia sanitaria señaló:

“La sola falta de consentimiento informado previo supone una infracción administrativa que, en todo caso, puede constituir un indicio de la falta de información del paciente sobre las características y efectos de la intervención programada. Pero sólo la concurrencia de los distintos elementos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración, en particular el daño antijurídico y la relación de causalidad conducirían a una solución indemnizatoria para los particulares”.

Como consecuencia, la Administración además de tener el deber de suministrar información general sobre las prestaciones y modos de utilización, debe garantizar el suministro de información individualizada sobre: la condición de salud del paciente, los tratamientos médicos y técnicas en uso, contraindicaciones o riesgos del tratamiento, las pautas de conducta a seguir con el tratamiento e información sobre tratamientos alternativos. Se trata, entonces, de una información previa al consentimiento, a fin de que el paciente pueda tomar una decisión autónoma y razonada.

En Venezuela, el derecho al consentimiento informado encuentra consagración constitucional, en el artículo 46.3, relativo al derecho a la integridad física, psíquica y moral de toda persona, el cual dispone: *“Toda persona tiene*

derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia: (...)

3. Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancia que determine la ley (...)”. Asimismo, el Código de Deontología Médica, en el artículo 69, establece como derechos del paciente, entre otros, los siguientes: derecho a la libertad de decidir en participar o no de proyectos de investigación; derecho a recibir información sobre la enfermedad y tratamiento médico propuesto salvo en casos de riesgo epidémico, contagio de enfermedad severa o de extrema urgencia; y el derecho a recibir información sobre opciones diagnósticas por parte de los representantes legales o familiares directos del paciente cuando este se encuentre en estado de alteración mental.

Como puede observarse, el derecho al consentimiento informado se encuentra estrechamente vinculado con el derecho a la autodeterminación del paciente. El sometimiento a tratamientos médicos o quirúrgicos experimentales sin su consentimiento atenta contra la dignidad de la persona, salvo que se trate de supuestos excepcionales y legalmente regulados. Estas excepciones suelen identificar tres supuestos. A saber, cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; cuando el paciente no esté en capacidad mental de tomar decisiones, en cuyo caso corresponde tomar la decisión a los familiares o las personas que actúen en

condición de representantes legales y; por último, cuando se trate de pacientes que requieren una atención de emergencia que no posibilite demora alguna.

Concluimos, entonces, que el derecho a un consentimiento informado supone para el administrado, además de una información previa sobre el diagnóstico, riesgos y alternativas de tratamiento; una elección libre de los tratamientos disponibles, lo que supone, a su vez, que la manifestación de voluntad sea informada, libre y personalizada.

En tal sentido y, dada la trascendencia de algunos tratamientos y sus efectos colaterales, el consentimiento debe cumplir con varios requisitos para su validez, como por ejemplo, que el hecho determinante del daño esté comprendido dentro del objeto del consentimiento (González, J. 2000). Al respecto, el Tribunal Supremo de España, con ocasión del caso de un joven que fue intervenido por una coartación aórtica congénita y luego resultó con secuelas permanentes de hemiplejia en extremidades inferiores, señala:

“(…) toda persona tiene con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias, entre otros aspectos, derecho a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento (...). Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las

distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad. El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos (S. 3ra. del TS del 04-04-00, España).

Se entiende, entonces, que la obligación de informar al paciente -ante la concurrencia de riesgos- debe ser concreta, suficiente, veraz, continua y adecuada. En otras palabras, debe versar sobre todos los aspectos del proceso médico a que está sujeto el paciente (diagnóstico, tratamiento y alternativas terapéuticas), naturaleza y finalidades, riesgos y consecuencias. Asimismo, la información debe suministrarse en términos claros y concretos de fácil comprensión para el paciente, familiares y/o representantes.

Ciertamente, si la información que suministra el personal de salud cumple con advertir a los pacientes en forma completa, concreta, clara y sucinta de los riesgos que implica el acto médico propuesto, aun cuando el resultado dañoso genere una ruptura en el equilibrio de las cargas comunes impuestas a la vida en sociedad, la Administración queda exonerada de responsabilidad. Ahora bien, creemos que tampoco se debe llegar a situaciones donde la información sea excesiva, confundiendo y generando alarma con incidencia negativa en el estado de ánimo del paciente. El profesional de la medicina debe informar sólo sobre los conocimientos que el paciente necesite en una situación concreta a fin de adoptar una decisión

adecuada Así lo entiende el Código de Deontología Médica venezolano cuando establece: “*El médico cumple con la advertencia del riesgo previsto con el aviso que en forma prudente haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, puedan llegar a producirse como consecuencia del procedimiento diagnóstico o terapéutico.*” (Art. 16).

En adición, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en sentencia del 09-06-99, señaló:

“El consentimiento informado es un presupuesto y elemento integrante de la “*lex artis ad hoc*”, por ello, la eficacia del consentimiento se halla supeditada, entre otros requisitos, a que se cumpla con el deber de información en términos adecuados, esto es, de manera simple, aproximativa, legal e inteligible. Los servicios médicos deben informar al paciente de todas las circunstancias que puedan incidir de forma razonable sobre su decisión (diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento). (...)”

La *lex artis ad hoc* se incorpora como otro criterio de medición del funcionamiento del servicio de asistencia a la salud. Más bien, se constituye en el criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para determinar la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de asistencia a la salud, cuando no se cuenta con criterios normativos de

concretización de las obligaciones a cargo de la Administración (S. de la SCA-TSJ del 03-10-03, rec. 263/2002. Cataluña/España).

Se trata, entonces, de un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos e impone el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Toma en cuenta la actuación del profesional sanitario, la influencia de factores endógenos, como es el estado del enfermo o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida. De manera que, la ausencia, en una intervención quirúrgica del consentimiento informado del paciente, puede ser considerado como un incumplimiento de la *lex artis ad hoc*, lo que revela un funcionamiento anormal del servicio y en consecuencia, la posible procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Este criterio ha sido invocado por el Tribunal Supremo español, en sentencias de fechas 02-10-97, 03-10-00 y 26-10-00.

CONCLUSIONES

Lo que pretendimos con este trabajo de investigación fue presentar lineamiento teóricos que permitieran analizar la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el servicio público de asistencia a la salud a la luz de las referencias legales, doctrinales y jurisprudenciales del Derecho Administrativo interno y comparado. En tal sentido, se buscó visualizar cómo está regulada la actividad del servicio público de asistencia a la salud; determinar cuál es el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el ámbito de asistencia y; sentar los lineamientos para la medición del funcionamiento del servicio público de asistencia a la salud imputable a la Administración con base en un marco referencial de protección jurídica a favor del administrado. Bajo esta perspectiva, concluimos que los objetivos de la presente investigación se cumplieron en los términos siguientes:

1. En Venezuela, el servicio público de asistencia a la salud por el cual se le puede imputar responsabilidad patrimonial a la Administración Pública, como consecuencia de su funcionamiento, se nos presenta como una actividad de

naturaleza pública, con contenido exclusivamente social e inherente a los fines del Estado sobre respeto a la dignidad humana, bienestar colectivo y justicia social.

2. La titularidad jurídica, regulación, dirección y gestión del servicio corresponde al Estado, con obligaciones concretas a cargo de la Administración en torno a la organización, financiamiento y funcionamiento de la actividad.
3. Se organiza a través de órganos y entes de la Administración Pública central y descentralizada, con competencias atribuidas constitucional y legalmente. Pese a contar con un marco constitucional que crea un único sistema nacional de salud, integrado ahora a la seguridad social, se caracteriza por mantener una organización fragmentada en establecimientos de atención médica dependientes de varios órganos o entes de Derecho público.
4. El régimen de financiamiento es público y de carácter progresista, con normas que exigen que los recursos fiscales y parafiscales sean suficientes con miras a garantizar la plena eficacia del Sistema Público Nacional de Salud.
5. El funcionamiento de la actividad está pautado con normas del marco constitucional, legal y sub-legal, en las cuales se dispone sobre el carácter continuo, gratuito, mutable, universal, integral y de calidad que debe regir a las prestaciones de asistencia a la salud. Asimismo, dentro del régimen de funcionamiento del servicio se encuentran también los derechos del usuario sobre el acceso, disponibilidad y disfrute -en condiciones de calidad- de las prestaciones de atención médica, así como el derecho de presentar peticiones y reclamos hasta

el pago de una indemnización por los daños causados como consecuencia de su funcionamiento. Nos encontramos, entonces, con un basto ordenamiento jurídico que integra normas que de forma general o específica nos permiten precisar las obligaciones a cargo de la Administración sanitaria e imputar responsabilidad por la organización y funcionamiento del servicio.

6. La institución de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el ámbito de asistencia a la salud, encuentra su fundamento jurídico en el marco constitucional patrio. Principalmente, el artículo 140 junto a otros artículos, 19, 21, 26, 49, 117, 141, 259 y 316, sustentan el carácter autónomo, objetivo e integral del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, con base en la noción de lesión antijurídica propia del Derecho público y, en los principios de integridad patrimonial y equilibrio ante las cargas públicas.
7. Con base en estas normas, los usuarios del servicio público de asistencia a la salud pueden ejercer su derecho de exigir a la Administración el pago de una compensación monetaria del resultado dañoso que no tienen el deber jurídico de soportar, imputable al funcionamiento -lícito o ilícito- de las prestaciones de atención médica.
8. La responsabilidad patrimonial de la Administración además de ser una institución indemnizatoria, cuenta con una finalidad preventiva y moralizadora que nos luce tímida ante la actitud pasiva de la Administración frente a las faltas de funcionamiento regular que caracterizan las prestaciones del Sistema Público

Nacional de Salud y el poco desarrollo jurisprudencial que presenta esta institución en el Derecho nacional de cara al Derecho comparado, ilustrado principalmente con jurisprudencia española y colombiana. Tan cierto es que el Tribunal Supremo de Justicia sólo cuenta en su haber con tres fallos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por funcionamiento anormal del servicio público de asistencia a la salud, en tanto que la jurisprudencia comparada nos ilustra con una variedad de supuestos de responsabilidad administrativa imputable al funcionamiento del servicio.

9. Para que exista responsabilidad de la Administración deben concurrir tres elementos o presupuestos integradores. A saber, la lesión antijurídica, el daño resarcible y la relación de causalidad o nexo causal entre la acción u omisión imputable a la Administración y el resultado dañoso. Desde el punto de vista de asistencia a la salud, si bien la Administración sanitaria no está obligada a obtener siempre un resultado favorable y sin lesión en la prestación del servicio, no puede admitirse que el usuario afectado en sus bienes y derechos deba aceptar perjuicios que jurídicamente no está obligado a soportar.
10. El daño debe ser cierto, individualizado y evaluable patrimonialmente. Además, debe ser especial y excepcional cuando se trata de actividades generadoras de riesgo. Asimismo, la jurisprudencia comparada incorpora como criterios novedosos para la valoración del daño, el “daño a la vida de relación”, por afectar muchos actos de la vida y de las cosas del mundo. Igualmente, nos ilustra con una

distinción entre los daños producidos por la enfermedad y los daños producidos por el tratamiento médico, que a su vez, distingue, en primer lugar, entre los daños que inevitablemente la enfermedad produce y los que aún con la enfermedad son evitables con un tratamiento oportuno y adecuado. En segundo lugar, entre los daños que son intrínsecos al tratamiento, que se producen de modo necesario y justificado, y aquellos que el tratamiento produce al margen de su finalidad terapéutica, causados por no ser el tratamiento más adecuado.

11. El nexo entre la causa y efecto del resultado dañoso más que directa o inmediata debe ser necesaria y adecuada. Lo que implica que la actuación de la Administración debe insertarse en la producción irremediable de un resultado sin interferencia de causas que la justifiquen o eximan de responsabilidad.
12. Las causas externas a la prestación del servicio, como son la fuerza mayor, el hecho del un tercero y la causa de la víctima, eximen de responsabilidad a la Administración por el daño causado en el servicio público de asistencia a la salud. El hecho de un tercero y la causa de la víctima deben fungir como causas únicas y exclusivas del daño para que la Administración pueda eximirse totalmente de responsabilidad, porque de lo contrario, hay corresponsabilidad.
13. Aunque la noción de funcionamiento anormal del servicio se encuentra marcada por la relatividad o variabilidad entre niveles altos y bajos de anormalidad funcional, la determinación de las obligaciones de la Administración sanitaria, junto con los criterios o estándares de medición del funcionamiento de la

actividad, a la luz del principio de progresividad, nos permite fijar un piso de protección jurídica a favor del derecho de los administrados a una indemnización y reparación de los daños antijurídicos causados como consecuencia de la actuación u omisión de la Administración en el servicio público de asistencia a la salud.

14. La naturaleza dinámica de las prestaciones de asistencia a la salud y de las obligaciones a cargo de la Administración, responde a una dinámica de evolución progresiva que exige de la Administración adoptar medidas de manera continua y progresiva, las necesarias y eficaces para alcanzar la satisfacción del derecho de los administrados a una atención médica oportuna y adecuada. Asimismo, supone que los avances alcanzados en la satisfacción general del derecho no representen retrocesos que resulten incompatibles con las obligaciones administrativas.
15. El tal sentido, el principio constitucional de progresividad de los derechos humanos debe considerarse como un criterio más de valoración del grado de incumplimiento de las obligaciones administrativas o faltas del servicio por las que se puede imputar responsabilidad a la Administración.
16. Cualquier actuación u omisión de la Administración sanitaria que constituye una falta leve del servicio es imputable a la Administración si como consecuencia de la misma, se generó un daño antijurídico. Adicionalmente, son circunstancias causales del daño los recursos humanos, materiales, técnicos y financieros con los cuales los profesionales de la salud prestan el servicio, la posible previsibilidad del

daño y, entre otras, el derecho al consentimiento informado de los pacientes sobre los riesgos y efectos vinculados al tratamiento previsto. La valoración que el juez hace de estos criterios permite atenuar o exonerar de responsabilidad a la Administración.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Antela, R. (1997). Motivación para el Desarrollo de un Sistema Original y Autónomo de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. **Revista de Derecho Administrativo**, N° 1, 13-30.
- Aplicano, A. (1996). **Los derechos fundamentales:** Texto introductorio sobre derechos fundamentales. Tegucigalpa/Honduras: Guardabarraco.
- Araujo, J. (1999). **Servicio Público:** Balance & Perspectiva. Valencia-Caracas/Venezuela: Vadell hermanos.
- Araujo, J. (1998). El Amparo Constitucional y los Derechos Fundamentales Prestacionales. **Revista de Derecho Administrativo**, N° 4, 07-22.
- Arévalo, H. (2002). **Responsabilidad del Estado y de sus Funcionarios:** Llamamiento en garantía, acción de repetición, liquidación de perjuicios, conciliación. Medellín/Colombia: Gustavo Ibañez.
- Asociación Americana para el Avance de la Ciencia (1993). **The Right to Health Care: Conceptualizing a Minimun Core Content.** Mimeo. Washington/ Estados Unidos de América.
- Badell, R. (2001). **Responsabilidad del Estado en Venezuela.** Caracas/Venezuela.

- Brewer-Carías, A. (1997). **Las Constituciones de Venezuela**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas/Venezuela-
- Brewer-Carías, A., et al. (2003). El Nuevo Servicio Público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general. **VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”**. Caracas/Venezuela: Funeda
- Castaño de Restrepo, M. (1997). **El Consentimiento Informado del Paciente en la Responsabilidad Médica**. Madrid/España: Temis.
- Código de Deontología Médica (1985). LXXVI Reunión Extraordinaria de la Asamblea de la Federación Médica Venezolana. Caracas/Venezuela.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela** N° 5.453 (Extraordinario). Marzo 24 de 2000.
- Defensoría del Pueblo (2003). **Serie DESC. El Derecho a la Salud en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales**. Colombia/Bogotá.
- Díaz, S. y Asúa, C. (2000). **Responsabilidad de la Administración en la Sanidad y en la Enseñanza**. Madrid/España: Montecorvo.
- Dromi, R. (1997). **Derecho Administrativo**. Buenos Aires/Argentina: Ciudad Argentina
- Eco, U. (1990). **Cómo se hace una Tesis: Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura**. México: Gedisa.
- González, J. (2000). **Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas**. Madrid/España: Civitas.

Hernández, R., et al. (1991). **Metodología de la investigación**. México: Mcgraw-hill.
Heno, J. (1990). **La responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia. Evolución jurisprudencial 1864-1990**. Bogotá/Colombia.

Jaramillo, J. (2000). **La Responsabilidad del Estado: El daño antijurídico** (Cost. Pol., art. 90), el riesgo excepcional y las actividades peligrosas. Bogotá/Colombia: Temis.

Kraut, A. (1997). **Los derechos de los pacientes**. Buenos Aires/Argentina: Abeledo-Perrot

López Menudo, F. (2000). Responsabilidad Administrativa y Exclusión de los Riesgos del Progreso. Un paso adelante en la definición del sistema. **Revista Derecho a la Salud**, vol. 8, N° 2, España.

Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, (1995). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.898** (Extraordinario).

Ley del Ejercicio de la Medicina (1982). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.002** (Extraordinario). Agosto 23 de 1982

Ley Orgánica del Sistema de seguridad Social (2002). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.600**. Diciembre 30 de 2002.

Ley Orgánica de salud (1998). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.263** (Extraordinario). Septiembre 17 de 1998

Meseguer, J. (2000). **La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: El Nexo Causal**. Barcelona/España: Editorial Bosche.es.

Nallar, D. (1999). **El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público**. Buenos Aires/Argentina.

- Naciones Unidas (2000). Documento E/C. 12/2000/4. Agosto 11 de 2000.
Observación sobre el Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.
- Nikken, P. (1991). **Código de Derechos Humanos. Compilación y Estudio Preliminar.** Caracas/Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana.
- Ortiz-A, L. (1995). **La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública.** Caracas/Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana.
- Ortiz-A, L. (1997). **Jurisprudencia de Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado (1961-1997).** Caracas-Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana.
- Ortiz-A, L. (1996). La Responsabilidad Extracontractual del Estado en Venezuela. **II Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público.** Caracas/Venezuela.
- Pantaleón, F. (1995). **Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración.** Madrid/España: Civitas
- Parejo, L., et al. (2001). **La Organización de los Servicios Públicos Sanitarios.** Madrid/España.
- Pemán, J. (2001). La Configuración de las Prestaciones Sanitarias Públicas: Cuestiones Abiertas y Retos Pendientes. **Revista Derecho a la Salud.** N° 2 . España.
- Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos. (2003). **Situación de los Derechos Humanos en Venezuela:** Capítulo Derecho a la Salud. Caracas/Venezuela.

- Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos. (1998). **Situación de los Derechos Humanos en Venezuela:** Capítulo Derecho a la Salud. Caracas/Venezuela.
- Piza Rocafort, R. (1989). **Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos.** El aporte del Derecho Administrativo, del Derecho Internacional y del Derecho de los Derechos Humanos. Costa Rica/San José.
- Salomoni, J. (1999). **Teoría General de los Servicios Públicos.** Buenos Aires/Argentina: Villela Editor.
- Santamaría-P, J. (2000). **Principios de Derecho Administrativo:** Volumen II. Madrid/España: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Sarmiento, J. (1994). Noción y Elementos del Servicio Público. **Los Servicios Públicos: Régimen jurídico actual.** Buenos Aires/Argentina: Depalma, 1-21.
- Tamayo, J. (2000): **La Responsabilidad del Estado. El daño antijurídico, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas.** Bogotá/Colombia: Temis
- Tejada, C. y Serrano, L. (1997). **Responsabilidad Civil y del Estado en la Prestación de Servicios Médico-Asistenciales.** Madrid/España: Gustavo Ibanez

