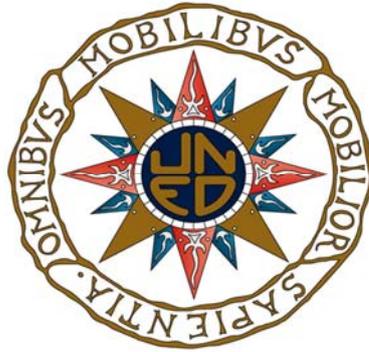


**UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
FACULTAD DE DERECHO**

DEPARTAMENTO DE DERECHO POLÍTICO



TESIS DOCTORAL

LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN VENEZUELA

Nohely del Carmen Bastidas Matheus

Abogada

2014

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
FACULTAD DE DERECHO**

DEPARTAMENTO DE DERECHO POLÍTICO

TESIS DOCTORAL

LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN VENEZUELA

Nohely del Carmen Bastidas Matheus

Abogada

DIRECTOR:

ANTONIO TORRES DEL MORAL

TUTOR:

JUAN MANUEL GOIG MARTÍNEZ

2014

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), por haberme brindado la oportunidad de cursar estudios en tan prestigiosa Institución y formarme con profesores de la más alta trayectoria académica, quienes magistralmente nos transmitieron sus conocimientos. Hoy, guardo en mi memoria los recuerdos del primer día de nuestra reunión, como si fuera ayer. Sus enseñanzas me han enriquecido como persona y profesional; son, a su vez, una referencia para que otros profesionales puedan también nutrirse de ellas.

*Pilares fundamentales de estas enseñanzas fueron los honorables profesores: **Dr. Juan Manuel Goig** y el **Dr. Cayetano Núñez**, quienes con efecto irradiación, infinita humildad y desprendimiento de sus conocimientos, dejaron sembradas en estas tierras y en cada uno de nosotros, un profundo conocimiento, la perseverancia y la esperanza de lograr una meta.*

*A mi honorable Director de tesis: **Dr. Antonio Torres Del Moral**, por sus sabias y profundas enseñanzas, por transmitirme el entusiasmo a la excelencia, que es la guía que marca mi día a día, gracias por siempre a su invaluable apoyo intelectual, material y humano en la dirección de mi tesis y, en especial, por permitirme el honor de ser su discípula.*

*A todo el personal de la **UNED** y la plataforma de profesores, mi eterno agradecimiento, por ser parte importante en la consecución de este fin.*

Dios los bendiga.

Bastidas Matheus, Nohely del Carmen. LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN VENEZUELA. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. U.N.E.D. Doctorado en Derecho Político. Maracaibo, Venezuela. 2014.

RESUMEN

En esta investigación se realizó un estudio sobre la Mala Práctica Médica en Venezuela. Se inició con un enfoque general de los derechos humanos; en ese sentido, se estudió el Estado social y democrático de Derecho como garante de los derechos y libertades y su singular protección de los derechos humanos. Se abordó la mala práctica médica desde la perspectiva de los derechos humanos, en este perfil se consideró la protección constitucional y supraconstitucional de los mismos y se destacó que la falta de protección jurídica, o bien, la protección jurídica incompleta, produce una lesión a estos derechos causada por la inercia del legislador. Asimismo, se estudió la etimología de la frase “malpraxis médica”, recogida por la doctrina venezolana; luego de un estudio de sus raíces “mal y praxis” se determinó que el término idóneo para enmarcar la conducta negligente de los profesionales del arte de curar es “mala práctica médica” y no “malpraxis médica”. Por otra parte, se analizaron las causas y consecuencias de este flagelo, como también las obligaciones del médico y la relación médico-paciente. Otro de los tópicos estudiados fue la responsabilidad civil por mala práctica médica, considerando que la falta de una ley o reglamento en el Ordenamiento Jurídico venezolano que la regule directamente, se debe subsumir dentro de la norma sustantiva civil.

Palabras clave: Derechos humanos, mala práctica médica, responsabilidad civil médica.

Matheus Bastidas, Nohely del Carmen. THE MEDICAL MALPRACTICE IN VENEZUELA. National University of Distance Education. Faculty of Law. U.N.E.D. PhD in Political Law. Maracaibo, Venezuela. 2014.

ABSTRACT

In this research a study on medical malpractice took place in Venezuela. It began with a general approach to human rights; in that sense, the social and democratic rule of law as the guarantor of rights and freedoms and their unique protection of human rights was studied. Medical malpractice was addressed from the perspective of human rights, in this profile constitutional and supra-constitutional the same protection was considered and noted that the lack of legal protection or the incomplete legal protection, produces an injury to these rights caused by the inertia of the legislature. Also, the etymology of the phrase "medical malpraxis", collected by the Venezuelan doctrine was studied; after a study of its roots "evil and praxis" it was determined that the term suitable for framing negligent conduct of professionals in the art of healing is "medical malpractice" and not "medical malpraxis". Moreover, the causes and consequences of this scourge, as well as the obligations of the doctor and the doctor-patient relationship were analyzed. Another topic was studied civil liability for medical malpractice, whereas the lack of a law or regulation in the Venezuelan legal system that regulates directly, should be subsumed within the civil substantive rule.

Keywords: Human rights, medical malpractice, medical civil liability.

ÍNDICE DE CONTENIDO

FRONTISPICIO.....	2
EPÍGRAFE.....	3
AGRADECIMIENTO.....	4
RESUMEN.....	5
ABSTRACT.....	6
ÍNDICE DE CONTENIDO.....	7
INTRODUCCIÓN.....	10

CAPÍTULO I. LOS DERECHOS HUMANOS

1.1. Estado social y democrático de Derecho.....	14
1.1.1. Estado de Derecho.....	14
1.1.2. Nacimiento del Estado Constitucional.....	16
1.1.3. Evolución del Estado liberal al Estado social.....	17
1.1.4. La democracia como régimen propio del Estado de Derecho.....	21
1.1.5. Concepto de Estado social y democrático de Derecho.....	23
1.1.6. Fines del Estado social y democrático de Derecho.....	24
1.2. Derechos humanos.....	27
1.2.1. Generaciones de los derechos.....	28
1.2.2. Naturaleza jurídica de los derechos humanos.....	32
1.2.3. Etapas de la positivización jurídica de los derechos humanos.....	33
1.2.4. Características de los derechos humanos.....	35
1.2.5. Criterios de interpretación de los derechos humanos.....	35
1.2.6. El derecho de acceso a la justicia.....	37

CAPÍTULO II. LA MALA PRÁCTICA MÉDICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1. Derechos más directamente relacionados con la vida y la integridad de las personas.....	40
2.2. Derecho a la salud.....	41
2.3. Bioética y Bioderecho.....	49
2.4. Derecho a la integridad personal.....	50
2.5. La individualidad constitucionalizada y su fundamento en la dignidad de la persona. Los derechos innominados.....	51
2.6. El médico ante el derecho.....	55
2.7. Principio de igualdad y no discriminación.....	59
2.7.1. Derecho a la igualdad.....	60
2.7.2. Igualdad y no discriminación como derecho de los pacientes.....	62
2.8. Derecho de los pacientes.....	63
2.9. Defensa de los derechos.....	66
2.9.1. Monismo con primacía del Derecho nacional.....	66
2.9.2. Monismo con primacía del Derecho internacional.....	66
2.10. Jerarquía de los tratados.....	67
2.10.1. Principios de interpretación de los tratados.....	69

2.11. Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y celebración de los tratados internacionales.....	72
2.11.1. Antecedentes.....	72
2.11.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	74
2.11.3. Celebración de los tratados internacionales.....	75
2.11.3.1. Fases de la celebración de los tratados.....	76
2.11.3.2. La ratificación de los tratados.....	78
2.12. Mecanismos de defensa de los derechos en Venezuela y en el Derecho comparado.....	79
2.13. Bloque de constitucionalidad.....	80
2.13.1. Principios que forman parte del bloque de constitucionalidad.....	83
2.14. Adecuación del Derecho interno como garantía de los derechos humanos con especial mención del derecho a la vida.....	84
2.15. Omisiones legislativas.....	91
2.15.1. Omisiones legislativas y sus causas.....	93
2.15.2. La omisión legislativa y las lagunas jurídicas.....	95
2.15.3. Las omisiones legislativas en el Ordenamiento jurídico venezolano.....	95
2.16. El control de las omisiones legislativas.....	96

CAPÍTULO III. LA MALA PRÁCTICA MÉDICA

3.1. Consideraciones generales.....	99
3.2. Etimología de la frase malpraxis médica.....	104
3.2.1. Definición de mala práctica médica.....	106
3.3. Causas de la mala práctica médica.....	106
3.3.1. Negligencia.....	107
3.3.2. Imprudencia.....	107
3.3.3. Impericia.....	107
3.4. Consecuencias de la mala práctica médica.....	108
3.4.1. El daño.....	108
3.4.1.1. Tipos de daños.....	109
3.4.1.1.1. Daño moral.....	109
3.4.1.1.2. Daño iatrogénico.....	111
3.4.2. Requisitos del daño.....	113
3.5. La culpa.....	115
3.5.1. Graduación de la culpa.....	115
3.5.2. La culpa médica.....	116
3.5.3. La prueba de la culpa médica.....	120
3.5.4. Cargas probatorias dinámicas.....	120
3.5.5. La antijuridicidad y culpabilidad.....	122
3.6. Las obligaciones en materia de mala práctica médica.....	124
3.6.1. La fuente de las obligaciones.....	124
3.6.2. Obligaciones simples y complejas.....	124
3.6.3. Obligaciones del médico: de medios o de resultados.....	126
3.7. Relación médico - paciente.....	130
3.7.1. Naturaleza jurídica de la relación médico paciente.....	130
3.7.2. El contrato de asistencia médica.....	131

3.8. El consentimiento	133
3.8.1. El consentimiento informado	134
3.8.2. El consentimiento informado legítimamente declarado	135
3.9. El acto médico	137
3.10. El secreto médico	138
3.11. Historia clínica	141
3.11.1. Valor probatorio de la historia clínica	142

CAPÍTULO IV. RESPONSABILIDAD CIVIL POR MALA PRÁCTICA MÉDICA

4.1. Responsabilidad profesional	145
4.2. Criterios que debe observar un profesional según la doctrina francesa.....	147
4.2.1. Obligaciones contractuales específicas de los profesionales	149
4.2.2. Características de las obligaciones contractuales específicas.....	149
4.2.3. Reglas delictuales o extracontractuales específicas de las responsabilidades profesionales en la legislación francesa.	158
4.3. La responsabilidad civil	159
4.3.1. Responsabilidad civil contractual.....	160
4.3.2. Responsabilidad civil extracontractual	161
4.3.2.1. El hecho ilícito.....	162
4.3.2.2. Elementos del hecho ilícito	163
4.4. Responsabilidad civil compleja	163
4.5. Naturaleza de las presunciones.....	164
4.6. Responsabilidad civil médica	166
4.7. Responsabilidad por hecho ajeno	170
4.8. Responsabilidad por hecho ajeno del médico	171
4.9. Responsabilidad del preceptor y artesano	174
4.10. Responsabilidad de los dueños, directores y principales en materia de responsabilidad médica	177
4.11. Responsabilidad por daños causados por las cosas en materia de responsabilidad médica	180
4.12. Responsabilidad objetiva y subjetiva del médico	181
4.13. Responsabilidad médica en equipo	185
4.14. Presupuesto de la responsabilidad médica en equipo.....	187
4.15. Responsabilidad objetiva del Estado	191
4.16. La responsabilidad institucional	193
4.16.1. Presupuestos básicos de la responsabilidad objetiva institucional.....	193
4.16.2. La responsabilidad objetiva institucional, la Ley de Protección al Consumidor y el Usuario y el Derecho de Consumo.....	195
4.16.3. La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.....	197
CONCLUSIONES.....	198
RECOMENDACIONES	200
BIBLIOGRAFÍA	201

INTRODUCCIÓN

Los derechos a la vida y a la salud son hoy reconocidos como valores en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos, como consecuencia del modelo de Estado social y democrático de Derecho, el cual tiene entre sus fines, además del respeto a los derechos y las libertades, una política de derechos fundamentales. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el Preámbulo y en su artículo 2, establece la pluralidad de fines que cumple el Estado, como el derecho a la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y la preeminencia de los derechos humanos, entre otros.

Esta investigación ha sido orientada por una inquietud jurídico-social y humana. Entre los objetivos que se plantean está, hacer un llamado a la conciencia de los órganos del poder público, en el caso del legislador es la creación de instrumentos legislativos para complementar la protección de los derechos de raigambre constitucional, con el objeto de que puedan instaurar procedimientos idóneos y expeditos que hagan efectiva la garantía de los mismos; singularmente, en el caso del derecho a la vida y a la salud, se observa un vacío o una insuficiencia en su protección cuando estos son vulnerados por un error médico. Surge así la necesidad de que se cree un instrumento legal mediante el cual se pueda demandar directamente por Mala Práctica Médica.

El reconocimiento, tanto por la doctrina nacional como extranjera, de la vida y de la vida como derecho es concebido como esencial, vital y fundamental. Para Cenedesi Bom, citada por Alegre Martínez y Mago Bendahán (2007, 3), la vida es: “Como el mayor bien que goza el ser humano. Es un derecho que no puede verse afectado, en ningún caso, por razones ajenas a su propia voluntad”. Para Torres Del Moral (2010, 2): “La vida tiene un valor previo y superior a todo el sistema constitucional de derechos. Es realmente el presupuesto o soporte físico, ontológico, de todos los derechos...”.

Por muchas razones que la sociedad reclama, en relación con el derecho a la vida y la salud, se deben crear las condiciones y mecanismos necesarios para cumplir con el mandato de protección nacional e internacional de esos derechos, debido a que la misma es incompleta o insuficiente, al faltar la protección contra cualquier acción u omisión que atente contra ellos. Es el caso, por ejemplo, de los profesionales de la salud, que los lesionan por

una negligencia o una imprudencia que, en muchos casos, comprometen irreversiblemente la vida y la salud de las personas que se encomiendan a las manos de estos nobles profesionales sin una solvente protección jurídica.

El objetivo principal de esta investigación fue abordar la mala práctica médica en Venezuela, teniendo como referencia el Derecho comparado, especialmente el Derecho español, tanto por la enriquecida doctrina como por lo asequible de su bibliografía. Debe destacarse que el médico, al igual que otro profesional o no profesional, puede, a través de su ejercicio, incurrir en falta que lo lleva a ser responsable por los actos cometidos. Los casos de mala práctica médica han tenido gran impacto a nivel mundial por las implicaciones derivadas del acto médico, no solo por el error humano, sino también por las conductas descuidadas o imperitas en la atención de sus pacientes. A tal efecto, el presente estudio se estructuró en cuatro capítulos:

Capítulo I. “Los Derechos Humanos”. Se inició con un enfoque general de los derechos humanos; se analizó el Estado social y democrático del Derecho como nuevo modelo de justicia constitucional que comenzó a regir en Venezuela a partir de la Constitución de 1999. Se abordó, dentro de este perfil, la evolución, naturaleza jurídica, etapas, características, así como los diferentes criterios de interpretación de los derechos humanos y el derecho de acceso a la justicia.

Capítulo II. “La Mala Práctica Médica desde la Perspectiva de los Derechos Humanos”. Se estudió la protección constitucional y supraconstitucional de los derechos humanos, esta última contenida en declaraciones, pactos y convenios internacionales. Otro de los perfiles abordados en esta investigación fue el de las omisiones legislativas, cuyo aspecto a resaltar bajo este estudio es que la falta de protección jurídica, o bien, la protección jurídica incompleta de un derecho fundamental, produce una lesión a esos derechos, ocasionada por la inercia del legislador.

Capítulo III. “La Mala Práctica Médica”. Se analizó la etimología de la frase “malpraxis médica”, recogido por la doctrina venezolana; luego de un estudio de las raíces del vocablo *mal* y *praxis*, se determinó que el término idóneo para enmarcar la conducta negligente de los profesionales del arte de curar es “mala práctica médica” y no “malpraxis

médica”. Asimismo, se estudiaron sus causas y consecuencias, como también la culpa médica, las obligaciones del médico, la relación médico-paciente y su naturaleza jurídica.

Capítulo IV. “La Responsabilidad Civil por Mala Práctica Médica”. Ante la falta de una ley o reglamento en el Ordenamiento jurídico venezolano que contemple directamente la responsabilidad civil médica, esta se subsume dentro de la norma sustantiva civil. A manera ilustrativa, ha de indicarse que la responsabilidad de los dueños, principales y directores, establecida en el artículo 1191 del Código Civil venezolano, se basa en *culpa In eligendo* y *culpa In vigilando*, que llevadas al terreno de la responsabilidad médica, deben responder las instituciones de salud, tanto públicas como privadas, por el hecho ilícito causado por sus médicos o por su personal dependiente.

Finalmente, se somete el presente estudio al juicio del Tribunal evaluador.

CAPÍTULO I
LOS DERECHOS HUMANOS

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS HUMANOS

1.1. Estado social y democrático de Derecho

Para Torres Del Moral (1998, 83), el principio liberal de “dejar hacer” entró en crisis durante la Primera Guerra Mundial, debido a su incapacidad para asegurar el orden económico en las sociedades europeas de aquellos momentos. El autor afirma que el liberalismo, en su versión keynesiana, y el socialismo, en su versión socialdemócrata, convergieron en el Estado social, y luego de la Segunda Guerra Mundial muchas constituciones adoptaron el adjetivo “social” para definir el régimen político que instauraban.

El Estado social y democrático de Derecho incluye factores que lo definen y caracterizan, tales como democracia participativa, el pluralismo, la soberanía popular, la primacía de los derechos inalienables que se desprenden de la dignidad humana, la solidaridad, la responsabilidad social, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político. Al respecto, el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) establece:

“Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su Ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.

1.1.1. Estado de Derecho

Para Ferrajoli Luigi (2009, 864): “El estado de derecho como resulta del conjunto de las garantías liberales y sociales, puede ser, pues, configurado como un sistema de meta-reglas, respecto a las reglas mismas de la democracia política”. Afirma asimismo:

“...si la regla del estado liberal de derecho es que *no sobre todo se puede decidir*, ni siquiera por mayoría, la regla del Estado social de derecho es que *no sobre*

todo se puede dejar de decidir, ni siquiera por mayoría; sobre cuestiones de supervivencia y de subsistencia...

Para abordar este punto, se seguirá predominantemente la línea de pensamiento del autor español Torres Del Moral (2010, 66), quien sostiene que para Kelsen el Estado de Derecho es una cuestión planteable, por considerar que ambos se identifican, ya que el Estado consiste en el Ordenamiento jurídico. Considera además el autor que tal posición es una “superstición animista”, porque “siendo iguales Estado y Derecho, todo Estado es Estado de Derecho”.

La posición doctrinal del autor Torres Del Moral (2010, 66), es diferente a la posición de Kelsen, al sostener que:

“...el Ordenamiento jurídico no es el Estado, sino uno de sus elementos, y lo que se trata no es de que ese elemento controle al Estado entero sino a otro de los elementos del Estado, que es el poder. Sólo por extensión se habla de Estado de Derecho en vez de *control jurídico del poder*. Este control jurídico incluye el control político”.

Consustancial con el Estado de Derecho, el autor colige entre poder y Derecho y en ese sentido, infiere una tensión dialéctica en ambos perfiles. B. Roussell, citado por el autor *in comento*, afirma: “...el poder es el concepto fundamental de las ciencias sociales, como la energía lo es a la física”; asimismo sostiene, que “este poder, como realidad social básica, ha de entenderse nudo, a secas, desprovisto de todo adjetivo que pudiera venirle atribuido por la cultura”. El poder fáctico, aplicado a los hombres, establece una relación de dominación, no diferente a la que establece el carnicero sobre la oveja.

Argumenta igualmente B. Roussell que una relación de poder no alcanza estabilidad más que cuando el elemento jurídico se impone ante el elemento de dominación, canalizándolo y controlándolo, por lo que el Derecho no resuelve todos los problemas de la comunidad, pero ayuda a delimitarlos. Busca la seguridad, por ello define

posiciones y regula las relaciones políticas y sociales; es un factor de organización y estabilidad.

La misma fuente bibliográfica revela que el poder crea o define el Derecho; no obstante, necesita del Derecho para un orden, luego queda prendido de ese orden y por ese mismo Derecho. El Derecho es longevo, se queda insuficiente y deficiente, caduca ante la nueva realidad social y política, necesita del poder para renovarse e institucionalizar nuevas ideas y valores y así sucesivamente, teje continuamente la vida social, mediante la tensión dialéctica entre el poder y el derecho, entre innovación y estabilización.

1.1.2. Nacimiento del Estado Constitucional

Para Torres Del Moral (2010, 67) el poder siempre ha buscado un fundamento inmanente a su existencia y proyección, para ello, se ha desprendido no sólo de la norma jurídica, sino de toda norma. Al respecto, el autor resalta los pensamientos de algunos autores clásicos, quienes han tenido protagonismo en el nacimiento del Estado Constitucional, así se tiene:

Aristóteles es el más decidido partidario del ejercicio del poder mediante el Derecho y el primer pensador que intenta una fundamentación teórica de la institucionalización jurídica del poder. Considera peligroso aquel poder que no se halle regulado por leyes. Afirma que “la ley es la razón sin pasión”.

Cicerón, por su parte, concibe el Derecho como la recta razón congruente con la naturaleza, por lo tanto el Derecho natural es universal e inderogable por la ley positiva. Con el nacimiento del Estado se construye la doctrina de su razón, que tiene en sí mismo su razón de ser, su movimiento.

Maquiavelo dio cuenta de los límites morales, porque el poder actúa apremiado por la necesidad. Locke marca el inicio del Estado constitucional y representativo; justifica la separación de los poderes, la prevalencia del legislativo, y establece las bases teóricas del Estado liberal.

Montesquieu insiste y desenvuelve la vía de la institucionalización jurídica del poder como garantía de la libertad, y concibe que la misma solo sea posible en un gobierno

moderado, en el que los órganos del poder estén diferenciados y haya contención entre unos y otros. Para Rousseau, la supremacía de la ley es la expresión de la voluntad general. Sieyes advierte por su parte, sobre la necesidad de combinar en la Constitución múltiples precauciones en las que el poder debe someterse a formas que garanticen su aptitud para el fin que debe alcanzar, así como la importancia para separarse de él.

R. von Mohl, en 1832, fue el primero en consagrar la expresión “Estado de Derecho”, en el marco de las monarquías limitadas de los Estados germánicos. Así ha sido concebido hasta la actualidad por influencia de la doctrina francesa de la supremacía de la ley como *expresión de la voluntad general* y de la inglesa del *rule of law* o gobierno del derecho.

Sostiene Torres Del Moral (2010, 69) que en cualquiera de sus versiones, o en una resultante, se está ante una teoría conectada a los valores liberales predemocráticos enlazada a la idea de garantía de los derechos individuales, civiles y políticos, con la pretensión de fundir así legalidad y legitimidad. Max Weber señala que la justificación o legitimidad de poder reside en la legalidad de su ejercicio. Con estos elementos construye su tipo ideal de *legitimidad racional*.

Así las cosas, indica Torres Del Moral (2010, 69) que la construcción teórica descrita no era neutral, y la clave de su trasfondo ideológico proporciona la índole de derechos y libertades que garantizaba ese Derecho limitador del poder, los derechos garantizados eran civiles y políticos, no sociales y económicos. No se requería del Estado prestaciones sociales, sino vigilancia y represión de las posibles perturbaciones.

1.1.3. Evolución del Estado liberal al Estado social

El mismo autor afirma que “el Derecho Constitucional nace y cobra sustantividad en el marco del Estado liberal, que lo dota de unos perfiles muy definidos de los que todavía hoy no se ha desprendido completamente”. Considera que la Revolución francesa tenía un carácter mucho más social y democrático, más de lo que terminó siendo

y más de lo que dejó la Restauración conservadora, sobrevivida tras la derrota de Napoleón en Waterloo.

La burguesía liberal disociaba la realidad en dos estratos separados y antagónicos: el Estado y la sociedad civil. La segunda era la esfera del libre juego “natural” de las fuerzas individuales, -supuestamente iguales-, que el primero no debía alterar, sino dejar en libertad. Esta concepción fue trasladada al terreno económico, la sociedad consiste, entonces, en el marco de relaciones de mercado entre sujetos económicos iguales, los cuales deben poder traficar con plena libertad de contratación. Para el autor comentado, esta ideología encubría una situación bien distinta: “ni las personas operan sólo como individuos, sino insertos en el seno de grupos; ni son iguales en el punto de partida; ni por tanto tan libres, sino que sus diferentes situaciones sociales los fuerzan, los condicionaban”.

Dentro de esta perspectiva, se está ante una fase del predominio del liberalismo sobre la democracia; la ideología del modelo estatal abstencionista no debe ocultar que la realidad del modelo de Estado liberal fue siempre lo fuerte que la sociedad burguesa necesitó que fuera; no dejó de acudir en su debido momento a la política proteccionista, a la de orden público, para saldar las diferencias socioeconómicas internas e internacionales.

A su vez, continúa el autor argumentando que la lucha del cuarto estado, o estado de los menos favorecidos, o mejor aún, de la clase obrera, por participar de las decisiones sociales como en las riquezas, se plasmó políticamente en una reivindicación del principio democrático de sufragio universal. Fue entonces cuando el ascenso del proletariado significó un gran cambio en el papel del propio Estado: “como no temía precisamente el

poder político, sino a los poderes sociales y económicos, postulaban un poder político fuerte que lo liberara de esos obstáculos para la libertad e igualdad efectivas”.

Ahora bien, Torres Del Moral (2010, 71), en su obra de Estado, Derecho y Democracia de Partidos, se formula la siguiente interrogante: ¿Cómo se traduce este proceso en términos jurídicos?

Al respecto, expresa que “el Derecho no cobra forma de una vez y para siempre”; ha dicho que es un constante e ininterrumpido proceso de incorporación de modo objetivado de convivencia, que adquiere forma cuando colisiona con la superficie de los tiempos y, precisamente, esa superficie de los tiempos ya había ofrecido “no pocas rigurosidades orográficas que desgarraban el libre vuelo de la brillante ideología liberal”; y en ese sentido, ha considerado los siguientes puntos:

- Los socialismos premarxistas
- La revolución de 1848 y la conquista del sufragio universal (masculino)
- El Manifiesto Comunista y la progresiva configuración de la doctrina de Marx y Engels
- El socialismo democrático de la segunda mitad del siglo XIX
- La profunda crisis económica de los años setenta

• El nacimiento de ciertos movimientos políticos conservadores que, sin embargo, aceptaban la intervención de los poderes públicos en materia económica, como la democracia católica, que seguía la doctrina social católica según fue definiéndose desde la encíclica *Rerum Novarum*.

• El nacimiento del laborismo y la polémica, en el seno del socialismo, acerca de la aceptación del sistema parlamentario como marco de la lucha social y política.

El autor refiere así la primera corrección del modelo liberal, dando entrada a la intervención estatal, la cual recibe en Francia el nombre de *régimen administrativo de servicio público*. Ahora bien, dentro de esta misma línea de pensamiento, comenta sobre el proceso de gestación del “Estado social de Derecho”, y al efecto señala como un precedente del Estado social, aunque todavía “de Derecho”; en la Alemania de Bismark, en la que frente a

los movimientos revolucionarios, los poderes públicos decidieron intervenir en la llamada “cuestión social”, esto es, según el autor comentado, la relación capital – trabajo. Pero fue tras la Primera Guerra Mundial cuando entró en crisis el principio liberal de *dejar hacer*, por su incapacidad para asegurar el orden económico en unas sociedades en crisis, como las europeas de esos momentos.

De allí que la expresión Estado social de Derecho, y a esto arriba el autor comentando, la segunda corrección del modelo liberal apareció en la República de Weimar (Alemania) acuñada por H. Heller en oposición al Estado liberal y al totalitarismo de aquella época. Colige asimismo que esta idea de alguna manera responde a la crisis histórica del modelo de Europa, de sociedad del primer tercio del siglo XX, en la que se da un intento de superación de la diferencia entre la formalización jurídica de los derechos y su ejercicio efectivo por parte de todos, lo que exigía una doble vía de realización: por un lado, cambiar el estatuto de ciudadano, el cual no debe ser sólo una persona integrada a un país política y jurídicamente, sino, además, integrado social, económica y culturalmente. Por otro lado, cambiar el estatuto jurídico – político del poder público, que de ser meramente vigilante y represor pasa a ser también ordenador y conformador de la sociedad, así como promotor de un nuevo ciudadano partícipe.

Dentro de esta nueva concepción del ciudadano, se refleja el acceso a los bienes y derechos sociales, económicos y culturales, los cuales son recogidos por los textos constitucionales con diversos grados de efectividad jurídica y, desde la óptica del poder público, el Estado social de Derecho no espera que sea el mercado quien regule su funcionamiento, sino que, por el contrario, lo dirige él mismo. Respeta entonces el mercado y asume la obligación de realizar las prestaciones positivas necesarias para garantizar un mínimo existencial de los ciudadanos, promoviendo las condiciones de satisfacción de necesidades individuales y colectivas que el mercado solo no proporciona. De manera que el Estado social de Derecho, como expresión que busca

legitimar jurídicamente la interpretación sociedad-Estado, tras la Segunda Guerra Mundial, ha derivado en lo que se conoce como Estado de *bienestar social*.

En este mismo contexto, García Pelayo, citado por Torres Del Moral (2010, 73), afirma que el hecho de que el Estado haya asumido dentro de sus potestades las de índole económica, significa que se concibe como uno de los elementos constitutivos de la soberanía de estos tiempos. Entonces, la soberanía económica del Estado es una condición imprescindible para que pueda cumplir dos funciones que le son esenciales: conservarse a sí mismo y asegurar el orden y el bienestar de la sociedad que lo sustenta. No obstante, advierte Torres Del Moral (2010, 74), que el actual fenómeno de globalización le resta protagonismo al Estado en este ámbito.

Siguiendo con esta referencia, el Estado de bienestar social ha cubierto una etapa en el desarrollo económico, la cual abarca desde el fin de la Segunda Guerra Mundial hasta la crisis energética de 1973. Etapa de gran crecimiento del gasto público, de planificación y programación económica, de control estatal de gran parte de las economías nacionales y de ciertos efectos redistributivos. En consecuencia, el Estado no sólo se aprecia como consumidor, empresario y planificador, sino también como árbitro y asegurador.

Existen dos tesis enfrentadas, acerca de la naturaleza y magnitud del Estado social; mientras que para unos el Estado ha crecido y sigue creciendo hasta convertirse en una amenaza para la libertad, para otros el Estado social es tanto menos Estado cuanto más social es, porque se hace más permeable a las organizaciones sociales y pierde así capacidad decisoria.

El Estado social es máximo en su magnitud y complejidad, expresa Bobbio, citado por Torres Del Moral (2010, 75), pero no deja de dar muestras de su debilidad en algunos aspectos. No es infrecuente verlo desestabilizado ante una huelga realizada por un grupo de profesionales estratégicamente situados en el proceso productivo, como por ejemplo, en las comunicaciones, e integrado en un sindicato corporativista e insolidario. El Estado social de Derecho responde a una idea estatal en la que se busca conjugar jurídicamente

su crecimiento con la libertad de los individuos y de los grupos, por ello, también recibe el nombre de Estado de las asociaciones.

1.1.4. La democracia como régimen propio del Estado de Derecho

Durante el proceso histórico de incubación del Estado constitucional, la democracia fue concebida como autogobierno popular directo, en una sociedad caracterizada por la igualdad. La recepción constitucional del adjetivo “democrático”, se produjo en la Constitución francesa de 1848: “La República es democrática, única e indivisible”.

Fue en tiempos de la Segunda Postguerra Mundial cuando dicho término se generalizó, salvo en algunos textos americanos y suizos. La ley fundamental de Bonn define al Estado alemán como democrático y social. Por su parte, la Constitución española vigente, con una fórmula más completa y compleja, define a España como un Estado social y democrático de Derecho. Asimismo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), en su artículo 2, define Estado como social, democrático de Derecho, pero le adiciona el término justicia.

Dentro de la misma perspectiva doctrinaria, Torres Del Moral (2010, 81), citando a los autores E. Díaz y P. Lucas Verdú, señala que estas definiciones significan que el constitucionalismo democrático no es posterior ni sucesor del social. En realidad, son coincidentes medidas democráticas que también son sociales y los derechos sociales y económicos no son ni pueden ser ajenos a la democracia.

Considera que no puede perderse de vista el carácter axiológico del concepto de Estado de Derecho. El lenguaje político también tiene su historia de cómo ha evolucionado el concepto de democracia, igualmente el concepto de Estado de Derecho ha ido cambiando, desde una aséptica acepción de Estado, en el que los poderes públicos respetan el Ordenamiento jurídico, hasta llegar a otra acepción más valorativa,

en la que el gobierno o régimen es respetuoso de las libertades públicas, contrario al despotismo, absolutismo y totalitarismo.

Actualmente es difícilmente discutible el que para que un Estado sea de Derecho ha de serlo en los dos sentidos del término Derecho:

En el sentido de Derecho objetivo, de norma: dentro de esta concepción, el Estado de derecho exige que el Ordenamiento jurídico sea límite y cauce del poder, aunque nunca llegue a conseguirlo totalmente.

En el sentido de Derecho subjetivo, como derecho y libertades: el Estado de derecho exige además que ese Ordenamiento jurídico incorpore los derechos y libertades de las personas, pues únicamente hay garantía de ello si los ciudadanos participan en su creación y en el control de su aplicación, esto sólo sucede en democracia. No significa que el método democrático preserve del error, sino que facilita la rectificación y esto es una gran ventaja.

Con fundamento a lo expresado, concluye Torres Del Moral (2010, 83) que sólo en una democracia puede realizarse plenamente el Estado de Derecho; y a su vez, cita a Pérez Luño, quien expresa que la verdad del Estado de Derecho es una verdad democrática. Argumenta igualmente que los modelos históricos denominados Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho, desprendidos del elemento democrático, sólo son Derecho de una manera relativa y tendencial, en cuanto son tipos de Estado constitucional debatidos en el tránsito del absolutismo y la democracia.

1.1.5. Concepto de Estado social y democrático de Derecho

Siguiendo el enfoque doctrinal de Torres Del Moral (2010, 83), el concepto de Estado social y democrático de Derecho parte de un entendimiento unitario de dicha fórmula, utilizada por varias Constituciones, como la española y la alemana; de las consecuencias que de ello se derivan se tiene especialmente la depuración semántica de cada uno de los elementos: ni es sólo Estado de Derecho, ni es sólo social, ni sólo democracia neutra o democracia como método, sino que cada uno de esos elementos

nutre y condiciona a los demás. La fórmula es compleja y debe ser entendida en la reciprocidad de sus elementos.

Argumenta que no es correcta la tesis defendida por algunos autores, al considerar que la reciprocidad sea imposible porque la intervención de los poderes públicos en la esfera social y económica pudiera no hacerse respetando los controles y los procedimientos jurídicos, así como tampoco es correcta la tesis que sostiene que cada uno de estos tres términos, al dejarlos a su propio desarrollo, pudieran conducir al antagonismo, bien con los otros dos o con alguno de ellos. García Pelayo asevera: “en la situación histórica presente ninguno de los términos puede afirmarse sin la interacción con los otros”. En este sentido, destaca Torres Del Moral (2010, 84) que en caso de que el Estado fuera social (tesis negada por este autor) desde luego, entonces, no sería democrático ni de Derecho.

Dentro de la misma línea de pensamiento, la democracia no puede funcionar a espaldas del Estado de Derecho como tampoco puede entenderse la socialidad del Estado ni las democracias enfrentadas; la idea democrática abstracta añade a la idea social abstracta ingredientes como soberanía popular, pluralismo político, participación ciudadana en la vida política, social, cultural y económica. Para García Pelayo, previamente citado por Torres Del Moral, las prestaciones sociales del Estado deben satisfacer demandas propuestas por los ciudadanos y no concedidas como actos de benevolencia.

La igualdad y la participación terminan con la separación entre gobernantes y gobernados, entre Estado y sociedad; “socializan el Estado democrático y democratizan el Estado social hasta hacerlos uno solo, porque lo social, o es democrático o no es social; y lo democrático, o es social, o no es democrático”. El límite a la actuación del Estado social y democrático se fija por su dimensión de Estado de Derecho, el respeto a los procedimientos democráticos jurídicamente establecidos.

Concluye Torres Del Moral (2010, 84) que la plenitud del Estado social y democrático de Derecho es un concepto tendencial más que una realidad y consiste en *“un sistema de solidaridad nacional –y, en cada vez más aspectos, supranacional-*

gestionado por los poderes públicos con participación ciudadana efectiva y con respeto a la primacía del Derecho y de los derechos”.

1.1.6. Fines del Estado social y democrático de Derecho

Para el mismo autor, los fines de la vida política del Estado se justifican por la pluralidad de fines que cumple; justicia, paz, libertad, igualdad. Al respecto, expresa:

1. “Aristóteles habló de *buena vida*, vida suficiente y *felicidad*.”
2. La escolástica usó diversas expresiones: *bien común*, bien general, utilidad general, interés de la república.
3. Los filósofos ilustrados gustaron hablar de *progreso* como compendio de todos los bienes.
4. Los utilitaristas acuñaron la fórmula “la mayor felicidad para el mayor número posible”.
5. Desde hace más de medio siglo se habla de *bienestar social* y también de *desarrollo* (en su sentido más lato: económico, social, cultural y político).
6. Una expresión más reciente es la de *calidad de vida*, en la que se incluyen todos los valores vigentes en la sociedad actual, desde la justicia social hasta el cuidado del medio ambiente, pasando por la libertad, el desarrollo y la paz. De “calidad de vida” habla la Constitución española en los artículos 45 y 129, además de en el Preámbulo.
7. Actualmente se habla, en el mismo sentido, de *desarrollo sostenible*”.

Considera el autor *in comento* que cualquiera de las anteriores fórmulas puede valer como expresión de pluralidad teleológica del Estado social y democrático de Derecho, pero lo que debe quedar claro es que sea cual fuere la expresión utilizada debe quedar establecido que no es un fin concreto que pueda oponerse a otros, y en ese sentido, expresa que con bastante frecuencia se ha opuesto el bien común al interés particular, pero que en realidad lo que se trata es de un concepto, con el cual se alude a “un conjunto de derechos, bienes y condiciones de vida social, -estos sí- permiten y favorecen a los individuos y a grupos el desarrollo de sus posibilidades y el logro de una vida digna”.

Argumenta asimismo que el hecho de que haya personas, grupos, programas que hagan más énfasis en unos valores que en otros, es comprensible, porque ello sucede en el ámbito de lo opinable. Sin embargo, advierte que esta situación no se puede reducir a eslóganes al decir: “prefiero la justicia al desorden”; “prefiero la ciudad al campo”; “libertad, sí, pero no libertinaje”; “orden, sí, pero no ordenancismo”. Pues ningún avance

puede esperarse por ese camino, “no es alcanzable la justicia sin orden ni estabilidad, como tampoco viceversa, ni la libertad real puede darse donde hay demasiada desigualdad y la igualdad en la esclavitud no es ningún bien deseable”.

Dentro de este orden, Torres Del Moral (2010, 86) indica que para situarse en la perspectiva correcta se debe considerar lo siguiente:

- “a) que estamos ante un conjunto de valores o condiciones de vida social;
- b) que su respeto y fomento responde a exigencias humanas que han ido adquiriendo sucesivos perfiles a lo largo de la Historia;
- c) que la falta total o la merma excesiva de uno de esos valores hace resentirse a los demás y, por ende, a la vida comunitaria; que sin libertad no hay autoridad, sino opresión; que sin seguridad personal no hay progreso; que la desigualdad es, como ya señaló Aristóteles hace veinticuatro siglos, la causa de las revoluciones;
- d) que todos esos fines políticos deben ser procurados de la manera más equilibrada y armónica posible para que el cuerpo social no quiebre; que deben ser realizados en reciprocidad continua y progresiva;
- e) que, por todo ello, la idea directriz de este progreso equilibrado es la obtención del máximo de cada uno de estos valores que no obstaculice ni perjudique a otro más que el mínimo inevitable;
- f) que en la procura de ese conjunto de condiciones de vida social, deben proponerse objetivos posibles, pero que la política es el arte de hacer posible lo necesario; dicho de otro modo: los fines imposibles no son objetivos políticos, sino engaños, pero muchos fines son posibles a medio o largo plazo si se acometen con continuidad y con el ritmo adecuado;
- g) que, por tanto, en esa tarea política debe observarse un orden de prioridades, en su triple versión de prioridad lógica (escuelas antes que universidades), axiológica (viviendas antes que polideportivos) e histórica, coyuntural o de oportunidad (por ejemplo, inversión en instalaciones de ocio y de turismo como medio de obtención de los recursos necesarios para el fomento del arte y de la ciencia);
- h) por todo lo cual, los programas políticos deben ser coherentes si quieren ser creíbles, porque lo que en definitiva importa es ese conjunto de condiciones de vida social globalmente considerado al que llamamos bien común, bienestar general o calidad de vida”.

Según lo expuesto, el Estado social y democrático de Derecho se diferencia de otros tipos anteriores de Estado y de organización política comunitaria en que se propone, por primera vez en la historia, “todo ese complejo teleológico como un conjunto armónico

en el que ningún valor debe quedar por debajo de lo tolerable para una vida humana digna”.

Asimismo, el Estado social y democrático de Derecho se orienta a la igualdad y la justicia y propone como fin político la profundización en la igualdad, hasta donde se una con la libertad efectiva. En síntesis, precisa el citado autor, busca entre ambas, en la medida modesta en que lo ha conseguido, un plus de legitimación y de integración en él de las diversas clases sociales en una proporción desconocida hasta ahora en otros sistemas políticos.

En atención a ello y en función de ese objetivo global, el Estado social y democrático de Derecho no se agota en la defensa de la libertad y de la propiedad individuales, como sucedió en el Estado liberal, sino que se propone avanzar adecuadamente en la tarea de asistencia vital, de procura existencial, de aseguramiento de las bases materiales de la existencia individual y colectiva, así como proporcionar al ciudadano los medios para exigir y obtener de los poderes públicos todo lo necesario para subsistir dignamente.

Sostiene Torres Del Moral (2010, 87) que de un Estado social y democrático de Derecho “se puede y se debe esperar que respete los derechos y libertades, sí, pero también que promueva su ejercicio, favoreciendo la información, creando escuelas, financiando asociaciones”. Y según palabras de J. de Otto, citado por el mismo autor: realizando una “política de derechos fundamentales para crear una sociedad democrática libre”.

1.2. Derechos humanos

Dentro de la evolución de los derechos ha de señalarse que éstos, al igual que las libertades proclamadas en las constituciones, así como en las declaraciones internacionales, no han sido reconocidos todos en un mismo tiempo, sino que la aparición y consagración de estos derechos en los textos constitucionales ha sido el producto de una evolución contentiva en varias etapas, que es justamente lo que en la doctrina se conoce como generación de derechos. Para los autores Alegre Martínez y Mago Bendahán (2007, 33), “la aplicación del criterio cronológico ha conducido a la agrupación

de los derechos según las diferentes etapas generacionales en que ha ido sintiéndose su necesidad y en que, consecuentemente, han sido proclamados...”.

En América, según Torres Del Moral (2000, 209), las declaraciones de Virginia en 1776 y otros cinco Estados, proclaman entre sus derechos más importantes la libertad, la propiedad, la seguridad y la libertad religiosa y la misión más importante para el Estado radicaba en su protección. Por su parte, en la declaración de Independencia del 4 de julio de 1776, los derechos inalienables eran la vida, la libertad y la búsqueda de la propia felicidad. No obstante, la Constitución Federal de 1787 carecía de una declaración de derechos, sin embargo, sus diez elementos, que fueron aprobados en los años siguientes, configuraron una tabla de derechos con el mismo tratamiento de límites del poder.

El pensamiento ilustrado francés era bien conocido en América y los acontecimientos americanos eran seguidos en Francia con sumo interés. Tanto franceses como americanos estaban imbuidos por el humanismo e individualismo del hombre moderno, por el espíritu de tolerancia, por el iusnaturalismo y el pactismo. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue concebida con pensamiento racionalista, dogmático, universalista y mesiánico.

Asimismo, señala el autor citado que la historia de los derechos humanos comienza en el siglo XVIII, con las declaraciones norteamericanas y francesas, y tan importante fue el respeto de los derechos como centro de justificación del poder político, que provocó una revolución y un cambio dinástico. Entre los derechos que exigían mayor garantía se encontraba la libertad religiosa como gran generadora de derechos, también la propiedad y la libertad fueron acogidos por ambas constituciones, y es allí cuando comienza la historia de los derechos humanos. Las declaraciones francesas y americanas del siglo XVIII son únicas para todo el Estado y contemplan al individuo como tal y no miembro de una corporación, declaran los derechos para todos con características de igualdad y generalidad, algo desconocido anteriormente.

Igualmente, destaca que un jurista debe procurar más ocuparse de las garantías de los derechos, es decir, del problema dogmático–jurídico, en lugar de perder tiempo con

la cuestión ético-filosófica de su fundamento, que difícilmente sirve para resolver ningún caso en los tribunales de justicia.

1.2.1. Generaciones de los derechos

Bajo el enfoque doctrinal español, Torres Del Moral (2004, 5) hace referencia a diferentes generaciones de derechos desde la perspectiva constitucional; no significa esto que la constitucionalidad equivale al inicio de su disfrute, primero, porque algunos ya existían previamente con rango legal y, en segundo lugar, porque su inclusión en el texto constitucional no se tradujo en nada efectivo. Al respecto, las generaciones de derecho en la línea de pensamiento del citado autor:

- **Primera generación**

Está integrada principalmente por derechos individuales, que son libertades-resistencia frente al Estado, más un limitado derecho de participación política. Su fundamento reside en la concepción del hombre como individuo abstracto y de la humanidad como género, integrada por individuos aislados. En esta etapa se considera suficiente el reconocimiento jurídico de los derechos sin necesidad de preocuparse por la creación de mecanismos para hacerlos efectivos; igualmente, se evidencia la concepción del régimen liberal de la primera mitad del siglo XIX en el que se manifiesta la superioridad de las libertades civiles sobre las políticas.

- **Segunda generación**

Se señala doctrinariamente que en 1848, tras la Revolución Francesa, influyó en muchas constituciones de la segunda mitad del siglo. Se extiende el derecho de sufragio, incluso se proclama su universalidad o universalización, que era sólo masculina. Se reconoce la libertad de asociación; en 1831 ya había sido reconocida en la Constitución belga. Por influencia de la Constitución francesa de 1848, se observa un predominio de las preocupaciones de carácter social en la Constitución de esa época. Se está frente a una parcial democratización del régimen liberal, pues el hombre, además de ser un

individuo, es también un ciudadano que tiene derecho a participar en decisiones que son relevantes para todos.

- **Tercera generación**

Constituida por los derechos económicos y sociales, tales como sindicatos, huelga, salario mínimo, vacaciones anuales, así como por la asociación de otros derechos, es decir, su transformación, como la educación y la tutela judicial en derechos de prestación. Estos derechos están concebidos como aquellos derechos que requieren una participación del Estado, en el sentido de que este debe suministrar las condiciones y elementos necesarios para su real efectividad.

El fundamento de estos derechos radica en una concepción diferente del hombre y de la libertad; el hombre es un ser concreto que se encuentra en un contexto social, como familia, trabajo, nivel de instrucción, asociaciones, el cual tiene unas necesidades similares a las de otros, pero al mismo tiempo diferentes, por la diversidad de situaciones, y para hacerlos efectivos se requiere intervención de los poderes públicos. Dentro de esta perspectiva, se observa:

- La inclusión de los derechos sociales en textos constitucionales comenzó en México en 1917.

- La Constitución Alemana de 1919 (Weimar) acogió también los derechos económicos y sociales e influyó en el constitucionalismo de entreguerras.

- Las constituciones de la postguerra, como Francia 1946 y 1958; Italia en 1948; Alemania 1949, los recogen, extienden y asignan a los poderes públicos tareas específicas en un orden de producción y distribución que indica una planificación económica.

- **Cuarta generación**

Desde el constitucionalismo del año setenta y cada vez con mayor fuerza se inicia una nueva generación de derechos, los cuales se denominan derechos de solidaridad, llamados también derechos ecológicos; garantizan la seguridad social a todos los

ciudadanos y un profundo sentido de igualdad a través de la protección de sectores desprotegidos, como la infancia, vejez, derechos de la mujer, personas con discapacidad o dependencia, las minorías étnicas o religiosas, personas con diferente orientación sexual.

Cabe señalar que dentro de esta generación de derechos es dable identificar otros que son fruto de especificaciones y concreciones de los derechos a la vida y la libertad, los cuales están referidos a dos ámbitos novedosos: a) la reproducción asistida, creado por la ciencia y la tecnología, más precisamente por la injerencia genética de los que apelan al derecho a la reproducción humana asistida en sus múltiples variantes; b) la muerte, el cual se cifra en el deseo a un buen morir, cuyo derecho se reclama cada vez más.

Dentro de este mismo perfil, se hace referencia al enfoque doctrinal de los autores Alegre Martínez y Mago Bendahán (2007, 34), que al efecto establecen:

- Primera generación: o derechos originarios, generativos o inherentes al ser humano como individuo; se encuentran constitucionalmente dispersos en los capítulos II y III de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), y están consagrados prácticamente en todas las constituciones tanto americanas como europeas.

- Segunda generación: forman parte de los derechos del hombre en sociedad, se asocian a los derechos constitucionales por su positividad y son reconocidos por las constituciones en todos los países.

- Tercera generación: son los relativos a la supervivencia de la especie humana sobre la tierra, como: derecho al ambiente, derechos del planeta, derechos ecológicos. Estos derechos, recientemente descubiertos, siempre existieron, pero fueron relegados o ignorados. Suelen llamarse también derechos transgeneracionales. También pueden denominarse derechos altruistas o derechos de dimensión internacional.

- Cuarta generación: se considera que van más allá de los derechos y llegan quizás a la *disolución de los derechos*, para convertir a los intereses, los sentimientos, necesidades y todo aquello que vincule a la persona en “objetos de protección y allí se

integrarían plenamente los intereses comunitarios y pacifistas como elementos de una convivencia sana y feliz”.

Durante una entrevista en el año 2010, el autor Torres Del Moral reveló:

“Nuevos derechos de la dimensión humana que hasta hace muy poco tiempo se consideraba que escapaban al dominio del hombre: la vida, la muerte. De allí, los nuevos derechos que la Bioética, el Bioderecho, intentan desplegar y postulan su reconocimiento por los Ordenamientos jurídicos: son, por una parte, las nuevas técnicas de reproducción asistida, las investigaciones biotecnológicas, y, por otra parte, la moderna reivindicación de algunas formas de vivir dignamente el proceso de la propia muerte”.

Para concluir con este perfil, los autores Rivas Quintero y Picard de Orsini (2010, 32) señalan que el respeto de los derechos humanos se desprende del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al consagrar que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Por otra parte, consideran los referidos autores que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre tiene como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre, así como la creación de circunstancias que le permitan un progreso espiritual y material para poder alcanzar la felicidad. De ambas declaraciones se desprende la fuente que inspira el fundamento de los instrumentos internacionales creados con la finalidad de proteger y difundir los derechos humanos y las libertades fundamentales. Fue así como nació en 1945 la Organización de las Naciones Unidas, la que elaboró a través de la Comisión de Derechos Humanos la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Posteriormente, en el año 1966, la referida Asamblea General de las Naciones Unidas adopta dos tratados fundamentales sobre derechos humanos de alcance universal, para ser sometidos a la ratificación de los Estados, dichos tratados son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A partir de ese momento, se adoptaron otros tratados o convenciones internacionales sobre Derechos Humanos, entre ellos: el

Segundo Protocolo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para la Abolición de la pena de muerte y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Cabe destacar que uno de los modernos documentos para la protección de los derechos humanos es la Carta Universal Interamericana, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 11 de septiembre de 2001.

1.2.2. Naturaleza jurídica de los derechos humanos

Desde la perspectiva constitucional comparada, el autor español Torres Del Moral (2004, 3) realizó un análisis de la naturaleza de los derechos constitucionales con especial referencia a la Constitución española y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del referido país, y en ese sentido señaló que la naturaleza de los derechos ofrece perfiles complejos, y que “cada derecho es lo que es y tiene su contenido y naturaleza, su función o funciones y su alcance”. Considera que la formulación de la cuestión acerca de la naturaleza de los derechos puede llevar a la discusión sobre cada uno de ellos, así como su ulterior agrupamiento en ciertas familias. Por ello, cada derecho puede merecer una calificación singular en su naturaleza y también una calificación genérica, según se agrupen, dependiendo también del criterio adoptado para su clasificación.

Dentro de este contexto, argumenta que otra situación que puede presentarse es aquella en la cual se oponen diversas teorías, ideologías y/o creencias en cuanto atribuyen una calificación determinada como: naturales, positivos, históricos, sociológicos, a los derechos. Afirma al respecto que esta calificación depende de la posición de cada autor acerca de la existencia o no de un Derecho natural y suprapositivo que el Ordenamiento vigente debe o no asumir, es decir, si el Derecho se limita a reflejar la realidad histórica y social de cada momento. A tal efecto, realiza las siguientes consideraciones:

a) La histórica: En este aspecto se aprecia la índole cambiante de su fundamento y naturaleza, según se pasaba de un Estado absoluto al liberal y de este al social y

democrático de Derecho. Ello se percibe en algunos derechos, como el de la propiedad, asociación, participación política.

b) La teórica: La concepción teórica separa con nitidez, de un lado, elementos antropológicos y axiológicos que subyacen al sistema constitucional de derechos, y de otro, el elemento jurídico que impulsa a ocuparse de un derecho cuando integra efectivamente el referido sistema, y en caso contrario, busca razones a favor de su inserción o no en el mismo.

1.2.3. Etapas de la positivización jurídica de los derechos humanos

Para Fernández de Daniels (2006, 54) los derechos humanos se dividen en etapas:

I Etapa de la legalización: implica la consagración de los derechos en leyes para protegerlos de la arbitrariedad monárquica.

II Etapa de la constitucionalización: implica la consagración de los derechos en la Constitución para protegerlos de las arbitrariedades legislativas o ejecutivas y las ampara a través del poder judicial. Comprende desde el siglo XVIII hasta principios del XX; se divide en dos grandes corrientes ideológicas: la liberal, que tiene por objeto las libertades personales, y la social, donde se asegura además los derechos sociales, económicos y culturales incluidos en la Constitución de cada Estado.

III Etapa de la internacionalización: implica el reconocimiento internacional del deber de los Estados en el respeto y la garantía de los derechos humanos con la creación y desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Organización de los Estados Americanos (OEA), así como la adopción de instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, como el nacimiento de la Declaración Interamericana

de Derechos Humanos (DIDH), como una nueva etapa o norma del Derecho Internacional Privado (DIP).

Cabe destacar que en materia de salud el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado:

“...los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular, absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos los presos, detenidos, los representantes de la minoría, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos...”.

Todo ello, como consecuencia del efecto vertical de los Estados y las obligaciones en derechos humanos. En una sentencia de fecha 29 de julio de 1998, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso: Velásquez Rodríguez, se determinó la obligación del Estado en asegurar, garantizar y proteger la efectividad de los derechos humanos con todos los medios a su alcance. Al respecto, expresa la referida sentencia:

“Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.

Ahora bien, dentro del estudio de los derechos humanos resulta de interés comentar la interpretación que al efecto realizó la doctrina extranjera, al advertir que estos derechos son “autoejecutables”, lo que implica que pueden ser invocados directamente por los individuos ante los tribunales internos, así lo ha señalado Fernández de Daniels (2006, 61), quien a su vez cita a Cecilia Medina, la cual fundamenta su criterio basada en el artículo 22 del texto fundamental venezolano, que al respecto establece:

“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no

figuren expresamente en ellos. La falta de ley o reglamento de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

1.2.4. Características de los derechos humanos

Fernández de Daniels (2006, 65) señala que una de las características de los derechos humanos es su carácter irreversible, lo que significa que una vez conquistados o, mejor aún, reconocidos, no podrán ser derogados o suprimidos del catálogo de derechos. Por otra parte, Piza y otros autores citados por la referida autora señalan que el Derecho Internacional de los derechos humanos es creado por los Estados y, en consecuencia, no los puede desconocer, por su propia naturaleza, pues contiene estipulaciones a favor de terceros a los que se les reconoce derechos derivados de la intrínseca dignidad.

Es decir, los derechos no pueden estar a favor de los Estados ni a disposición de estos; todo ello, por estar amparados en el principio elemental de que la suerte de una relación bilateral no debe estar en manos de una de las partes. Argumentan los mismos autores que probablemente esa sea la razón estructural para explicar que el Derecho internacional de los derechos humanos sea de orden imperativo (*iuscogens*) y no de orden dispositivo.

1.2.5. Criterios de interpretación de los derechos humanos

El estudio de la incorporación del Derecho internacional en el Derecho interno resulta de interés para esta investigación, cuya finalidad es conocer las reglas de interpretación de los tratados sobre derechos humanos. En ese sentido, ha de señalarse que pasan por dos etapas al Derecho interno. La primera, consiste en la toma de posición frente al Derecho internacional, bien sea desde una perspectiva monista o una dualista, y la segunda se cumple con el establecimiento de la jerarquía de la fuente en la que cada Estado le asigna un valor, bien de rango supra constitucional, o bien de rango supra legal

o legal. Al respecto, se explican brevemente ambas tesis, bajo el enfoque doctrinal de Rey Cantor (2007, 96):

1. **Tesis Monista:** Bidart Campos, citado por Rey Cantor, afirma:

“... que entre el derecho internacional y el derecho interno existe unidad de orden jurídico, y por ende unidad en el sistema de fuentes. Las fuentes en el derecho internacional son automáticamente y por sí mismas fuentes del derecho interno, con lo cual el derecho internacional penetra y se incorpora directamente en el derecho interno”.

Cabe destacar que esta tesis fue propuesta por la escuela de Viena que surgió en el período entre guerras (1918-1938), cuyo mayor exponente fue Hans Kelsen, citado por Rey Cantor (2007, 97), quien haciendo uso de la doctrina relativa a la estructura jerárquica del Ordenamiento jurídico (pirámide normativa), expresó:

“... las normas jurídicas no emanan de una voluntad, sino de otra norma superior. Las normas integradas de cualquier orden jurídico se presentan en un Stufenbau –construcción escalonada-, en la que las normas inferiores reciben su fundamento de validez en otras superiores, hasta llegar a la Grundnorm, o regla fundamental, de cada ordenamiento”.

Significa que las normas que integran el orden jurídico de un Estado se encuentran ubicadas escalonadamente de abajo hacia arriba, en forma piramidal, por lo que las normas inferiores reciben su fundamento de validez de otras superiores hasta llegar a la regla fundamental de cada Ordenamiento (Miaja de la Muella, citado por Rey Cantor, 2007, 97).

Hans Kelsen, citado por Rey Cantor (2007, 98), argumentó sobre el monismo de la siguiente forma:

“El derecho internacional y el derecho nacional no pueden ser sistemas distintos e independientes entre sí, si las normas de ambos sistemas son consideradas válidas para el mismo espacio y el mismo tiempo...”

La voluntad del Estado, que es la razón para la validez de su derecho, es también la razón para la validez del derecho internacional. Si el derecho internacional para un Estado es válido, será válido porque el Estado tiene esa

voluntad y esa voluntad se manifiesta en su tácito o expreso reconocimiento del derecho internacional...”.

Siguiendo con la misma referencia, Jiménez de Arechaga considera que existe una interconexión entre ambos sistemas jurídicos, en la que se admite la posibilidad de una incorporación automática y una aplicación directa de las normas de Derecho internacional por los tribunales judiciales, así como por las autoridades administrativas internas.

Por otra parte, para Miaja de la Muella, previamente citado, el monismo se presenta de dos formas, y al respecto expresa:

“El Derecho internacional posee su norma fundamental en una del derecho interno de cada Estado, en cuyo caso existiría una primacía del Derecho interno sobre el internacional, o por el contrario, la norma fundamental de cada Ordenamiento interno pertenecería al Derecho internacional, lo que supondría la subordinación al Derecho internacional de los Derechos internos”.

2. Tesis dualista: Sus mayores exponentes son el alemán Trieppe y el italiano Dionisio Anzilotti. Según Bidart Campos, citado por Rey Cantor (2007, 93), hay dualidad de órdenes jurídicos e incomunicación entre ambos; cada uno posee su propio sistema de fuentes, por lo que las del Derecho internacional no funcionan directamente como fuentes del Derecho interno. Al respecto, expresa:

“... para que se opere la incorporación del primero al segundo, hace falta una fuente interna de recepción al derecho internacional. La fuente de derecho interno hace de filtro para dejar pasar al derecho internacional, y en ese tránsito produce la novación o conversión del derecho internacional en el derecho interno”.

Para la tesis sostenida por Bidart Campos, tanto el Derecho internacional como el derecho interno conforman dos Ordenamientos jurídicos independientes, cada uno con su propio sistema de fuentes, separados, sin comunicación y sin relación de dependencia y por esta razón ni se confunden ni se presentan conflictos entre ellos.

1.2.6. El derecho de acceso a la justicia

Según Jesús Casal (2008, 18), la noción de acceso a la justicia ha sido elaborada con el aporte de diversas disciplinas: la sociología jurídica, el derecho constitucional, el derecho procesal y el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que puede

inferirse, en primer lugar, la riqueza de su contenido y, en segundo lugar, la no conformación con una exposición puramente normativa.

El mismo autor ha señalado que el acceso a la justicia es, en su acepción más general, disponer efectivamente de instituciones destinadas a la protección de los derechos fundamentales y a la resolución de diferentes conflictos de manera oportuna y dentro del Ordenamiento jurídico.

Dentro de esta perspectiva, el acceso a la justicia determina la defensa de los derechos subjetivos y de los humanos en particular, asimismo, se considera un requisito para una auténtica garantía jurídica. Cabe destacar que el estudio del acceso a la justicia presupone múltiples relaciones entre éste y la equidad.

En el acceso a la justicia desde la óptica de la equidad no puede pasar inadvertida la exigencia de que para lograr una justicia social se requiere de un compromiso de la acción de los órganos del Estado en relación con sus atribuciones y competencias. Para el autor en comento, una de las funciones del sistema de justicia es proporcionar la garantía de los derechos fundamentales, estos pierden su carácter de tales si no es dable acudir a la autoridad independiente, facultada para asegurar el efectivo cumplimiento de los mismos. La garantía judicial de los derechos es la prueba definitiva de la real existencia de un régimen de libertad en un Estado social y democrático de Derecho, los cuales, lejos de ser simples declaraciones con valor retórico, se revisten de garantías.

Según Jesús Casal (2008, 22), el acceso a la justicia es:

“La disposición de facultades y canales institucionales que permiten el más amplio goce de la libertad humana hasta el punto de llegar a traducirse en una forma de participación en asuntos públicos a través de acciones populares, colectivas o de clase, incoadas en defensa de intereses generales, difusos y colectivos”.

CAPÍTULO II

**LA MALA PRÁCTICA MÉDICA DESDE LA
PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

CAPÍTULO II

LA MALA PRÁCTICA MÉDICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1. Derechos más directamente relacionados con la vida y la integridad de las personas

Sostiene Torres Del Moral (2010, 2) que a la hora de argumentar jurídicamente sobre la vida se observan las dificultades de su calificación y, en ese sentido, el Tribunal Constitucional español no encontró un término preciso para definirla en sentencia que dictó sobre la *Ley Orgánica de despenalización de algunos supuestos de interrupción del embarazo*. La denomina derecho, valor superior y central del Ordenamiento, valor jurídico fundamental, *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos, entre otros.

Singularmente, prosigue el autor que la *vida consiste en vivir* y el contenido esencial del bien vida es que *siga habiéndola* y el derecho a la vida *se cifra en poder seguir viviendo sin que nada lo impida* (negritas nuestras). En una primera conclusión, el autor señala que de manera aparentemente simplista el contenido esencial del derecho a la vida coincide con su nudo ejercicio. Vale destacar que el contenido esencial de un derecho es aquello que el derecho protege, y el derecho a la vida protege la *vida misma*.

Coherente y fundamentalmente vinculado con esta investigación, el autor afirma lo siguiente: "... todos los derechos tienen límites y su ejercicio admite grados, pero no puede decirse lo mismo del bien vida, respecto de la cual no hay limitación o graduación: o hay vida o no la hay, sin término medio posible".

Expresa, por otra parte, que lo anterior es algo que sucede con otros derechos, pero no con todos, y cita como ejemplo el derecho a la propiedad (con excepción de la propiedad horizontal), cuyo objeto puede ser limitado, multiplicado o dividido, incluso mutado en una compensación económica, mediante el instituto de expropiación forzosa, pero el derecho no se altera en sí mismo; es decir, prosigue el autor, se altera la propiedad-objeto, pero no la propiedad-derecho. Afirma igualmente que con el derecho a la integridad física se presenta un planteamiento similar y es que el *objeto integridad física* puede ser deteriorado, reducido

o mutilado, pero el *derecho a la integridad* sigue consistiendo en lo mismo: en poder seguir teniéndola y exigiéndola en lo que vaya quedando de ella; y concluye en que el derecho no es menor porque su objeto se reduzca.

Por otra parte, señala Torres Del Moral (2010, 2) que con los derechos cuyo objeto es inmaterial, como, por ejemplo, la libertad de expresión, se presenta una faz diferente, *la opinión se tiene o no se tiene*, no se puede dividir ni mutilar, en cambio sí se puede limitar la libertad de expresarla. Del mismo modo, indica, lo que acontece con el derecho a la vida es que no se acopla bien a la apología anterior. Al respecto, expresa:

“La vida no es susceptible de fraccionamiento ni de limitación; no hay más o menos vida: hay vida, y cuando deja de haberla, no hay nada que se le parezca. Es tal la identidad de la vida-objeto con el titular de la vida-derecho que, mientras hay vida-objeto, hay titular y derecho a la vida; viceversa: mientras hay titular, hay objeto y, por tanto, derecho a que siga habiéndolo (objeto y titular), siendo como son ontológicamente inseparables”.

Ahora bien, de las consideraciones anteriores, sobre el derecho a la vida, el autor resalta la carencia de una sólida fundamentación teórico-jurídica del referido derecho, por lo que esta carencia contrasta con la suma importancia de su objeto.

2.2. Derecho a la salud

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contempla en su artículo 12.1 el derecho a la salud, al respecto expresa: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. La salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos humanos”. (Corte Suprema de Justicia de la nación argentina, 2010, 207). Cabe destacar que el referido Pacto contiene el artículo más exhaustivo del Derecho internacional sobre el derecho a la salud.

Existen numerosos instrumentos de Derecho internacional que reconocen el derecho del ser humano a la salud. Al respecto:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos, que en el artículo 25, párrafo 1º, establece: “...toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure,

así como a su familia, la salud y en especial el vestido, vivienda, asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

- Convención Internacional sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial, en el artículo 5, inciso “iv” del apartado “e” reconoce el derecho a la salud y en ese sentido, expresa: “El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales”.

- La Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer, en el artículo 11, inciso “f”, establece: “El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción”.

- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en el artículo 24 expresa: “...el disfrute de todo niño al más alto nivel posible de salud...”.

El derecho a la salud está estrictamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos, como son: la vida, la dignidad humana, vivienda, alimentación, no discriminación, igualdad, acceso a la información, vida privada, entre otros.

El anexo presentado en la obra de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretaría de Jurisprudencia Argentina (2010, 208), fuente de esta información, señala que la Tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, al elaborar el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no adoptó la definición de salud que contempla el preámbulo de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que concibe a la salud como “un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia o afecciones de enfermedades”; pues la referencia en el párrafo 1 del citado artículo 12 del Pacto es: “...*al más alto nivel posible de salud física y mental*”.

Cabe destacar que el derecho no se limita a la atención de la salud, sino que abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promuevan las condiciones de las personas a llevar una vida sana, haciendo extensivo el derecho

a factores determinantes básicos en la salud, como la alimentación, nutrición, vivienda, agua limpia y potable, condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguro.

Una vez más, coherente con el objeto de esta investigación; puede observarse que en la búsqueda para lograr mejorar las condiciones de vida y salud de los seres humanos está el dotarlos de factores o condiciones ambientales y socioeconómicos, menospreciando que otro de los factores de riesgo para la vida y la salud de las personas es someterse a tratamientos médico–quirúrgicos sin la debida previsión legal, que haga posible una reclamación ante cualquier eventualidad, antes, durante o después del acto médico.

Dentro de este contexto, se hace referencia a un caso presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el que se vulneró el derecho a la vida y a la integridad personal, consagrado en los artículos 4.1, 5.1 y 5.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, los cuales están relacionados con la obligación de respetar y garantizar los derechos establecidos en el artículo 1.1 de la referida Convención. Al respecto:

“Caso: Ximenes Lopes contra Brasil

Sentencia: 04 de julio de 2006

Antecedentes:

Damião Ximenes Lopes fue internado en un Centro de Atención Psiquiátrico privado de Brasil para recibir tratamiento médico-psiquiátrico. El centro de salud operaba dentro del marco del sistema público del referido país. Falleció a los tres (3) días de internado por carecer de las condiciones y atención médica necesarias al estado de salud que presentaba”.

El proceso penal que se inició para investigar, identificar y sancionar a los responsables del caso, se encontraba pendiente, para entonces habían transcurrido seis (06) años, aún en la primera instancia. Asimismo, la acción civil de resarcimiento que buscaba una compensación por los daños tampoco había sido resuelta para el momento de dictar sentencia la Corte Interamericana.

Luego de presentada la denuncia ante la Comisión Interamericana y habiendo reconocido el Estado responsabilidad internacional respecto a algunas cuestiones, se presentó demanda ante la Corte Interamericana, la cual resolvió que el Estado Brasileiro vulneró el

derecho a la vida y el derecho a la integridad personal del ciudadano Damião Ximenes Lopes, consagrados en los artículos 4.1, 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos establecidos en el artículo 1.1 de la referida Convención. Igualmente, vulneró los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial de los familiares de Damião Ximenes Lopes, consagrados en los artículos 5, 8.1 y 25.1 de la citada Convención Americana.

“Artículo 1. Obligación de respetar los derechos.

1. Los Estados Partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o

de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

“Artículo 4. Derecho a la vida.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

“Artículo 5. Derecho a la integridad personal.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Para resolver, la Corte Interamericana se planteó las siguientes cuestiones:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Obligaciones de los Estados partes.
- Obligaciones de Entidades privadas.
- Víctimas.
- Derecho a la vida.
- Derecho a la salud.
- Persona en situación de vulnerabilidad, discapacidad.
- Acceso a la justicia.
- Tutela judicial efectiva.
- Justicia pronta.

Dentro del mismo contexto se analizará el estándar aplicado por la Corte Interamericana para resolver el caso y, en ese sentido, se observa:

“Los Estados están obligados a respetar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre ejercicio de los derechos humanos, extendiéndose esa obligación a todos los niveles de la administración, así como a otras instituciones a las que los Estados delegan su autoridad, por lo que la acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra en el supuesto de

responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en su nombre.

- El artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino, además, el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho.

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, que forma parte del *iuscogens*, bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la prohibición imperativa de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

- Dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, estos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud, por lo que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado. (Negritas nuestras).

- Los Estados, según el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tienen la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea cumplido y puesto en práctica, y que tal legislación no se transforme en una mera formalidad, distanciada de la realidad, dentro de lo cual se incluye la obligación de crear un marco normativo adecuado para establecer los parámetros de tratamiento e internación a ser observados por las instituciones de atención de salud.

- Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial. Dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando las personas con discapacidad mental ingresan a instituciones de tratamiento psiquiátrico, en razón del desequilibrio de poder existente entre los pacientes y el personal médico responsable por su tratamiento, y por el alto grado de intimidad que caracterizan los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas.

- De la obligación general de garantía de los derechos a la vida y a la integridad física, nacen deberes especiales de protección y prevención, los cuales, en el presente caso, se traducen en deberes de cuidar y de regular. Los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad, entre las que se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas

que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición.

- Los Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental, comprensivo de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales, garantizando que todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas.

- Los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de las Naciones Unidas ofrece una guía útil para determinar si la atención médica ha observado los cuidados mínimos para preservar la dignidad del paciente.

- Cualquier acción que interfiera con la capacidad de un paciente de tomar decisiones o que restringe su libertad de movimiento —sujeción— debe ser empleada como medida de último recurso y únicamente con la finalidad de proteger al paciente, o bien al personal médico y a terceros cuando el comportamiento de la persona en cuestión sea tal que ésta represente una amenaza a la seguridad de aquéllos, aplicándose el método de sujeción que sea menos restrictivo, después de una evaluación de su necesidad, por el período que sea absolutamente necesario, y en condiciones que respeten la dignidad del paciente y que minimicen los riesgos al deterioro de su salud.

- Los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas, ya que se considera violado el derecho a la integridad psíquica y moral de algunos familiares de las víctimas con motivo del sufrimiento adicional que estos han padecido como producto de circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos. (Negritas nuestras).

- Los Estados tienen el deber de investigar las afectaciones a los derechos a la vida y a la integridad personal como una condición para garantizar tales derechos, como se desprende del artículo 1.1 de la Convención Americana.

- El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece como uno de los elementos del debido proceso que los tribunales decidan los casos sometidos a su conocimiento en un plazo razonable, que se aprecia en relación con la duración total del procedimiento, tomando en consideración tres elementos: a) la

complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales”. (Negritas nuestras).

De acuerdo con el texto del fallo del caso comentado, la Corte Interamericana ha fijado y reiterado posición respecto al derecho a la vida, a la salud y a la integridad personal, los cuales se consideran relevantes para afirmar y respaldar el tema objeto de investigación. Al respecto, considera la Corte en relación al derecho a la vida y a la integridad personal, lo siguiente:

“1. El derecho a la vida y a la integridad personal

Esta Corte reiteradamente ha afirmado que el derecho a la vida es un derecho humano o fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. (Negritas nuestras).

En virtud de este papel fundamental que se asigna al derecho a la vida en la Convención, la Corte ha afirmado en su jurisprudencia constante que los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable, y en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. En esencia, el artículo 4 de la Convención garantiza no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino además, el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir las violaciones a este derecho.

A su vez, la Convención Americana reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la prohibición imperativa de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Asimismo, respecto al derecho de los pacientes, el mismo fallo ha realizado las siguientes afirmaciones, en relación con el respeto por la dignidad humana y la autonomía

de las personas con discapacidad mental para obtener una atención médica eficaz; en ese sentido ha señalado:

“Los Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental. La anterior obligación se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales.

La Corte considera que todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas...”

Por otra parte, la Corte Interamericana ha afirmado que:

“La obligación de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención no se agota con la existencia de un orden normativo, dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que, además, comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia en la realidad de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, y precisamente una de esas condiciones para garantizar efectivamente el derecho a la vida y a la integridad personal es el cumplimiento del deber de **investigar las afecciones de los mismos**, el cual se deriva del artículo 1.1 de la Convención Americana en armonía con el Derecho sustantivo a ser comparado, protegido y garantizado”.

Las anteriores consideraciones llevaron a la Corte Interamericana a concluir que el Estado incurrió en responsabilidad internacional por incumplir, en el caso mencionado, con el deber de cuidar y prevenir la vulneración de los derechos a la vida y a la integridad física, así como su deber de regular y fiscalizar la atención médica del ciudadano Damião Ximenes Lopes. El deber de cuidar y prevenir la vulneración del derecho a la vida y a la integridad personal, así como el deber de regular y fiscalizar la atención médica garantizadas en la Convención constituyen deberes especiales derivados de la obligación de garantizar los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En el caso *in comento* el Estado incumplió con su deber especial de

respeto, prevención y protección consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana.

2.3. Bioética y Bioderecho

A partir de la década de los setenta del siglo XX, el término Bioética comenzó a ser utilizado por diversos autores, a fin de hacer referencia a la relación que debía existir entre los nuevos avances científicos de la medicina y la biología, así como a un conjunto de principios y valores éticos sobre los que nunca existió acuerdo. (Gómez Sánchez y Rebollo Delgado, 2008, 233).

Actualmente, se concibe a la Bioética como un instrumento válido para la toma de decisiones ante conflictos y problemas existentes. Estas normas bioéticas permitieron a muchos médicos y otros profesionales, tomar decisiones sobre la vida humana y resolver cuestiones concretas en su ámbito profesional, conforme a los valores y principios fundamentales en criterios de razonabilidad y justicia.

Posteriormente, el concepto de Bioética no sólo fue utilizado en el estricto sentido de decisiones sobre el ser humano, sino que se extendió y se aplicó también en problemas relacionados con otros organismos vivos y en la pervivencia y cuidado de los recursos naturales como: ecología, biotecnología, biodiversidad, bioseguridad, investigación, entre otros. De esta manera, se pretendió establecer un marco de referencia ético, aceptado por un amplio número de personas, sobre cuestiones y problemas concebidos como consecuencia de nuevos conocimientos biomédicos y biotecnológicos.

Fue así como en 1979 Tom Beauchamp y James Childress, citados por Gómez Sánchez y Rebollo Delgado (2008, 234), enunciaron cuatro principios de la Bioética: autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia. Los autores afirman que la necesidad de regular los importantes aspectos que nacieron como consecuencia de los avances de la medicina y la biología, como la reticencia de los investigadores y de los operadores biomédicos a ver

regulada su actividad, mediante normas jurídicas y una mayor comprensión hacia las normas éticas, fueron factores determinantes en la extensión del término Bioética.

La complejidad de los problemas derivados del conocimiento biomédico, que en muchos casos carecían de regulación jurídica, permitió un acuerdo interdisciplinar, que encontró una feliz acogida en la Bioética; esto trajo como consecuencia que progresivamente aquellos problemas adquirieran nuevos perfiles, que demandaron una ordenación de distinta naturaleza, una regulación jurídica que hoy se conoce como Bioderecho, el cual es definido por los autores citados como “un conjunto de normas de cualquier naturaleza, jerarquía, competencia y procedencia, relativas a la vida y a las condiciones de desenvolvimiento de la misma”.

Siguiendo con la misma referencia, revelan que existe una diferencia entre un Bioderecho de producción interna (de los diferentes Estados) y un Bioderecho internacional, y dentro de este último, mencionan los siguientes organismos: Consejo de Europa de 1997 y los Derechos Humanos de 1997, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de 2003 y la Declaración Universal de Bioética de Derechos Humanos de 2005.

Dentro de este contexto, comentan que el progresivo reconocimiento de la libertad del individuo para tomar decisiones autónomamente, que estén relacionadas con su salud, con su integridad física o su bienestar, han sido factores que han contribuido a la creación de cuerpos normativos, toda vez que la individualidad, así como la valoración de la misma, han hecho variar el punto de equilibrio de toda construcción Bioética; de manera que un bien que nació como método o instrumento del profesional, ahora requiere de una redefinición de su propio concepto, que permita integrar la voluntad de la persona.

La Bioética ocupa un lugar relevante en el ámbito internacional, cuyo objetivo primario es la consecución de acuerdos, de marcos de actuación para los Estados, de recomendaciones, así como de buenas prácticas que puedan formalizarse en

instrumentos internacionales que incorporen intensas obligaciones jurídicas para los Estados, como tratados y convenios, entre otros.

2.4. Derecho a la integridad personal

Alegre Martínez y Mago Bendahán (2007, 89) consideran que el daño moral está muy relacionado con el daño a la vida y a la salud, enfocándolo desde la lesión a la víctima como a sus familiares, por los afectos y los sentimientos. Estos derechos de la personalidad son “aquellos cuya lesión pueda afectar al libre/pleno desarrollo de la personalidad como concreción y exigencia de la dignidad humana”. Por otra parte, expresan que “hoy no caben las parcelas aisladas del conocimiento, sino el enfoque holístico global e integrador de los saberes, que reclama un riguroso tratamiento científico”.

Dentro de esta perspectiva, afirma Torres Del Moral (2010, 8) que el derecho a la integridad física es, a su vez, corolario lógico del derecho a la vida y derivación directa de la dignidad de la persona. Sostiene que el último aspecto se une con el derecho a la integridad moral, el cual se ve vulnerado cuando el “trato recibido por una persona provoca humillación”; y, en ese sentido, indica que la Constitución española no hace referencia a la integridad psíquica o anímica que se padece cuando el trato va dirigido a alterar el funcionamiento de la mente y los códigos emocionales, pero sí se ha pronunciado sobre ello la Carta de derechos de la Unión Europea.

Argumenta, por otra parte, que lo normal es que estas dimensiones humanas (psíquicas, físicas y morales), no se vean afectadas por separado: cuando sufre la

integridad física es inevitable que lo hagan las otras dos, como también van unidos entre sí los sufrimientos psíquico y moral.

2.5. La individualidad constitucionalizada y su fundamento en la dignidad de la persona. Los derechos innominados

La individualidad está definida, según el Diccionario de la Real Academia Española (2001), como: “Cualidad particular de alguien o algo por la cual se da a conocer o se señala singularmente”.

Para Alegre Martínez y Mago Bendahán (2007, 27), la estrecha relación entre persona-individuo es el nexo que une a una serie de derechos y libertades conocidos como derecho de la personalidad; y al reconocerlos constitucionalmente se están reconociendo una serie de bienes jurídicos inherentes a la individualidad de las personas, como la vida y la integridad, el honor, la intimidad, la imagen, los cuales pertenecen a la esfera más privada o íntima de la persona, y todos se consideran indispensables para el desenvolvimiento personal y social.

La conexión entre los referidos bienes y derechos encuentra su fundamento en la dignidad humana, así lo ha expresado el Tribunal Constitucional Español en sentencia N° 231/1998 de fecha 2 de diciembre. En este sentido, la autora Marina de la Velgoma, citada por Alegre Martínez y Mago Bendahán (2007, 28), considera a la dignidad humana como “un gancho trascendental del que colgar todos los derechos y deberes”, por lo que de su reconocimiento dependen la libertad, la igualdad y la justicia. Por su parte, García García, citado por los mismos autores, la concibe como valor superior y criterio integrador del sistema de los derechos fundamentales.

No obstante, explican los referidos autores que, junto con los derechos previamente mencionados, también han de considerarse todos aquellos derechos que a pesar de no estar contemplados taxativamente en la Carta Fundamental, son susceptibles de generar sufrimiento frente a nuevas formas de agresión, ya que la protección jurídica no se limitaría a los derechos y deberes, sino que se extendería a los intereses, las costumbres, los valores socio-culturales y a los sentimientos, conectados todos con la idea de daño moral. De manera que se está en presencia de un amplio elenco de derechos contenidos en una lista

abierta, en la que pueden incorporarse derechos que, aun cuando no estén expresamente recogidos en la Constitución, resultan igualmente dignos de protección por ser inherentes al ser humano. Estos derechos han sido denominados por los autores referidos como *derechos innominados*.

Dentro de esta perspectiva, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 22, contempla la protección de los derechos no expresamente consagrados en ella. Al respecto:

“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

Alegre Martínez y Mago Bendahán (2007, 93), bajo un enfoque doctrinal entre España y Venezuela, consideraron lo siguiente en relación con el derecho a la vida y a la integridad como derechos de la personalidad. En primer lugar, han señalado que, evidentemente, ambas constituciones los reconocen; la Constitución española en su artículo 15 reconoce el derecho a la vida en estos términos: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...”; por su parte, la Constitución venezolana lo consagra tanto en el Preámbulo como en el artículo 43: “El derecho a la vida es inviolable...”.

Ahora bien, la misma fuente bibliográfica cita a Cenedesi Bom, la cual hace referencia a una relación entre el derecho a la vida y el principio de indivisibilidad de los derechos y, en ese sentido, afirma:

“...una protección amplia de la vida, en todas sus fases y momentos, no sólo tiene que ver con aspectos vinculados a los derechos civiles y políticos, sino también a los de contenido económico, social o cultural o prestacional, que han de garantizar el derecho a vivir con un nivel adecuado de vida, o sea, una vida digna”.

Como han manifestado Alegre Martínez y Mago Bendahán (2007, 93), los derechos a la vida (Artículo 15 de la Constitución española) y a la integridad (Artículo 46, numeral 1, de la Constitución venezolana) ambos van acompañados del inciso que expresa:

“sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Consideran los autores que bien podría llamarse “un derecho genérico” o un “supraderecho” de la personalidad, porque la lesión de cualquier derecho de la personalidad supone un trato inhumano o degradante y un daño moral contrario a la dignidad humana.

Como puede observarse, los autores en estudio hacen mención del derecho a la vida, siempre dentro del marco de los derechos de la personalidad, no obstante, refieren la protección a la vida, pero dentro de lo que es una vida digna, privada, y, en ese sentido, afirman:

“...los derechos a la vida y a la integridad física y moral [...] el derecho a la vida privada y a una vida digna [...] el derecho a la vida sin cuyo reconocimiento del respeto y garantía todos los demás derechos quedan reducidos a elementos ornamentales en las constituciones”.

Ahora bien, de acuerdo con el tema objeto de estudio, se tiene que la protección al derecho a la vida es fruto de un despliegue normativo legal, constitucional, y además consagrado en declaraciones, convenciones y pactos internacionales, pero, de manera general, la protección siempre es respecto a **“las penas, tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes”**.

Sin duda, ha de observarse que la protección no contempla los casos de daño, perjuicio, lesión, violación, producidos como consecuencia del error humano, por la aplicación de una técnica o un conocimiento, así como la inobservancia de estándares, leyes y reglamentos, que pudieran erigirse en negligencia, impericia, imprudencia, que vulneraren o amenazasen con vulnerar la vida y la salud de las personas, produciendo, en consecuencia, un evento que los incapacite y/o prive de la vida, por lo que todos los demás derechos podrían resultar quebrantados, infringidos, fragmentados por un ser humano con igual condición de individuo y ciudadano, como es quien lo produce. Se pregunta, entonces ¿cómo queda la dignidad humana en estos casos?

Resulta de interés reflexionar sobre la actitud omisiva, sumisa y conformista, en que se encuentra el Estado frente a situaciones de flagrante violación de los derechos humanos de la vida y la salud de las personas, toda vez que es difícil demostrar directamente, o a través de un procedimiento específico y expedito, el daño o perjuicio

producido por un profesional negligente e imprudente, transgresor de toda observancia de norma o reglamento que la *lex artis* le indica. En estos casos, se cuestiona el hecho de faltar esta protección al derecho a la vida, o dicho de otro modo, de faltar ese complemento en la regulación jurídica del derecho a la vida y a la salud, se le atribuye al legislador un incumplimiento en su deber de legislar, y en consecuencia, se está dentro de lo que en la doctrina se conoce como omisión legislativa, perfil este desarrollado más adelante en esta investigación.

Cabe afirmar que todas estas carencias, ausencias o insuficiencias del sistema de protección de los derechos fundamentales en un Estado social y democrático de Derecho atentan contra la vida, la salud y el libre desenvolvimiento de la personalidad, y, en consecuencia, contra la dignidad humana. Pues el derecho al libre desarrollo de la personalidad es “cortado y coartado” por quien sin razón ni argumento o excusa termina con los planes y proyectos de las personas víctimas; en cuyos casos el acceso a la justicia se vuelve inaccesible, lo que refleja un total desinterés de una justicia que haga como suyo el dolor ajeno.

Por consiguiente, es válido recordar que los derechos inherentes a la dignidad del individuo le pertenecen sólo por el hecho de nacer y formar parte de una sociedad, sus adjudicaciones devienen del ser supremo y no son consideraciones graciosas del Estado, su obligación no es otra que reconocerlos, protegerlos y garantizarlos debidamente. Ha de señalarse, igualmente, que las lesiones que se le causen a la vida y a la salud de las personas también afectan su patrimonio, toda vez que en muchas ocasiones tienen que gestionar económicamente sus bienes a fin de cubrir gastos para salvar la vida o reparar las lesiones para seguir disfrutando de una vida sana, digna y feliz, como bien lo consagran los postulados constitucionales y el elenco de derechos contenidos en convenios y pactos internacionales.

Con fundamento en lo antes expuesto afirma Cenedesi Bom, citada por Alegre Martínez y Mago Bendahán (2007, 91):

“La vida es el mayor bien del que goza el ser humano. Es un derecho que no puede verse afectado en ningún caso por razones ajenas a la propia voluntad. Es decir, que el disfrute o goce de este derecho es inherente a toda persona y no puede estar sujeto a privaciones. Por ello es evidente que para poder disfrutar de

una vida digna se requiere una serie de condiciones básicas que un Estado Democrático de Derecho está obligado a proporcionar y mantener...”

2.6. El médico ante el derecho

El autor español Romeo Casabona (1990, 7) considera que las normas jurídicas contienen un efecto social más inmediato que las normas éticas, refiriendo como éticas a: la religión, juramento hipocrático, código deontológico, congresos médicos internacionales, entre otros. Sostiene que, en muchos casos, el Derecho no ofrece una solución clara y menos aún específica a las muchas interrogantes que debe resolver el médico antes de decidirse a actuar, toda vez que la Medicina ha alcanzado considerablemente una amplitud en la utilización de medios y procedimientos, cada vez más eficaces y perfeccionados; lo que implica, por una parte, mayor conocimiento y técnicas, y por la otra, la participación de una pluralidad de profesionales especializados, haciéndose cargo parcialmente del paciente en cada una de sus facetas.

Esto ha significado, prosigue el autor, que la Medicina se ha convertido en una actividad compleja e interdependiente, lo que trae como consecuencia que el médico se encuentre en situación difícil de valorar cuando requiere tomar decisiones; y cita como ejemplo cuando se pregunta: ¿Qué criterios ha de utilizar antes de decidir la oportunidad de un tratamiento, si conoce los riesgos que implica, algunos de segura producción, por ejemplo, esterilidad a causa de radiaciones continuadas, de toxicidad de ciertos medicamentos con riesgos de lesiones orgánicas, como el hígado o el riñón, o la creación de dependencia de productos psicotrópicos?

Considera, por otra parte, el autor citado que las normas jurídicas presentan un constreñimiento externo, generalmente eficaz, y aparecen dispersas en el Ordenamiento jurídico; pero el Derecho no ofrece, en muchos casos, una solución clara, y aún menos específica, para una solución social o científica, por lo tanto, no sería desdeñable una revisión y renovación de la legislación, con el fin de aportar normas justas y definitivas.

Expresa, asimismo, Romeo Casabona (1990, 7) “...la impotencia con que se encuentra el jurista en ciertos casos para ofrecer al médico, no ya la solución

que éste espera, sino ni siquiera una pauta de conducta clara y precisa, ajustada a Derecho”.

Al efecto, se cuestiona tal razonamiento, todo dentro del orden que la ética permite, en el sentido de que el jurista no solo se siente impotente al no poder ofrecer una solución “que el médico espera”, sino que se siente indignadamente impotente al no poder demostrar de una manera expedita, clara y directa, con las pruebas fehacientes y accesibles contempladas en el Ordenamiento jurídico, el agravio, daño, lesión, perjuicio que se cause a la vida y/o salud de un paciente, ante la ausencia de un procedimiento, ley o norma que regule específicamente el proceder, consciente o no, culposo o no, del profesional médico que produce un daño por acción u omisión, y menos aún, solicitar su indemnización por el daño causado.

Para demostrar el daño, se debe comenzar entonces a desentrañar de la norma jurídica todas sus potencialidades, es decir, aplicando la hermenéutica jurídica; iniciando un “largo peregrinar” por todo el Ordenamiento jurídico a fin de buscar una norma que se ajuste, de alguna manera, al caso, para demostrar el menoscabo causado al derecho esencial por naturaleza que tienen los seres humanos, como es la vida y, en consecuencia, su salud.

Especial consideración merece la aplicación de la analogía para proteger y garantizar derechos fundamentales, toda vez que en el Estado social y democrático de Derecho, los derechos se reconocen y garantizan no sólo por estar consagrados expresamente en el texto constitucional, sino también por estarlos implícitamente, como bien lo establece el artículo 22 del texto constitucional patrio, previamente citado.

Ahora bien, retomando las consideraciones del autor Romeo Casabona (1990, 7), que al efecto sostiene, son de primer orden las complicaciones que se le puedan presentar al médico en su quehacer diario como: averiguar el diagnóstico exacto y discernir sobre el tratamiento, el cual asevera que no siempre es fácil. El médico está

sometido también a desaciertos, fallos y errores, a veces consecuencia de las limitaciones que la ciencia ejerce. Argumenta igualmente:

“Al derecho no le interesan esos errores, si vienen respaldados por ese profesional hipotético, acabado de describir: diligente y responsable. El Derecho se ocupa antes que nada, del médico que actúa sin atención, que asume sin interés o dedicación suficientes, tratamientos que superan claramente su capacidad o preparación, siempre que las circunstancias no le impongan otra conducta”.

Llaman la atención las consideraciones realizadas por el autor citado pues el mismo considera que los errores son justificados cuando son cometidos por profesionales médicos diligentes y responsables. Por otra parte, ha señalado que la profesión médica está sometida a complicaciones; es por ello que se considera esa interpretación como una posición de justificación de los errores médicos.

Dentro de este contexto, el artículo 1185 del Código Civil venezolano establece que quien cause un daño a otro está obligado a repararlo, al respecto:

“El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.

Debe, igualmente, reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”.

Como puede observarse, la norma no distingue si quien cause el daño es un profesional calificado o no, diligente y responsable o no.

Por su parte, el artículo 1902 del Código Civil español señala: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño”.

La referida norma tampoco distingue ni califica si quien cause un daño es profesional, y si además es responsable, diligente o no. Es evidente que el autor incurre en una verdadera discriminación y, en consecuencia, en una vulneración al principio de

igualdad, contemplado en ambas legislaciones. Posteriormente afirma Romeo Casabona (1990, 8):

“...el derecho no efectúa ningún tipo de discriminación con los médicos, en el sentido de que les establezca unos patrones de actuación más rígidos, pues son los mismos que los requeridos para cualesquiera otras actividades sociales, profesionales o no, en cuanto impliquen riesgo de menoscabo para ciertos bienes o valores que el Derecho quiere proteger”.

Dentro de este orden, advierte: “...una legislación que proteja eficazmente al paciente frente a las consecuencias de un acto médico irresponsable, constituye un elemento disuasorio y selectivo que tiende a elevar el nivel del ejercicio profesional”. Por otro lado, ha señalado: “porque en una sociedad moderna rige el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley con todo lo que implica”.

De acuerdo con las disquisiciones anteriores, para el citado autor, sólo habrán de responder por los daños que causen aquellos profesionales que actúan con negligencia o desinterés, evidenciándose así una contradicción, pues previamente había afirmado que “el profesional médico está sometido a complicaciones”, a las que añadió que eran “de primer orden”, que “éstas se le pueden presentar al médico en su quehacer diario, por cuanto no es tarea fácil averiguar sobre el diagnóstico, ni discernir sobre el tratamiento”; igualmente afirmó que “los médicos están sometidos a desaciertos, fallos y errores”; evidentemente, esto ha de interpretarse, entonces, como que, a su juicio, cualquier profesional de la medicina puede incurrir en error, pero sólo responderán quienes actúen sin atención, diligencia, ni dedicación, amparándose en una conducta diligente, olvidando así que el daño debe ser reparado, aunque no se haya tenido la intención de haberlo causado.

Por otra parte, sostiene que “al Derecho no le interesan esos errores si vienen respaldados por esos profesionales diligentes y responsables”, por lo que el referido autor realiza una interpretación errónea del principio de igualdad y no discriminación, así como

del proceso, como instrumento para preservar la paz social y acceder a la justicia, y al Derecho, como ciencia.

2.7. Principio de igualdad y no discriminación

Se considera que no sólo alguien es desprovisto de su derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando se atenta contra su voluntad de decidir, es decir, no sólo cuando se irrespeta esa voluntad, sino también cuando esa libertad de actuar, pensar y ser es interrumpida y truncado su libre desarrollo, producto de una negligencia o imprudencia, del error humano y no humano, que le provoque un daño físico, psíquico, moral y espiritual, bien por acción u omisión, como es el caso de los profesionales que tienen la misión de luchar por la vida y velar por la salud de los seres humanos, es decir, cuando se produce una mala práctica médica.

Dentro de este marco, se hace referencia a una Sentencia de fecha 06/07/1998, fallo Nº 322:1393 (Provincia de Santa Cruz, Argentina) en la que se interpuso una demanda por indemnización de daños y perjuicios, sufridos por el fallecimiento de un hijo de la parte actora, producido por una mala práctica médica. El estándar aplicado por la Corte de la Provincia que declaró con lugar la pretensión intentada, fue el siguiente:

“- En los juicios sobre responsabilidad médica la prueba debe versar sobre los actos y omisiones del profesional que demuestre una actividad negligente, imprudente, o la falta de la pericia necesaria, y no sólo sobre el resultado negativo del tratamiento o de la intervención quirúrgica, pues no queda comprometida la responsabilidad si la conducta considerada reprochable no está probada suficientemente.

- Al médico interviniente le es exigible el cumplimiento de los principios y técnicas de su disciplina y la aplicación del mayor celo profesional en la atención del enfermo, pues el recto ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales.

- Para que funcione la responsabilidad médica basta acreditar la impericia profesional y que medie una relación de causalidad entre tal conducta y el daño producido.

- Quien contrae la obligación de prestar un servicio -en este caso, de asistencia a la salud- lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en

función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular.

- El adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple tan sólo con la yuxtaposición de agentes y medios o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y en relación a cada paciente”.

2.7.1. Derecho a la igualdad

Condorcet, filósofo coetáneo de la Revolución Francesa, citado por Torres Del Moral (1998, 82), expuso un concepto de igualdad que parte de la idea de desigualdad; al respecto agrega que esta puede ser natural o institucional. Sostiene que esta segunda es “obra arbitraria de las instituciones sociales” y “consecuencia de las imperfecciones del arte social”, que a diferencia de la primera se hiere al derecho a la igualdad. Afirma, asimismo, que la igualdad es un ingrediente necesario de la libertad, sin aquella no existe esta, como tampoco la paz ni la felicidad.

Cónsono con el Estado social y democrático de Derecho, los valores hoy día se interpretan en normas, en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos, incluido el de Venezuela y, de acuerdo con la línea de pensamiento de Heller, citado por Torres Del Moral (1996, 83), la igualdad es asumida como una función pública, en la cual ha de utilizarse un poder, hasta entonces ajeno: el poder económico, mediante el cual se organiza, dirige y planifica la economía de la sociedad.

Dentro de la perspectiva constitucional comparada, la Constitución española dedica especial atención a la tarea de compensación de desigualdades, bien sean nacionales, institucionales o sociales; y en ese sentido, se explicita la posición constitucional respecto de la igualdad de sectores de la población que han estado siempre social y jurídicamente discriminados. Y en atención a ello, se citan algunos casos en los que la referida Constitución española ordena la no discriminación, como es el caso de las madres por razón de su estado civil; de los hijos, sea cual fuere su filiación, intra o extra matrimonial.

El artículo 14 de la referida Constitución establece, en términos genéricos, la igualdad jurídica, la igualdad ante la ley; en ese sentido expresa: *“Todos los españoles*

son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Como bien señala Torres Del Moral (1996, 85), el término ley en un sentido lato es utilizado como sinónimo de norma de Derecho objetivo, por lo que no es ocioso que esta declaración traiga consigo la prohibición de discriminación. Dicha Constitución amplía su perspectiva para prohibir también la discriminación por cualquier otra circunstancia social o personal. La igualdad puede ser calificada como un "principio" que informa el régimen de los derechos y libertades, pero que en caso de ser llamado como derecho, sería un derecho conexo y no autónomo.

Ahora bien, el citado autor trae a colación nuevamente el pensamiento de Condorcet, quien es uno de los primeros defensores de los derechos de la mujer, y en este sentido, la igualdad es reivindicada sin distinción de sexos; también es uno de los abolicionistas de la esclavitud, pues no hay distinción de razas; por otra parte, defiende la solidaridad humana, fustigando la falacia de predicar la igualdad y la libertad en el propio país y desentenderse del resto del género humano. Al respecto, Torres Del Moral (1996, 91), afirma:

"...muchas veces existe una gran diferencia entre los derechos que la ley reconoce a los ciudadanos y los derechos de los que éstos realmente gozan; entre la igualdad reconocida por las instituciones políticas y la que existe entre los individuos (...) esta diferencia ha sido una de las principales causas de la destrucción de la libertad en las repúblicas antiguas, de las tormentas que las han sacudido, la debilidad que las ha entregado a tiranos extranjeros".

Quedan así contrapuestas la igualdad formal y la real. La igualdad real es uno de los fines que justifican la vida del hombre en sociedad. Al respecto, expresa de nuevo Condorcet: "Habiéndose reunido los hombres en sociedad para el mantenimiento de sus derechos naturales, y siendo estos derechos los mismos para todos, la sociedad debe asegurar a cada uno el disfrute de los mismos derechos". De manera que el disfrute igual de los mismos

derechos es lo que hoy se conoce como igualdad real y efectiva; y es precisamente esta igualdad la que se erige en tarea política positiva de los poderes públicos.

Torres Del Moral (1996, 92) afirma, por su parte, que desde el pensamiento liberal, “una vez abolidos los privilegios, los ciudadanos son iguales”. La ley debe ser general, es decir, igual para todos; no obstante, el mismo autor se pregunta ¿pero es verdad que los hombres son iguales y que interaccionan en condiciones de igualdad? Indica asimismo que se atribuye a Abraham Lincoln, de inclinaciones socialistas, la frase “todos los hombres nacen iguales, pero ésta es la última vez que lo son”.

Colige igualmente que “en un Estado social y democrático de Derecho, el legislador está orientado a la igualdad real y efectiva como fin político”, pues el principio de igualdad equivale a una prohibición de discriminación, y existe discriminación cuando se da arbitrariamente un trato jurídico diferenciado a situaciones iguales, y viceversa. La discriminación comporta arbitrariedad; “la actuación de los poderes públicos frente a las discriminaciones depende de si éstas son producidas con ocasión de la aplicación de normas con rango de ley o se contienen en estas mismas normas”; dicho de otra manera, “si la discriminación es atribuible al legislador o a los demás poderes públicos”.

Dentro de la perspectiva doctrinal venezolana, y sobre esta misma línea, afirma el autor patrio Aponte Salazar (2008, 250) lo siguiente: “No existe conformidad de una cosa con otra en naturaleza, forma, calidad o cantidad, lo que se da son semejanzas o correspondencias que resultan de muchas partes que uniformemente integran el todo”. Sostiene, asimismo, que:

“Cuando en términos de derecho se habla de igualdad, cualquiera sea ella, lo que se expresa es que la norma jurídica no establece diferencia, bajo ningún concepto, respecto a las personas de características similares a quienes les reconoce los mismos derechos y posibilidades”.

Colige igualmente el referido autor que: “La igualdad ante la ley es el derecho de los ciudadanos a que no se establezcan excepciones que excluyan a uno de lo que en idénticas circunstancias se reconoce a otros”.

De las anteriores disquisiciones realizadas por Aponte Salazar (2008, 250), se considera que su posición doctrinal está vinculada con el tema investigado, toda vez que

sostiene, por una parte, el no establecimiento de “excepciones que excluyan a uno de los que en idénticas circunstancias se les reconoce a otros”; y por otra parte, que “la norma jurídica no establece diferencia bajo ningún concepto respecto a quienes les reconoce los mismos derechos y posibilidades”.

2.7.2. Igualdad y no discriminación como derecho de los pacientes

Desde la perspectiva doctrinal comparada, los autores españoles Gómez Sánchez y Rebollo Delgado (2008, 248) sostienen que el reconocimiento del principio de igualdad está concebido como un derecho relacional, esto significa que debe estar presente en todos y cada uno de los derechos reconocidos a los pacientes y también a los médicos. Aseguran, asimismo, que este es, precisamente, su carácter transversal y lo relevante del mismo es, no tanto servir de fundamento a los derechos de los pacientes, sino su necesaria presencia en cada uno de ellos.

En este contexto, afirman que el problema de la desigualdad y la discriminación es complejo en relación con los aspectos biomédicos, por cuanto se precisa la aplicación de recursos económicos, pues es necesario que los beneficios de la investigación, así como las aplicaciones biomédicas, lleguen por igual a toda la población. De manera que la igualdad y la prohibición de discriminación deben estar presentes en la estructura y aplicación de todos los principios y derechos, para asegurar la igualdad fundamental de todos los seres humanos en dignidad y derecho. Por otra parte, sostienen que la igualdad obliga a dar un trato igual a situaciones equiparables y un trato desigual a situaciones diferentes.

2.8. Derecho de los pacientes

Dentro de la perspectiva doctrinal comparada, la legislación española consagra un instrumento legal que regula la autonomía del paciente, así como los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Así, la ley N° 41/2002 de fecha 14 de noviembre contempla, en su exposición de motivos, la importancia de los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales, en las cuales se refleja el interés demostrado por las organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas (UNESCO) o la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Unión Europea o el Consejo de Europa, que impulsan declaraciones, o

en otros casos promulgan normas jurídicas, sobre aspectos genéricos o específicos en materia de salud.

La referida ley hace mención de la trascendencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 como un punto de referencia obligado para todos los textos constitucionales que se promulgaron con posterioridad. De manera más específica, hace referencia a la declaración sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa, promovida en el año 1994 por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud.

Otro de los instrumentos legales que vale la pena mencionar dentro del contexto jurídico español es la ley Nº 14/2007 de fecha 3 de julio, referida a la investigación biomédica. Se considera que esta ley regula de manera global aspectos cada día más relevantes en el campo científico, con influencia directa en los derechos y libertades de las personas. Gómez Sánchez y Rebollo Delgado (2008, 263) afirman que con la promulgación del referido instrumento legal España “confirma su decidida apuesta por crear un conjunto normativo que discipline las aplicaciones y consecuencias de los nuevos avances en el marco del respeto de los derechos y libertades fundamentales”. Para estos autores, la referida ley forma parte del nuevo Bioderecho, por lo que está llamada a regular situaciones que afectan tanto a particulares como a instituciones públicas y agentes privados.

La Constitución española, contiene referencias directas a la investigación en general (Art. 44.2, 148, 1.17 y 149.1, 15) y a su vez, ha reconocido como derecho fundamental la producción y creación científica en el artículo 20.1.b); artículo en referencia está dedicado a la producción de la libertad de expresión, a la información y a otros derechos derivados o complementarios de los anteriores. Al respecto, el artículo 20.1.b establece: “Se reconocen y protegen los derechos: (...) b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”. En este aspecto, el Tribunal Constitucional español ha afirmado: “que el derecho a la producción y creación científica,

artística y técnica es una concreción del derecho a expresarse y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones” (STC: 153/1985, 7 de noviembre).

Igualmente, el Tribunal Constitucional afirma que: “el complejo artículo 20 ha sido ampliamente estudiado desde diferentes enfoques y son muy diversas las opiniones sobre los derechos que en él se regulan”.

Existen otros textos constitucionales, así como documentos internacionales, que también regulan los nuevos avances científicos y los aspectos relevantes de la biotecnología; tal es el caso de la Constitución de Suiza, que ha incorporado la reproducción asistida o trasplante de órganos.

Dentro del Ordenamiento interno venezolano, puede señalarse como uno de los derechos del paciente el contenido del artículo 46, numeral 3º, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que consagra los derechos a la integridad personal, así como el 58, que contempla el derecho a la información; el 20, el cual consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Igualmente el Código de Deontología Médica en el Capítulo III, artículo 69, consagra los derechos y deberes de los pacientes. Al respecto, los referidos artículos de la Constitución patria expresan:

“Artículo 46. 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 circunstancias que determine la ley”.

“Artículo 58. La comunicación es libre y plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación, cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral”.

“Artículo 20. Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público social”.

La doctrina española, bajo la óptica de autores como Rebollo y Gómez (2008, 239), considera que “los derechos de los pacientes son el reflejo y especificaciones de los derechos y libertades reconocidos en el sistema constitucional”. Estos autores señalan,

igualmente, que el Estado ha regulado nuevas demandas en relación con el derecho a la salud y las prestaciones sanitarias como consecuencia de los nuevos avances biotecnológicos, algunos de los cuales se encuentran expresamente reconocidos en la Constitución o forman parte del contenido esencial de los derechos clásicos, como es el caso del derecho a la integridad física, a la intimidad, a la libertad religiosa, a la dignidad de la persona; regulados todos estos derecho en la Constitución e incorporados al Ordenamiento interno a través de los tratados y convenios internacionales para que la persona sea reconocida como sujeto y no como objeto de los acontecimientos ni de las situaciones.

La misma fuente bibliográfica revela que el reconocimiento de la libertad personal es la expresión de un derecho de autodeterminación física que define un haz de facultades, de libertad de decisión protegida por el Ordenamiento, que le permite a la persona optar o seleccionar qué hacer o no hacer, respecto a todas aquellas cuestiones y situaciones que afecten su realidad física, su sustrato corporal. Es así como la autodeterminación física es el poder que tiene cada persona para decidir sobre su propia vida, su cuerpo, sus valores y para dirigir su destino.

2.9. Defensa de los derechos

De acuerdo a la potestad soberana cada Estado genera un orden jurídico y a su vez, participa junto a los demás Estados en una relación de igualdad jurídica en la elaboración de normas internacionales. De manera singular y simplificada, seguidamente se comentarán las dos variantes que comprende el monismo, como tesis que ha formulado soluciones jurídicas, De allí, el monismo con primacía del Derecho nacional y monismo con primacía del Derecho internacional, y dentro de la segunda se concibe el monismo radical con primacía del Derecho internacional y el monismo moderado con primacía del Derecho internacional.

2.9.1. Monismo con primacía del Derecho nacional

De acuerdo con esta variante, existe una ausencia de autoridad superestatal, cada Estado determina libremente cuáles son las obligaciones internacionales; esta superioridad del derecho nacional, conforme a la teoría tradicional, se

considera como una soberanía del Estado. En este sentido, argumenta Rey Cantor (2007, 102), lo siguiente:

“Pero si el Estado ha reconocido el Derecho internacional que, por lo tanto es válido para este Estado, entonces sus obligaciones y Derechos internacionales son exactamente los mismos que los establecidos por el Derecho internacional, considerando como superior al Derecho nacional”.

A este sistema se le denomina también monismo constitucional, cuyos mayores exponentes son Max Wenzel y Erich Kaufmann, porque prevalecerá la Constitución sobre el tratado.

2.9.2. Monismo con primacía del Derecho internacional

Es denominado también monismo internacionalista y comprende las dos modalidades, previamente mencionadas, el radical y el moderado. Sus mayores exponentes son Alfred Verdross y Joseph Kunz. Cabe destacar que los estudiosos de esta teoría han señalado que “en su madurez, Kelsen (1932) replanteó sus concepciones jurídicas, seguido por los internacionalistas de la Escuela de Viena, Alfred Verdross y Josef Kunz”, quienes exponen la regla *Pacta Sunt Servanda* como la fundamental del Derecho internacional, y razonaba que, una vez admitido que esta regla es superior a la voluntad de los Estados, también lo serán las que deriven de ella, es decir, las que comprende el Derecho de Gentes.

Dentro de esta concepción monista con primacía internacional, ningún Estado puede sustraerse a una obligación jurídico-internacional, invocando su Derecho interno. (Rey Cantor, 2007, 104).

2.10. Jerarquía de los tratados

Dentro de la perspectiva constitucional venezolana, la incorporación que el Estado le dio a los tratados internacionales es de rango supraconstitucional, pues así se desprende de la exposición de motivos del texto constitucional, cuando expresa:

“...por ello, en el caso de que un tratado internacional suscrito y ratificado por Venezuela reconozca y garantice un determinado derecho humano, en forma más amplia y favorable que la Constitución, prevalece en todo caso el

instrumento internacional y debe ser aplicado en forma preferente, directa o inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado”.

Ahora bien, los criterios de interpretación de los tratados en el Derecho internacional privado están contenidos en la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, de 1969, el cual consagra en su artículo 31, literal I: “*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”.

Dentro de esta perspectiva, Jesús Casal (2008, 51), al hacer referencia al valor y la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, considera que por virtud del artículo 23 constitucional, se descarta cualquier discusión sobre el valor de los mismos, y afirma, por otra parte, en cuanto a la jerarquía de los tratados, que los derechos allí previstos gozan de la tutela que la misma Constitución otorga a los derechos constitucionalmente consagrados, lo que a su vez comprende los diversos mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes y el amparo, así como la declaratoria de nulidad de los actos del poder público que vulnera derechos constitucionales y la responsabilidad de los funcionarios actuantes.

De acuerdo con Cecilia Medina, citada por Fernández de Daniels (2006, 70), no existen criterios de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, y al respecto señala que “toda norma convencional debe interpretarse teniendo en cuenta simultáneamente la buena fe, el sentido corriente de los términos en el contexto del tratado y el objeto y fin del mismo”.

A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha insistido en la interpretación evolutiva de sus normas, ha expresado:

“...considera necesario precisar que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida

consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración”.

Es importante resaltar en este punto, en la línea de pensamiento de Cecilia Medina, citada por Fernández de Daniels (2006, 71), que las antes señaladas reglas de interpretación se han extendido al resto de las fuentes del Derecho internacional privado y pueden ser interpretadas como una guía importante *mutatis mutandis*, para la interpretación de normas contenidas en otras fuentes del Derecho internacional de los derechos humanos. Indica, al respecto:

“Las diversas fuentes del Derecho internacional se influyen recíprocamente, y éstas, a su vez, influyen y son influidas por las fuentes domésticas. Los principios generales del derecho, el derecho consuetudinario, los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de las organizaciones internacionales preceden o suceden a las normas de los tratados. No es posible, pues, intentar aplicar un tratado con desconocimiento de los principios generales de derecho o del derecho consuetudinario que lo precede o que lo complementa: como tampoco es posible ignorar, al interpretar un tratado, las otras fuentes del derecho que pueden haberlo sucedido, aclarándolo o complementándolo. Esto que es propio del derecho internacional, tiene una particular importancia en el derecho internacional de los derechos humanos, que (...) está en perpetuo desarrollo y está contenido en normas formuladas de tal manera que permitan su progreso constante y su adaptación a las circunstancias históricas de tiempo y espacio en que se apliquen”.

Dentro de este orden de consideraciones, Fernández de Daniels (2006, 71) sostiene que además del criterio evolutivo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los criterios de interpretación de la Declaración Internacional de los Derechos Humanos son la consecuencia lógica de sus principios, por lo que sus normas deben interpretarse bajo los siguientes criterios: no regresividad, no discriminación, *pro homine*, progresividad, todos desarrollados en la Declaración Internacional de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Pacto de San José.

2.10.1. Principios de interpretación de los tratados

- **Principio de no regresividad**

Esta obligación de no regresividad está concebida como uno de los efectos verticales del Estado, éste asume una especie de deberes frente a las personas, como, por ejemplo,

la obligación de respeto, es decir, el Estado no puede traspasar los límites de los derechos humanos señalados como atributos inherentes a la dignidad de las personas, por ser, entre otras cosas, superiores al poder del mismo Estado. Este principio ha de entenderse como una consecuencia lógica de la inherencia de los derechos humanos, por lo que, una vez reconocidos estos, no pueden desconocerse con posterioridad. Asimismo, se concibe que, según las normas de interpretación de los instrumentos de derechos humanos, nada de lo que se estipula en ellos puede ir en detrimento de derechos reconocidos en otras normas. (Fernández de Daniels, 2006, 62).

- **Principio de no discriminación**

Para la misma autora, esta obligación ha sido expresamente reconocida como una obligación general en materia de derechos humanos, por lo que los instrumentos en materia de derechos humanos contemplan condiciones prohibidas de discriminación fundados en raza, edad, sexo, religión, nacionalidad, condición social, a la vez que estipulan una cláusula abierta a cualquier otro tipo de condición, en la que se podrían incluir el origen étnico y la orientación sexual, entre otros.

Cabe destacar que la Convención Americana de Derechos Humanos expresa en su artículo 1.1 la prohibición general de discriminar. Así:

“Artículo 1. Obligación de respetar los derechos.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

- **Principio *pro homine***

Para Jesús Casal (2008, 51), este principio es desarrollado en el derecho internacional de los derechos humanos, el cual consiste en que los tratados, siempre que contemplen una regulación más favorable para el individuo y para el ejercicio de sus derechos, deben privar sobre cualquier fuente del derecho interno. Al respecto, el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), contempla el

principio *pro homine*, el cual establece que los tratados internacionales, ratificados por Venezuela, privan sobre el derecho interno, siempre que contemplen una norma más favorable para el individuo.

Fernández de Daniels (2006, 65) colige en que este principio debe inclinarse siempre a favor del ser humano, por lo que toda norma debe interpretarse, en consecuencia, a favor del individuo, acogiendo siempre una interpretación más extensiva cuando se trate de normas que consagren derechos individuales, y una interpretación más restrictiva cuando se trate de disposiciones cuyo propósito es restringir el ejercicio de los referidos derechos. Asimismo, sostiene que, en caso de existir pluralidad de fuentes provenientes bien del Derecho internacional o bien del Derecho interno, o del contenido de un derecho consagrado en un tratado, debe realizarse la misma interpretación, es decir, siempre favoreciendo al individuo.

- **Principio de progresividad**

Para Jesús Casal (2006, 48), la progresividad es:

“...la imposibilidad de adoptar medidas que supongan un franco retroceso en el estándar de protección obtenido en relación con determinados derechos, incluyendo a los civiles y políticos, sin perjuicio de la facultad de las autoridades nacionales de introducir ajustes en los mismos”.

Para Fernández de Daniels (2006, 66), la progresividad no es un principio, sino una consecuencia del carácter irreversible de los derechos humanos, así como de su carácter acumulativo; en ese sentido expresa:

“El Estado no está obligado a adoptar medidas que paulatinamente vayan expandiendo el horizonte de los derechos humanos; pero es una constatación histórica que, como producto de las luchas políticas de la naturaleza irreversible de los derechos humanos, y el carácter acumulativo de los mismos, éstos han

experimentado un desarrollo progresivo, tanto en su contenido sustantivo como en los aspectos procesales”.

Ha de observarse el contraste entre ambas posiciones doctrinales, pues mientras para Fernández de Daniels (2006) la progresividad no es un principio, para Jesús Casal (2006, 48) sí lo es, y al respecto expresa:

“Quedaría igualmente vedada la supresión de derechos constitucionales declarados, no previstos en tratados internacionales sobre derechos humanos. También podría afirmarse que tal principio impediría la denuncia por el Estado venezolano de los tratados internacionales sobre derechos humanos que ha ratificado en otros actos similares. Jurisprudencialmente, se ha establecido que la progresividad se materializa en el desenvolvimiento sostenido...”.

Fernández de Daniels (2006, 66) ha referido el carácter irreversible y acumulativo de los derechos humanos y sostiene que estos han experimentado un desarrollo tanto en su contenido sustantivo como en el aspecto procesal, por lo que puede verse reflejado en tres aspectos, como son: (a) a los derechos consagrados paulatinamente se le van agregando otros; (b) se amplía el ámbito de protección de un derecho, originalmente acordado; (c) desaparecen las llamadas restricciones legítimas al ejercicio de un derecho y se amplían y fortalecen los mecanismos de protección internacional.

Como quiera que la incorporación del Derecho internacional al Derecho interno concierne más al Ordenamiento interno que a nociones del Derecho internacional, como bien lo señala Pedro Nikken (2008, 31), surge de ello una obligación internacional, que es exigible de acuerdo con los procedimientos propios del referido Derecho internacional, y es que todo Estado parte de un tratado internacional y debe adecuar su propio Ordenamiento jurídico a los compromisos adquiridos mediante el tratado, y esa obligación, que es propia del Derecho internacional, en el caso de los derechos humanos adquiere características especiales, por cuanto, además de la obligación de respetarlos, debe garantizar su cumplimiento efectivo, que comprende el deber de garantizar legislativamente los derechos humanos.

Ahora bien, coherente con el tema investigado, y de acuerdo con las disquisiciones anteriores, en relación con el derecho a la vida y a la salud como derechos fundamentales, además de estar garantizados, deben crearse los mecanismos para su protección; por

cuanto si bien es cierto que ambos derechos están regulados en el Ordenamiento interno, se considera que su protección es incompleta e insuficiente; en ese sentido, se observa que el derecho a la vida está protegido, pero desde el enfoque de la pena de muerte y la protección de la vida de las personas privadas de libertad (artículo 43 Constitución patria); por su parte, el artículo 46, ordinal 1º *ejusdem*, consagra el respeto a la integridad física, psíquica y moral, por lo que ninguna persona puede ser sometida ni a penas ni a torturas o tratos crueles inhumanos o denigrantes.

Cabe destacar que igual redacción tienen la mayoría de los Ordenamientos jurídicos en el mundo, inclusive los tratados internacionales. De manera que se considera que estos derechos deben ser protegidos, además, contra toda persona que por acción u omisión los viole o menoscabe, vulnerando así su dignidad humana.

Actualmente, se concibe la protección de los derechos fundamentales desde una doble perspectiva, conocida como “objetiva y subjetiva”, las cuales precisan el deber de protección, así como la lesión que les cause, no sólo ante organismos o entes estatales, sino también contra cualquier persona que los lesione o menoscabe.

2.11. Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos

2.11.1. Antecedentes

El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos forma parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA), el cual responde a una iniciativa de posguerra que marcó pauta en la doctrina internacional de los derechos humanos. Luego de la Segunda Guerra Mundial se firmó un tratado que dio origen en 1945 a una organización internacional conocida como la Carta de las Naciones Unidas.

Afirma Rescia Rodríguez (2006, 249) que los Estados Americanos visualizaron un sistema interamericano a nivel declarativo, con herramientas insuficientes para reconocer la importancia de respetar los derechos humanos por medio de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, pero sin órganos ni mecanismos de protección regional. Con el transcurso del tiempo se dieron pasos importantes para crear tales

órganos, mecanismos y procedimientos de protección, siempre en el marco de la Organización de los Estados Americanos.

Generalmente, se considera el sistema interamericano a partir de la aprobación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en Bogotá en 1948. No obstante, los antecedentes de este sistema datan de tiempos anteriores; como ejemplo de ello tenemos la Declaración de Virginia de 1776, la cual se constituyó como el primer instrumento sobre derechos humanos de carácter general y no la Declaración del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa.

Así mismo, otro instrumento anterior a la Declaración de derechos y deberes del hombre de 1948 es el documento que sirve de marco para la protección y promoción de los derechos humanos en el continente americano, inherente a la Organización de Estados Americanos. El sistema interamericano se ha caracterizado por

mantener una progresividad respecto a la protección de los derechos humanos en el continente.

Dentro de este enfoque, Pedro Nikken (2008, 65), clasifica los instrumentos internacionales generales en universales y regionales americanos:

- **Universales:**

Carta Internacional de Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte.

- **Regionales:**

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)

Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte

Carta Democrática Interamericana

Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (anexo).

2.11.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos

García Belaúnde, citado por Rivas Quintero y Picard de Orsini (2010, 419), señala que luego de largas negociaciones, las cuales tuvieron como antecedentes diversos acuerdos realizados en 1960 y como trasfondo la Declaración Americana de Derechos Humanos de 1948 (la cual surgió antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, firmada en

París en diciembre de ese mismo año), se firmó en San José de Costa Rica en 1969 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo objeto fundamental es cautelar los derechos humanos en su vertiente clásica -civiles y políticos-, y se establecieron al efecto los órganos competentes para conocer los asuntos relacionados con los compromisos adquiridos por los Estados partes, como son:

- La Comisión Internacional de Derechos Humanos, con sede en Washington.
- La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Puerto Rico. Cabe destacar que a este instrumento abreviadamente se le denomina: Pacto de San José.

A tal efecto, Fix–Zamudio, citado por Rivas Quintero y Picard de Orsini (2010, 420), afirma que: “el instrumento jurídico convencional de mayor importancia en el Derecho sustantivo internacional americano, radica en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Para Rodríguez Rescia (2006, 259), la Convención Americana sobre Derechos Humanos es el principal tratado general hemisférico de derechos humanos y a su vez considera que su principal virtud es haber permitido que la estructura institucional del sistema interamericano, que antes tenía naturaleza declarativa, experimentara un cambio sustancial al adoptarse una Convención.

Como instrumento de carácter internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene el propósito de consolidar en este continente un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. Establece la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos, así como el deber de los mismos en adoptar las disposiciones de Derecho interno necesarios para hacer efectivo el goce de tales derechos. Asimismo, establece los medios de protección y redefine las funciones y competencia de la ya existente Comisión Interamericana de Derechos Humanos y crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la cual declara órgano competente para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención.

Cabe destacar que la Convención Americana se enfoca principalmente en los derechos civiles y políticos, mientras que, a diferencia de la Declaración

Americana, reconoce indistintamente derechos individuales y colectivos. (Rodríguez Rescia, 2006, 260).

2.11.3. Celebración de los tratados internacionales

Resulta de interés destacar que la mayoría de las normas más aplicables a los tratados internacionales han sido codificadas mediante convenciones, con tendencia universal, de las cuales la primera y de mayor importancia es la Convención de Viena del 23 de mayo de 1969, la cual entró en vigencia el 27 de enero de 1980, llamada el *Tratado de los Tratados*, la cual obliga a todos los Estados que la han ratificado o se le han adherido.

Venezuela no ha aprobado ni ratificado la referida Convención, sin embargo, la doctrina seguida por Rey Cantor (2007, 20) advierte lo siguiente: "...las disposiciones de dicha Convención forman parte de una codificación que es común al Derecho consuetudinario y convencional, y por costumbre es observada y aplicada por el Estado venezolano al momento de negociar tratados internacionales". No obstante, la obligación internacional de Venezuela del *Pacta Sunt Servanda* es norma de Derecho consuetudinario y de obligatorio cumplimiento; en ese sentido, el referido Pacto expresa en el artículo 26: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

Ramiro Brotons, citado por Rey Cantor (2007, 33), define el tratado como:

"...el resultado de una serie de actos sucesivos, cuya realización compone las cuentas de un procedimiento que se denomina *formación o celebración de los tratados*, sometido a reglas internacionales, generalmente dispositivas e internas. La celebración o formación del tratado desemboca, cuando prospera, en su entrada en vigor, siendo a partir de ese momento obligatorio para las partes".

2.11.3.1. Fases en la celebración de los tratados

Las fases para la celebración de los tratados están previstas en la Convención de Viena y otras en las constituciones políticas y leyes de los países. En ese sentido, ha de señalarse que la celebración de un tratado internacional pasa por dos fases, denominadas fase inicial y fase final. La fase inicial cubre el proceso de negociación y

autenticación, mientras que la fase final abarca la estipulación o conclusión (Ramiro Brotons, citado por Rey Cantor, 2007, 34).

El constitucionalista argentino Bidart Campos, citado por Rey Cantor (2007, 35), concibe, además de la fase inicial y final, una intermedia, desarrolladas a continuación:

- **Fase inicial**

- **Negociación:** Mediante esa fase se realizan los trámites previos y necesarios para la redacción del tratado. Si el tratado es multilateral, generalmente las negociaciones se realizan en una conferencia internacional convocada para tal fin. Cabe destacar que en Venezuela al presidente de la República como jefe del Estado le corresponde dirigir las relaciones internacionales y, en consecuencia, tiene competencia para negociar los tratados. El artículo 236, numeral 4º, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), establece: “Dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales”.

- **Adopción:** “Adoptar es consentir la redacción definitiva” (Broton, citado por Rey Cantor, 2007, 35). Una vez finalizadas las negociaciones se procede a establecer el texto definitivo.

- **Firma:** Es la forma tradicional de autenticación del texto de un tratado y consiste en estampar su firma personal los facultados para ello. Igualmente, se entiende por firma la suscripción inicial del texto convenido de un tratado que hace un Estado a través de quien obra como su representante. La doctrina ha señalado que esta forma tiene una doble función; en primer lugar, reconocer por las partes el contenido del tratado, y por otro, fijar el final del período de la negociación. Según Vargas Carreño, citado por Rey Cantor (2007, 39, 43), la firma confiere un carácter de auténtico al texto del tratado, y para Seara Vásquez, citada por el mismo autor, no implica la obligación de ratificarlo.

- **Ratificación:** A cargo del poder ejecutivo.

- **Fase Intermedia**

Esta segunda fase está relacionada con lo que se denomina *confirmación presidencial*. La iniciativa para presentar el proyecto para la aprobación del

tratado corresponde al presidente, quien la presenta ante la Asamblea Nacional. En el caso de Venezuela, esta facultad está consagrada en el Artículo 204, Numeral 1º, del texto fundamental.

Ahora bien, dentro de este contexto, cabe advertir que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) asigna competencia a la Asamblea Nacional para aprobar los tratados. Es dable destacar que la manera como un tratado se incorpora al Ordenamiento interno es a través de una ley, cuya naturaleza es especial, es decir, a través de una *ley especial*. A tal efecto, el Artículo 187, numeral 18º, expresa: “Corresponde a la Asamblea Nacional: 18º. Aprobar por ley los tratados o convenios internacionales que celebre el ejecutivo nacional, salvo las excepciones consagradas en esta Constitución”.

- **Fase final**

Es la fase de la conclusión o estipulación definitiva y, según Bidart Campos, citado por Rey Cantor (2007, 64), implica la expresión del consentimiento por las partes tratantes y la constancia del mismo en el orden internacional, en consecuencia, es la que conduce a la entrada en vigor y a la obligatoriedad del tratado. Cabe destacar que las formas de manifestación del consentimiento para obligarse por un tratado son: la ratificación y la adhesión y, en ese sentido, se hace referencia:

2.11.3.2. La ratificación de los tratados

Se considera importante desarrollar esta etapa o fase de ratificación de los tratados, por cuanto la misma reviste importancia para el Ordenamiento interno venezolano, toda vez que está vinculada a la jerarquía de los tratados, y la Constitución patria les otorga jerarquía a los mismos, en el sentido de que tienen aplicación preferente en el orden interno, siempre y cuando el tratado haya sido suscrito y ratificado por Venezuela, y en la medida que este contenga normas más favorables, como bien lo expresa el artículo 23 de la Constitución patria:

“Los tratados, pactos y convenciones relativas a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y

en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los Tribunales y demás órganos de Poder Público”.

Bidart Campos, antes citado, explica que la ratificación es un acto internacional por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento para obligarse por un tratado.

De acuerdo con el enfoque doctrinal de Pedro Nikken (2008, 24), el referido artículo 23 constitucional significa un avance de la Constitución en el reconocimiento explícito del rango supraconstitucional de los tratados relativos a los derechos humanos, en el cual Venezuela se compromete, con todas las consecuencias que ello implica, a la defensa constitucional de los mismos, tanto en el plano individual como en lo que corresponde al control de la constitucionalidad de los actos del poder público. Por otra parte, afirma que la Constitución reconoce el rango constitucional de las normas favorables a la protección de los derechos humanos contenida en los tratados que deben prevalecer en el orden interno, incluida la Constitución.

2.12. Mecanismos de defensa de los derechos en Venezuela y en el Derecho comparado

- **Red de protección interinstitucional de los derechos**

Los autores Mago Bendahán y Alegre Martínez (2007, 193), explican que “la solución ideal contra los daños debe ser integral, es decir, una restitución completa, *in integrum*, también es necesaria una protección preventiva”. En ese sentido, estiman una *protección preventiva integral de los derechos de la persona*; y una forma de lograrla es mediante lo que han denominado *coalición social*, para evitar que se sigan produciendo daños.

Bidart Campos, citado por los referidos autores, con acierto y sensibilidad refiere “una convocatoria a todos para proteger a las personas contra daños a sus derechos”; es decir, una red solidaria en la cual el legislador debe actuar con flexibilidad a fin de poder desarrollar la Constitución; considera en ese sentido que al juez le corresponde un prudente pero holgado activismo judicial, y a la autoridad administrativa, desde su órbita, cuidar y proteger los derechos. Por otra parte, los referidos autores expresan: “...una forma de garantizarlos consiste en prevenir aquello que pueda resultar dañoso y adoptar

las medidas precautorias necesarias. La participación ciudadana está a tono con los nuevos aires del postmodernismo constitucional”.

Así mismo sostienen que “no es admisible que ante casos de violaciones a la Constitución, los derechos queden impedidos y se vuelvan inútiles porque no reciben amparo oportuno”; consideran que las garantías son los medios procesales para la protección de no sólo los derechos, “sino de todo aquello que enriquece la personalidad, como son los valores superiores constitucionales, los principios y más allá aún los intereses...”. Siguiendo con esta referencia, precisan que la defensa de los derechos forma todo un entramado procesal en el que se contempla el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de acceso a la justicia, al debido proceso, a la defensa, al amparo, entre otros, pues todos ellos, y otros no mencionados, permiten la supervivencia del Estado y de la sociedad en un sistema democrático.

Consideran que las constituciones van tomando conciencia y al efecto han incluido previsiones garantistas; mencionan como ejemplo a Colombia y Perú. La Constitución de Perú, en su artículo 200, numeral 6, expresa: “La acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

Por su parte, el Derecho colombiano ha creado la *acción de cumplimiento* (Ley 393 de 1997), la cual proporciona al ciudadano un instrumento legal para acudir ante el juez a fin de solicitarle que le exija a la administración pública negligente el cumplir con el derecho de petición u otro que haya lesionado. En España, de acuerdo con la jurisdicción contencioso-administrativa (ley 29/1998 de 13 de junio), se estableció que la referida jurisdicción es competente para conocer los conflictos que se refieren a actos u omisiones de la administración pública. La Constitución patria, por su parte, prevé en su artículo 141 los deberes de los funcionarios

públicos y contempla la acción de amparo constitucional, así como el recurso contencioso administrativo.

2.13. Bloque de constitucionalidad

Para Rey Cantor (2007, 144), la idea de bloque de constitucionalidad apareció en el Derecho francés, y evoca la de solidez y unidad; se define como un conjunto que no puede escindirse ni dividirse. De acuerdo con el mismo autor, la integración internormativa (norma constitucional + norma internacional) es la representación fehaciente del monismo moderado con prevalencia del derecho internacional, lo que representa la unidad del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, permitiendo así la aplicabilidad indivisamente en todos los casos que interesen a la persona humana, por ser normas eficaces.

Dentro de la perspectiva jurisprudencial comparada, se hace referencia a la Corte Constitucional de Colombia, la cual ha declarado el doble sentido del concepto de bloque de constitucionalidad, es decir, en un sentido *stricto sensu* y *lato sensu*, en una jurisprudencia N° C-191/98 con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto, el bloque de constitucionalidad *stricto sensu*:

“(…) se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P. artículo 93). Con respecto a la aceptación estricta del concepto de bloque de constitucionalidad, esta corporación ha sentado la siguiente doctrina:

(…) el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas a nivel constitucional, a pesar de que puedan a

veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*”.

El bloque de constitucionalidad en sentido *lato sensu*, de acuerdo con la comentada sentencia:

“Según esta noción, el bloque de constitucionalidad estaría compuesto de todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta excepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias. Sobre el punto, la corporación se ha expresado como sigue:

Con arreglo a la jurisprudencia de esta corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos”.

Dentro de este contexto, se considera oportuno indicar, a modo ilustrativo, que el artículo 93 de la Constitución colombiana expresa: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

Por su parte, el artículo 27 de la Convención Americana sobre derechos humanos señala que no podrán ser suspendidos durante los estados de excepción los siguientes derechos: derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica:

“Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3º), derecho a la vida (art. 4º), derecho a la integridad personal (art. 5º), prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 6º), principio de legalidad y de retroactividad (art. 9º), libertad de conciencia y de religión (art. 12), protección a la familia (art. 17); derechos al nombre (art. 18), derechos del niño (art. 19), derecho a la nacionalidad

(art 20), derechos políticos (art. 23) y las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos, esto es, el debido proceso”.

Siguiendo con el perfil abordado, el autor patrio Duque Corredor (2008, 215), expresa lo siguiente respecto al bloque de constitucionalidad: “Son las declaraciones, principios y normas, no sólo internos, sino también internacionales, a los que la propia Constitución otorga relevancia y valor de nivel constitucional y que, por tanto, son el fundamento y el parámetro de control de la constitucionalidad”.

En razón de ello, argumenta que en Venezuela el contenido de la declaración de garantía universal e indivisible de los derechos humanos está establecido en el preámbulo de la carta fundamental, y la preeminencia de ellos está consagrada en el artículo 2º constitucional; el carácter progresivo se les reconoce en el artículo 22; *ejusdem*, el rango de norma constitucional prevalente de los tratados y convenciones sobre derechos humanos lo confiere el artículo 23 constitucional, y en ese sentido indica: “permite sostener que el sistema de los derechos humanos integra el bloque de constitucionalidad”; de lo que se evidencia, según el citado autor, una clara tendencia hacia un constitucionalismo de los derechos humanos de naturaleza constituyente.

Por otra parte, afirma Duque Corredor (2008, 216), que justamente ese tipo de constitucionalismo determina el modelo de Estado social y de Derecho cuya primacía la tienen los derechos fundamentales; en ese sentido, el Ordenamiento jurídico es progresivo en razón de las cláusulas abiertas constitucionales. La misma fuente bibliográfica revela que ese constitucionalismo de derechos en los Estados que se definen *democráticos de derecho*, no es otra cosa que “la escala de evaluación de la legitimidad de los poderes públicos”; por lo que el ejercicio de esos poderes que no corresponda con una política de respeto y de compromiso con esos derechos los enfrenta con “un déficit en su legitimidad de ejercicio”.

2.13.1. Principios que forman parte del bloque de constitucionalidad

La doctrina internacional ha señalado que tanto las normas como los principios forman parte del bloque de constitucionalidad, y en ese sentido ha determinado que existen principios, tanto en el Derecho interno como en el Derecho internacional. Al respecto, Seara Vásquez, citada por Rey Cantor (2007, 150), ha distinguido entre

principios generales del Derecho y principios del Derecho internacional; los primeros son aquellos aceptados en el Derecho interno de cada Estado y son susceptibles de ser aplicados en el Derecho internacional, y los segundos son propios del Derecho internacional, los cuales se manifiestan en la vida internacional, mediante la invocación hecha por los Estados o por el Juez internacional.

Dentro de los principios del Derecho internacional se distinguen: el principio *Pacta Sunt Servanda*, el principio de *buena fe* y el principio del *ius cogens*.

- **El principio *Pacta Sunt Servanda***

Establecido en el artículo 26 y 27 de la Convención sobre el Derecho de los tratados o Convención de Viena (1969). Señala la doctrina colombiana que este principio debe ser comprendido por los funcionarios públicos, como fiscales, jueces y magistrados, por cuanto no se podrán oponer al Derecho internacional de los Derechos humanos, ni a la Constitución ni a las leyes, o reglamentos, cuando se trata de aplicar la norma más favorable a la persona humana.

- **Principio de buena fe**

En cuanto a este principio, los tratados han de interpretarse de buena fe, conforme al artículo 31, numeral 1, de la Convención de Viena.

- **El principio *ius cogens***

Es un principio de aplicación necesaria, no es facultativo. Nació en la etapa de internacionalización de los derechos humanos, su definición es flexible, abierta, y está contenida en la Convención de Viena del Derecho de los tratados. Es una norma reconocida y aceptada por la comunidad internacional, no admite acuerdo en contrario, y

sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter (Fernández de Daniels, 2006, 63).

2.14. Adecuación del Derecho interno como garantía de los derechos humanos con especial mención del derecho a la vida

Señala Pedro Nikken (2008, 28), que el alcance y el contenido de la obligación de garantía de los derechos humanos han sido definidos, desde sus primeras sentencias, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ese sentido la Corte ha expresado:

“Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.

Dentro de esta perspectiva, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, en el artículo 2, expresa:

“1. Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

Afirma que los dos primeros artículos de la Convención Americana de los Derechos Humanos se inspiran en el texto de los citados artículos del referido Pacto de San José,

con ligeras variantes, y estipulan las obligaciones generales para los Estados partes en asumir la totalidad de los derechos humanos en la Convención. Al respecto:

“Artículo 1. Obligación de respetar los derechos

1.- Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

“Artículo 2.- Deber de adoptar disposiciones de Derecho interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

La misma fuente bibliográfica revela que la Convención Americana distingue entre respeto y garantía de los derechos humanos; y en ese sentido expresa que el respeto de los derechos comprende:

“...una mera abstención de ofenderlos por parte del poder público y, por lo tanto, respetarlos, como ocurre con el debido proceso (artículo 8), a un recurso judicial sencillo y rápido (artículo 25), los derechos políticos (artículo 23); o la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 26)”.

En cuanto a la garantía de los derechos, expresa: “en cambio, se traduce sustancialmente en obligaciones positivas a cargo del Estado, como los de prevenir, investigar o, en su caso, *asegurar la reparación*; y sancionar, *en sentido amplio*, las violaciones a tales derechos”.

Por otra parte, indica Pedro Nikken (2008, 30), que en la práctica resulta a veces difícil distinguir entre el irrespeto a ciertos derechos humanos y la omisión de la garantía a los mismos, basándose en la sola contraprestación de la abstención de ofender, que está relacionada con el *respeto* y la preservación de su integridad, a través de una prestación,

que comprende la garantía. Dentro de este contexto, respecto al derecho a la vida, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido lo siguiente:

“En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”.

Posteriormente, en una jurisprudencia, la referida Corte agregó lo siguiente:

“El derecho a la vida y el derecho a la integridad personal no sólo implican que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana.

Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad de las personas privadas de libertad, es la de procurarle a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención...”

Para Pedro Nikken (2008, 31), el Estado “es jurídicamente el ente llamado a poner en ejecución el sistema de protección de los derechos humanos, establecidos en la Convención”; y su incumplimiento produce responsabilidad internacional. De manera que el Estado debe adecuar su Ordenamiento jurídico interno a los requerimientos de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, considerando que los mismos son atributos inherentes a la dignidad humana, y en consecuencia, superiores al poder del Estado. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha determinado:

“La protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está

necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”.

Se considera una inobservancia de la garantía de los derechos humanos el hecho de que el Estado no adecúe o desarrolle su Ordenamiento interno, como bien lo establecen los postulados de la Convención y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, la inobservancia de la garantía significa que el Estado no asegura, dentro de su Ordenamiento interno y su sistema de justicia, la reparación de las infracciones contenidas contra los derechos humanos, lo que trae como consecuencia que se produzca una violación del Derecho internacional, por cuanto el orden interno no se adecúa a los estándares internacionales o, dicho de otra forma, no se restituye a la víctima “lo que se le debe por la violación de sus derechos”. Esto compromete la responsabilidad del Estado, aunque el agente inmediato de la lesión sea un particular, y alegue que ha ajustado su conducta a una norma de derecho interno incompatible con la Convención (Nikken, Pedro, 2008, 31).

Ahora bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido el deber de prevención, el cual tiende a evitar las violaciones a los derechos humanos y asegurar que estas violaciones sean caracterizadas como un hecho ilícito en el orden interno, el cual produce consecuencias jurídicas; y en ese sentido, ha pronunciado lo siguiente:

“El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado”.

Interesa resaltar para esta investigación que la obligación de prevención debe ser demostrada, es decir, debe quedar establecido que la lesión cometida contra alguno de los derechos humanos internacionalmente protegidos, independientemente del agente, como bien lo señala Pedro Nikken (2008, 31), “habría podido evitarse”, o “que el orden

jurídico interno no sea eficaz para que ese hecho acarree la responsabilidad de su autor”; más aún cuando el orden jurídico interno ha servido de escenario para generar tal violación, toda vez que este deber de prevención está vinculado con la obligación emanada de la misma Convención en el citado artículo 2.

Dentro de esta perspectiva, el derecho a la vida y a la salud están reconocidos y garantizados en convenios, pactos y declaraciones de los derechos humanos, así como en las constituciones de todos los países, por ser derechos fundamentales, esenciales para el ser humano y base para disfrutar otros derechos, protegidos universalmente. Sin duda, puede observarse que la protección a los referidos derechos es tímida, casi insuficiente, cuando un paciente se somete a las manos de un profesional sin medir riesgos ante cualquier eventualidad que pudiera presentarse. No obstante, el médico sí se protege, al proponer el consentimiento informado, el cual debe estar expresamente firmado por el paciente o sus familiares, de acuerdo con la situación presentada.

Ordenando estas ideas se tiene que los pacientes están desprotegidos ante amenazas o lesiones que pudieran menoscabarlos, al faltar una regulación expresa que contemple los supuestos de lesión, violación o vulneración de los mismos, cuando particulares, ejerciendo funciones como profesionales (en estos casos los profesionales de salud, los encargados de velar, de cuidar la vida y salud de las personas), por un error voluntario o no, lesionan la vida y la salud de las personas. Todo ello atenta contra los postulados en materia de derechos humanos, tanto a nivel internacional como nacional, al impedir, limitar o amenazar el desarrollo de “una vida sana y feliz”.

Por otra parte, se ocasiona un desbalance en el patrimonio de las personas, por cuanto tienen que cubrir con su patrimonio los daños y perjuicios producidos por el error humano, por una negligencia o por una imprudencia médica. Cabe destacar que en la mayoría de los casos los profesionales de la medicina no enfrentan este tipo de responsabilidades, y escapan en muchas ocasiones amparados por su gremio. Siendo estos profesionales, como todos los ciudadanos, destinatarios en la misma medida de las normas que rigen el Ordenamiento jurídico, se evidencia una flagrante violación al principio de igualdad y no discriminación por la

falta de acceso judicial para demostrar las responsabilidades por las consecuencias adversas devenidas en el ejercicio de su profesión.

Dentro de este contexto, se presenta una jurisprudencia de fecha 5 de febrero de 1981, del Tribunal Constitucional de España, al respecto:

“Hechos: La niña lesionada en el brazo fue operada el mismo día de su ingreso en el hospital. A los dos días se presentó una rápida alteración de su estado general, con todos los síntomas propios de la gangrena, y el cirujano, en lugar de explorar la herida, recetó un producto contra la acidosis, pues había acetona en la arma.

Como el estado empeoraba, fue avisado por el médico de guardia, que levantó el apósito, vio el estado de tumefacción de los bordes de la herida, que olía mal, y la limpió, colocó drenajes y apósitos, y prescribió un antibiótico. Avisado el cirujano, al día siguiente reconoció a la niña y, sospechando que se podía tratar de una gangrena gaseosa, ordenó efectuar una radiografía que no dio existencia de gases. Entonces, el médico descartó la posibilidad de la gangrena y prescribió dosis masivas de antibióticos y antihistamínicos, decidiendo aguardar al día siguiente. Fue entonces cuando el padre de la niña, aconsejado por un médico amigo y alertado por una monja del centro hospitalario, decidió trasladarla a Madrid, pidiendo al procesado que le diera el alta, cosa a la que accedió, permitiendo el traslado sin darle medicamento alguno para el largo viaje, ni entregarle el historial clínico, ni advertirle de las graves consecuencias que el traslado en esas condiciones podía traer.

Finalmente hubo que amputar la extremidad. La Audiencia condenó al cirujano como autor de un delito de imprudencia temeraria con agravante de impericia o negligencia profesional, a la pena de cuatro meses y un día de arresto mayor y al pago de tres millones y medio de pesetas en concepto de responsabilidad civil. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia.

Doctrina: Aparece con toda evidencia la comisión de un delito de lesiones graves cometido por negligencia profesional. Así sucede cuando es posible evitar un resultado que, habida cuenta del nivel intelectual y experimental comprobado, puede fácilmente evitarse mediante la aplicación del tratamiento adecuado.

Lo que se incrimina y da lugar a la responsabilidad criminal médica no es el error de diagnóstico ni la falta de extraordinaria pericia en el desarrollo de actividades quirúrgicas, pues ni en la medicina ni en ningún aspecto de la vida social es exigible la infalibilidad, sino la culpa en cuanto comportamiento inadecuado a determinadas exigencias y medios.

Carece de fundamento la argumentación de que la actuación del médico de guardia que procedió a curar la herida, así como la decisión del padre de la niña, aconsejado por un médico amigo, de trasladarla a Madrid, son circunstancias que rompen el nexo causal. Ni el nexo causal se rompe con lo

curación por el médico de guardia ni por el traslado a Madrid de la enferma, sobre todo si el propio procesado lo autorizó”.

Aun cuando existe un despliegue normativo para la protección de los derechos fundamentales y la concepción del individuo como persona, la vida como bien y como derecho inherente a la dignidad humana, y las normas jurídicas, hoy consagradas como valores superiores del Ordenamiento interno de los Estados, es posible extraer de esas normas jurídicas todas las potencialidades que ellas tienen conforme a una dimensión objetiva y subjetiva de esos derechos y en armonía con las bondades que pueda ofrecer el Estado social y democrático de Derecho como prestador y principal garante de la protección de los derechos de los individuos, aún es tímida la protección del derecho a la vida, cuando se presentan casos de responsabilidad médica.

No obstante, se considera que el contexto social y jurídico para la creación de un instrumento de protección en materia de mala práctica médica está dado, en primer lugar, porque el mismo Estado social y democrático de Derecho es un impulsador del respeto del derecho y las libertades por la pluralidad de fines que cumple, como: la vida, la solidaridad, la igualdad, la justicia, responsabilidad social y la preeminencia de los derechos humanos, entre otros (artículo 2, Constitución venezolana); y, en segundo lugar, porque este es un flagelo que cada día reclama mayor protección jurídica, toda vez que la falta de atención, investigación y protección a las lesiones que se le produce a la vida y a la salud de las personas contraviene y compromete los postulados y la normativa desplegada a nivel mundial para la protección y garantía de los derechos humanos.

Desde esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene, por una parte, “el deber de prevención de estos derechos”, y por la otra, que “el acto lesivo podría evitarse”. En atención a ello, cabe preguntar lo siguiente:

¿Ante un profesional de la salud que sea incompetente para realizar un acto quirúrgico, evitable, por no tener la acreditación necesaria, o por carecer el centro de salud de insumos suficientes o, que bien, no disponga de los equipos necesarios para

proteger la vida y salud de las personas, se estará en presencia de un riesgo, un daño o un peligro que pudiera evitarse?

Se debe desentrañar de la norma toda la potencialidad que ella tiene, a través de técnicas hermenéuticas, a fin de garantizar los derechos fundamentales ante una posible eventualidad, en ausencia de una protección expresa que regule la materia.

En la adecuación del derecho interno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha avanzado incisivamente sobre el artículo 2 de la Convención y ha considerado relevante el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos a toda persona bajo la jurisdicción de los Estados; la Corte ha interpretado que además del deber de legislar a favor de la Convención, se debe abrogar las normas domésticas (o de derecho interno) incompatibles con la Convención, así como el deber de no legislar en contra de ésta.

Por consiguiente, la Corte ha tenido la ocasión de aplicar los referidos principios en varios casos; como ejemplo de ello se hace mención del caso Herrera Ulloa, en la República de Costa Rica, en Sentencia de fecha 2 de julio de 2004, serie C, Nº 107, citada por Pedro Nikken (2008, 27), en la que la Corte concluyó que la legislación penal procesal costarricense no garantizaba ciertos aspectos del debido proceso, tal como se encuentran consagrados en la Convención, y en tal sentido ordenó:

“Que dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 2 de la misma, en los términos señalados en el párrafo 198 de la presente Sentencia”.

En relación con el principio de no legislar en contra de la Convención, la Corte ha expresado que la sola expedición de una ley violatoria o incompatible con la Convención Americana constituye *per se* una violación al Derecho Internacional, el cual puede

desencadenar la responsabilidad internacional del Estado. Al respecto, la Corte ha señalado:

“La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado”.

2.15. Omisiones legislativas

Para Fernández Segado (1998, 92), las omisiones legislativas representan: “Aquella ausencia de desarrollo legislativo de un precepto constitucional que todavía no presenta los rasgos necesarios para reputarse inconstitucional”. En España los derechos fundamentales son de aplicación inmediata y no necesitan que los regulen y como quiera que el Tribunal Constitucional es consciente de la laguna provocada por la inactividad del legislador, lo que se configura como una laguna técnica, el Tribunal Constitucional emplea la analogía para colmar esa laguna legislativa.

Mortati, citado por Ahumada Ruiz (1991, 190), ha distinguido entre laguna y omisión; en la primera advierte que se le impone al Juez el ejercicio de la integración del derecho y en la segunda se coloca un límite a la función jurisdiccional, ya que cualquier actuación por parte del tribunal en colocar lo que se omite, es una usurpación de la función del legislador.

Argumenta además Ahumada Ruiz (1991, 159), que debe diferenciarse cuando la actuación del legislador es por inercia o pasividad o cuando se está en presencia de un silencio del legislador, al mismo tiempo difiere de un problema de separación de funciones entre el legislador y el garante de la Constitución. El Tribunal Constitucional debe actuar como suplente, como juez integrador, hasta donde su competencia se lo permite. Refuerza tal opinión tomando como válido el principio aceptado por la doctrina alemana, cuando señala que *los límites de la jurisdicción constitucional son idénticos a los límites de la interpretación constitucional*.

Según lo planteado por la autora citada, cabe preguntarse: ¿Hasta qué punto será beneficioso para los particulares que sientan que su derecho ha sido lesionado, que el

Tribunal Constitucional supla o colme esa laguna a fin de que se le restituya la situación jurídica infringida? Igualmente se pregunta si esa situación de relleno por parte del magistrado no causa más violencia al ya vulnerado derecho, pues debe resolver con lo que *debería ser* y no con los remedios procesales que tiene a su alcance.

Siendo así, el Tribunal Constitucional debe resolver con fundamento jurídico expreso, sin apelar a la analogía, porque agudiza, entonces, el silencio del legislador.

Se considera que la vida y la salud como valores y derechos fundamentales protegidos y comprometidos, no deben resolverse rellorando lagunas ni haciendo integración del Derecho por parte del Juez, porque, como bien lo señala Ahumada Ruiz (1991, 159), la analogía no puede ser utilizada “para restringir derechos, como tampoco se puede suplir por vía de analogía la falta de desarrollo legal”. La referida autora expresa al respecto:

“...La laguna existe cuando falta en un ordenamiento dado la regla a la que el aplicador del Derecho puede referirse a la hora de resolver el conflicto que se le plantea. No caben lagunas en abstracto: lo característico de la laguna es que un caso no está regulado por el derecho debiendo estarlo... La laguna está siempre referida a un problema jurídico concreto al que el ordenamiento no da respuesta...”

Por otra parte, indica Villaverde Menéndez (1997, 7), que no todo silencio es contrario a la Constitución, y al efecto diferencia entre silencio de ley y silencio del legislador; precisa que el primero es silencio relativo y que tiene lugar cuando una ley tiene omisiones; y el segundo es un silencio absoluto y se da cuando hay ausencia total de ley, lo que provoca situaciones jurídicas que van en contra de la Constitución y producen omisiones inconstitucionales.

Dentro de este contexto, refiere Néstor Sagués (2002, 37), que “*la omisión legislativa se produce cuando el legislador desatiende un mandato constitucional impuesto de manera expresa o tácita*”. Para este autor, no sólo es inconstitucionalidad por omisión el desconocimiento de mandatos concretos de legislar, sino la regulación incompleta y deficiente de una materia.

La misma fuente bibliográfica señala que la omisión por inconstitucionalidad tiene lugar cuando, violando el principio y derecho de igualdad, se excluye a la población o a

una persona en particular, de ese beneficio sin justificación; igualmente precisa que también existe omisión inconstitucional cuando una normativa legal referida a un derecho fundamental no recoge todas las implicaciones que sobre la situación regulada se derivan, configurándose en una inconstitucionalidad por omisión.

2.15.1. Omisiones legislativas y sus causas

Para Jesús Casal (2006, 207), son causas de las omisiones legislativas las siguientes:

- **Por inobservancia de mandatos concretos de legislar.** Es el supuesto más evidente de inconstitucionalidad por omisión, ya que la falta de desarrollo legal de algunos de los preceptos constitucionales dentro de un lapso de tiempo configura una violación a la Constitución.

- **Por violación de directrices constitucionales sobre el contenido de las leyes** y el incumplimiento en las coordenadas establecidas para dictar las leyes que permitan el alcance que la Constitución prevé como ejemplo de una omisión relativa.

- **Por incumplimiento del deber de protección de los derechos fundamentales.** Esta es una de las causas que tienen relación directa con el tema objeto de este estudio. Se precisa constitucionalmente la obligación que tiene el Estado de proteger los derechos fundamentales frente a las amenazas o daños que puedan sufrir originados por la acción u omisión de los órganos del poder público o de los particulares.

Es oportuno señalar que el derecho a la vida y a la salud, dentro del Ordenamiento jurídico venezolano, se subsume dentro de esta causal, por cuanto no hay una directriz, como tampoco un imperativo o un mandato, que obligue a desarrollar y ampliar el alcance de la protección de este derecho, cuando es lesionado en los casos de mala práctica médica.

- **Por vulneración del principio de igualdad.** Continúa argumentando Jesús Casal (2006, 211), que este supuesto de inconstitucionalidad por omisión tiene injerencia directa con la exclusión de algunas categorías de personas o situaciones del ámbito de

aplicación de un precepto constitucional, en el sentido de que concede algún beneficio a un grupo de personas, contraviniendo el derecho de igualdad.

Apoya sus consideraciones en una sentencia del Tribunal Constitucional alemán, el cual señala una incompatibilidad con la Ley Fundamental (Art. 3.11), por contemplar una norma que garantizaba a las mujeres trabajadoras con un hogar a su cargo un día libre al mes para el trabajo en la casa, no haciendo ninguna referencia a los hombres.

Es importante preguntarse, ¿a quién o qué se protege, a la vida y salud de los ciudadanos o a la población encargada de trabajar con estos preciados derechos?

Así, se puede observar en una Sentencia del Tribunal Supremo, en Sala de lo Civil, en España, sobre la responsabilidad civil médica, de fecha 4 de diciembre de 2007, en sentencia No. 1251/2007, en recurso de casación, sobre la responsabilidad y obligación de indemnizar de un médico oftalmólogo por una intervención para corregir miopía, que ocasionó un desprendimiento de retina y una pérdida total de la visión. El demandante alegó que no fue informado de los riesgos por la alta miopía que presentaba. La sentencia de la primera instancia, al igual que el recurso de apelación intentado, fue desestimada por no haber relación causal entre la cirugía y el desprendimiento de retina. Con esto se puede observar lo difícil que es probar el daño que se causa a la vida y a la salud, así como la falta de protección jurídica específica y directa para quienes padecen las consecuencias de los errores y los perjuicios que se cometen en la humanidad y en el patrimonio de las personas.

2.15.2. La omisión legislativa y las lagunas jurídicas

Para Ahumada Ruiz (1991, 174), quien a su vez cita a Mortati, omisión representa el incumplimiento de una obligación y prescribe el resultado de un acto de voluntad, mientras que la laguna se produce involuntariamente. En tal sentido, interesa diferenciar lo que es una omisión de una laguna, ya que esta diferencia reviste singular importancia en materia de mala práctica médica, lo que permite determinar de alguna manera por qué en la mayoría de los países latinoamericanos y de Europa no se regula la mala práctica médica. Cabría

preguntarse entonces, ¿se debe a una omisión por parte del legislador o a un vacío o laguna legislativa?

Debe señalarse que el derecho a la vida está regulado en todos los Ordenamientos jurídicos, pero de manera incompleta, en el caso de España y Venezuela este derecho tiene casi la misma redacción, al parecer insuficiente, porque la protección es respecto a la pena de muerte y a la vida de las personas privadas de su libertad, cuando también debe establecerse la protección de la vida contra cualquier acción u omisión que atente contra ella.

En cuanto a la omisión legislativa, tanto en España como en Venezuela no existe una ley que contemple la mala práctica médica; se plantea entonces una falta de directrices constitucionales que obliguen a la sanción de una ley que ampare directamente el derecho a la vida y a la salud, como el estado de indefensión jurídica en el cual se encuentran quienes son víctimas de este flagelo. Sin duda, todo ello configura una evidente omisión legislativa.

2.15.3. Las omisiones legislativas en el Ordenamiento jurídico venezolano

Un nuevo modelo de Justicia Constitucional contemplado en la Constitución de 1999 da origen al nacimiento de nuevas instituciones jurídicas, siendo una de ellas la figura de la declaratoria de inconstitucionalidad de las omisiones legislativas previstas en el artículo 336, numeral 7, de la Carta Magna venezolana. La proclamación de un Estado Social y el aumento de los preceptos constitucionales socioeconómicos se traducen en mandatos de desarrollo legislativo. Señala al respecto Jesús Casal (2006, 197), en relación con una previsión de inconstitucionalidad por omisión, que atenta contra la discrecionalidad del legislador, el cual “debe conservar la facultad de determinar el momento en que ha de ser desarrollado un precepto constitucional...”. Igualmente precisa que:

“El órgano legislativo es el único idóneo para valorar las circunstancias imperantes en tales áreas, y para decidir en función de estas áreas la

oportunidad de las leyes de desarrollo, según las prioridades trazadas y los recursos disponibles, y conforme a las necesidades de la población”.

El autor citado indica que “hay un rechazo a la posibilidad de que los órganos judiciales colmen las lagunas jurídicas que se presentan como consecuencia de la omisión del legislador e indefectiblemente de los preceptos constitucionales”.

El Tribunal Constitucional es un condicionamiento externo de la acción del legislador; con ello se garantiza la supremacía de la Constitución y los derechos que consagra.

2.16. El control de las omisiones legislativas

El control constitucional tiene como finalidad afrontar las omisiones legislativas. Se aplica este recurso como una extensión del control de constitucionalidad de lo afirmado o previsto por la ley, como también de aquello que la ley calla o silencia. Este mecanismo se ha utilizado en muchos países de Europa, de constitucionalidad concentrada, como es el caso de España. Esta forma de control concreto de la constitucionalidad se aplica generalmente en el silencio de la ley cuando esta excluye de manera discriminatoria a algunas personas del disfrute de algún beneficio.

La acción de inconstitucionalidad es un mecanismo que se emplea para controlar el silencio legislativo. Según Jesús Casal (2006, 221), se denomina jurisdicción normativa a la labor de cubrir los vacíos normativos. Es un mecanismo empleado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela a los efectos de llenar los vacíos que por omisión legislativa se le presentan.

Reviste importancia señalar que Argentina es considerado como uno de los países con un gran avance en el control judicial de omisiones legislativas, por cuanto contempla una indemnización por parte del Estado a favor de quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo, por los daños concretos que la mora o el silencio del legislador hayan causado.

CAPÍTULO III
LA MALA PRÁCTICA MÉDICA

CAPÍTULO III

LA MALA PRÁCTICA MÉDICA

3.1. Consideraciones generales

El ejercicio de la profesión médica es tan antiguo como la humanidad, ya en los tiempos primitivos existían personas dedicadas a ella y desde sus inicios mostraba características que la perfilaban como una función social. Esa consideración ha llevado a la medicina a ocupar un lugar destacado en la sociedad y es por ello por lo que desde sus primeras manifestaciones ha sido reglamentada, imprimiéndole generalmente el matiz de servicio social, es decir, que la misma debe ejercerse con un carácter humanitario y solidario.

La práctica médica nunca ha estado exenta de complicaciones; el médico, así como cualquier otra persona, puede, a través del ejercicio de su profesión, incurrir en faltas, por acción u omisión, que lo lleven a ser responsable civil o penalmente. Esta responsabilidad de alguna manera está demarcada y limitada legalmente, por cuanto su formación y ejercicio se vincula con los más sagrados bienes de la persona humana: la vida y la salud.

En este sentido, el ejercicio de la medicina está concebido quizás como una de las actividades profesionales más delicadas y nobles, por su injerencia directa sobre los más preciados derechos que tienen los seres humanos. En cada acto que realizan, en cada diagnóstico, tratamiento que prescriben, examen, cirugía, terapia, sobre el cuerpo de las personas con efectos inmediatos o posteriores, implica un compromiso trascendente de quien se ha formado con el objeto de preservar la vida de quien solicita sus servicios; por vocación y virtud de un juramento hipocrático.

Es indiscutible e insustituible el aporte del profesional del arte del curar a la sociedad cuando se han ceñido a la ética, a la moral y a los preceptos de la *lex artis*, conocida también como *lex artis ad-hoc*, entendida como aquellos principios científicos y reglas, aceptados universalmente, que orientan la práctica médica para la atención del paciente. Dentro de la perspectiva jurídica, la relación que hay entre el médico y el paciente implica una serie de responsabilidades morales, sociales, éticas y contractuales que lo llevan a responder no sólo

por sus acciones, sino también por sus omisiones; como ejemplo de ello, haber recetado o haber dejado de recetar, diagnosticado equivocadamente, dejado transcurrir tiempo sin obrar, o haber prescrito un medicamento contraindicado.

Su profesión al igual que la de todos los profesionales, está sometida a la responsabilidad civil, penal, disciplinaria; como todo profesional, debe ser destinatario de las normas que rigen el derecho interno de un país. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), en su artículo 112, refiere que toda persona tiene derecho a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia.

La concepción del modelo de Estado social y democrático de Derecho, el cual proclama como valores superiores de su Ordenamiento jurídico la vida y la preeminencia de los derechos humanos, conlleva a la creación del sistema de protección jurídica que la Constitución funda, estableciendo los mecanismos de protección para la garantía de los derechos fundamentales contemplados en la carta magna. Pues toda lesión que se cause a los derechos de la persona origina un daño moral. Señala García Pelayo (2005, 20), que el derecho constitucional vigente, como toda norma de derecho, no es la pura norma, sino la síntesis de la tensión entre la norma y la realidad con la que se enfrenta.

La diferencia del derecho a la vida respecto a otros derechos fundamentales estriba en dos peculiaridades: la imposibilidad de restitución del bien de la vida, una vez suprimida ésta, y la imposibilidad de que el sujeto de derecho pueda ejercer por sí mismo los medios de tutela jurisdiccional que la Constitución le otorga (Sentencia del Tribunal Constitucional Español, Nº 53/1994).

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define a la salud como el estado perfecto de bienestar físico, mental y social y no sólo como ausencia de enfermedad. Bajo esta perspectiva, ante un inadecuado ejercicio de una profesión con un resultado dañoso, surge el concepto de responsabilidad profesional, que en el caso del médico se denomina responsabilidad médica. Esta categoría es lo que se entiende en un sentido

amplio como mala práctica. A esta idea de responsabilidad se encuentra vinculado también el concepto de daño o lesión en la persona, en sus intereses o sus bienes.

De la responsabilidad profesional se dice que es una responsabilidad ética y moral. La ética profesional no es más que la traducción de las normas generales de la moral humana. Toda actividad humana está orientada por principios morales y jurídicos. Los principios morales están constituidos por la conciencia moral, el bien y el deber. La responsabilidad profesional del médico parte de la obligación del mismo en resarcir el daño ocasionado por una mala práctica médica, entendida esta como la incorrecta o errónea aplicación, en la realidad, de conocimientos teóricos que se presumen debidamente adquiridos al poseer el interventor una verdadera idoneidad.

Es así como en muchos países la jurisprudencia de manera reiterada consagra el criterio de que, aunque en los tratamientos médicos y operaciones quirúrgicas se persigue la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener un resultado, pero sí a demostrar una actuación diligente. El médico se compromete a aplicar todos sus conocimientos, habilidades y capacidades al servicio de una causa que es la salud del paciente, siendo aleatorios y contingentes los resultados. No obstante, es preciso destacar que este criterio de la obligación del médico concebida como una obligación de medios ha sido atemperado, y actualmente en muchas ramas de la medicina se concibe a la actividad médica como una obligación de resultados, tal es el caso de la cirugía estética, en la que se contrata para la obtención de un resultado.

La responsabilidad civil surge así como la obligación del médico de reparar las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios cometidos en el ejercicio de su profesión. Una de las cuestiones más difíciles de resolver en los casos de mala práctica médica es probar la culpa. El principio general que rige en materia probatoria es que quien alega un extremo, hecho o conducta debe probarlo.

Resulta en estos casos, y bajo este principio, muy complejo para el paciente probar la negligencia médica cuando el paciente ha sido objeto de una intervención quirúrgica y se encuentra bajo efectos de anestesia, esta situación es compleja para los pacientes a la hora de poder demostrar un error médico. Al respecto, Jorge Peyrano (2008, 80), destaca que

hoy en día este principio ha sido flexibilizado gracias a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, en ese sentido, la carga probatoria pesa sobre quien está en mejores condiciones fácticas, técnicas o profesionales para producir la prueba respectiva.

Se cree que el paciente debe probar los daños y su extensión, pero el médico por su parte debe demostrar que fue diligente y cumplió con los recaudos que su ciencia impone al acto médico. La culpa puede haber sido grave o leve, pero en la medida en que produjo un daño, el médico tiene la obligación de responder. En este sentido, puede haber incurrido en negligencia, en impericia o imprudencia, o en inobservancia de las leyes y reglamentos.

Dentro de esta perspectiva, la negligencia es indicativa de que el médico no observó el empeño que era necesario, no realizó todos los controles debidos y no prestó la suficiente atención ni seguimiento al paciente. La impericia comporta falta de aptitud o conocimientos y experiencia suficiente por parte del profesional; la imprudencia, por su parte, es aquella conducta médica que exceda lo que es normal para el caso, de modo que ocasiona riesgo al propio paciente, ya sea actuando en forma apresurada, prescribiendo dosis altas de un medicamento, utilizando una técnica incorrecta o bien, probando en el paciente sustancias o productos medicinales no reconocidos científicamente.

Conjuntamente con los discernimientos anteriores, en el mundo actual convergen una diversidad de sistemas judiciales e interpretaciones legislativas a efectos de investigar la responsabilidad derivada de la mala práctica médica. Hoy en día, existen opiniones encontradas acerca de la responsabilidad del médico y se discute si la misma es contractual o extracontractual, ubicándola generalmente dentro de los contratos, pero ello no es óbice para que eventualmente pueda darse una relación extracontractual, como en los casos de urgencias. Del mismo modo, puede observarse que, en las instituciones de salud pública, los pacientes no pueden escoger a su médico tratante. La relación médico-paciente es asignada por un proceso burocrático y aleatorio, en el cual la responsabilidad no está preconstituída en forma contractual alguna.

Dentro de esta perspectiva, cabe advertir que el error humano es solamente parte del problema. Los sistemas de atención de salud están colmados de problemas sistémicos.

Se prescriben medicamentos equivocados -con resultados mortales en ocasiones- debido a recetas médicas y pedidos escritos a mano que son difíciles de leer. Otras veces se confunden los medicamentos debido al parecido de sus etiquetas. Son comunes los descuidos en este campo, se debe advertir que el fenómeno ha sido imparable y que las reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios ocasionados a la salud han crecido en proporciones alarmantes para los profesionales.

Los médicos detentan uno de los oficios más excitantes, antiguos, nobles y satisfactorios de la historia. Se tiene una tradición de seis mil años y pruebas fehacientes que datan de milenios de una actividad que ya hacía exitosas incursiones en el cuerpo humano en lo concerniente a heridas y fracturas. Los primeros éxitos de la medicina fueron, sin lugar a dudas, quirúrgicos. Existen pruebas arqueológicas que datan del año 4.000 a.C. y que muestran mineralitos y agujas de hueso empleados en la sutura de heridas de gran magnitud.

El médico sacerdote Asclepiades, vinculado a la mitología griega y que los romanos llamarían Esculapio, venerado en el siglo VI a.C., formuló sabios consejos a su hijo, aspirante a médico, le dijo:

“...renuncia a la vida privada, no cuentes con hacerte rico con oficio tan penoso, considérate bien pagado con la dicha de una madre, con una cara que sonrío, con la paz de un moribundo a quien ocultas la llegada de la muerte. Si ansías conocer al hombre, penetra en lo trágico de su destino, hazte médico, hijo mío”.

Hipócrates, padre de la medicina, 500 años a.C., legó a la posteridad su célebre juramento, comprendió lo que debe ser la conducta de cualquier médico de ayer y de hoy.

Juramento Hipocrático

“Juro por Apolo el Médico y Esculapio y por Higia y Panacea y por todos los demás dioses y diosas, poniéndolos de jueces, que este mi juramento será cumplido hasta donde tengo poder y discernimiento. A aquel quien me enseñó este arte, le estimaré lo mismo que a mis padres; él participará de mi mantenimiento y si lo desea participará de mis bienes. Consideraré su

descendencia como mis hermanos, enseñándoles este arte sin cobrar nada, si ellos desean aprenderlo.

Instruiré por precepto, por discurso y en todas las otras formas, a mis hijos, a los hijos del que me enseñó a mí y a los discípulos unidos por juramento y estipulaciones, de acuerdo con la Ley médica, y no a otras personas.

Llevaré adelante este régimen, el cual, de acuerdo con mi poder y discernimiento, será en beneficio de los enfermos y les apartará del perjuicio y el error. A nadie daré una droga mortal aun cuando me sea solicitada, ni daré consejo con este fin. De la misma manera, no daré a ninguna mujer supositorios destructores; mantendré mi vida y mi arte alejado de la culpa.

No operaré a nadie por cálculos, dejando el camino a los que trabajan en esa práctica. A cualesquier casa que entre, iré por el beneficio de los enfermos, absteniéndome de todo error voluntario y corrupción, y de lascivia con las mujeres u hombres libres o esclavos.

Guardaré silencio sobre todo aquellos que en mi profesión, o fuera de ella, oiga o vea en la vida de los hombres que no deba ser público, manteniendo estas cosas de manera que no se pueda hablar de ellas.

Ahora, si cumplo este juramento y no lo quebranto, que los frutos de la vida y el arte sean míos, que sea siempre honrado por todos los hombres y que lo contrario me ocurra si lo quebranto y soy perjuro”.

Es en la edad media cuando empiezan a aparecer reglamentos para la actividad médica y quirúrgica, como los del rey Rogelio II en 1140 y los del emperador Federico, quien mediante su “ley médica” reglamentó la formación y el ejercicio de la medicina en aquella época.

El Dr. José María Vargas, gloria de la medicina, valor del patrimonio nacional venezolano, reformador de los estudios médicos, fue un verdadero precursor al señalar la importancia de la moral médica y, al respecto, afirmaba: “es preferible formar hombres de honor y moralidad a formar sabios”.

3.2. Etimología de la frase malpraxis médica

Se hace necesario reseñar un estudio realizado por Aguiar Guevara (2008, 6) sobre el vocablo *malpraxis*. Considerado el referido autor como el padre del Derecho Médico en Venezuela y fundador de la Cátedra de Derecho Médico en una de las universidades más prestigiosas del país, luego de un análisis del origen etimológico de las palabras “mal” y “praxis”, así como de la incorrecta conjugación de las raíces, en forma complementaria, pues una es latina y la otra es griega, consideró que las mismas no deben ser mezcladas. Dentro del referido estudio, señala que la

palabra *praxis* corresponde a una raíz griega y está referida a la práctica como oposición a la teoría, es decir, ejercicio de cualquier arte o facultad o destreza adquirida o puesta en funcionamiento.

Al referirse a la palabra “mal”, considera que tiene varias acepciones, una de ellas corresponde como apócope de malo y siempre se coloca delante de un sustantivo masculino, cuando es usado como adjetivo, como por ejemplo “mal vino”, “mal sabor”, no obstante, argumenta que es incorrecto decir “mal práctica”, pues este último es un sustantivo femenino y en consecuencia, lo correcto sería “mala práctica”, y en eso concluye el autor.

Ahora bien, en su forma adverbial, la palabra *malpraxis* proviene de la raíz latina *male* y significa una forma contraria a como debe ser algo, contrariamente a lo deseado, como por ejemplo, “hoy me siento mal”, “esto sabe mal”; cuyos sinónimos serían: desacertadamente, indebidamente, difícilmente. Debido a tales consideraciones, el autor *in comento* precisa que es una incorrecta conjugación de ambas raíces en forma complementaria, pues una es latina “male”, con una griega “praxis”, las cuales no deben mezclarse. Asimismo consideró, sobre el vocablo “dys, dis”, que en su forma latina –dis-, denota negación o contrariedad, disconformidad; y en su forma griega –dys- corresponde a un prefijo que denota dificultad o anomalía, discrepancia de una regla de conducta.

De igual forma, señala el citado autor que en medicina existen muchos términos cuyo prefijo (disconformidad con lo normal) es *dys*, para denotar que el sustantivo calificado lo es negativamente, pero no por ausencia, sino porque se realiza en forma no acorde con el patrón establecido o esperado, por ejemplo, *dysnea*, que significa respiración defectuosa; *dysartria*, que es articulación defectuosa de la palabra; *dyslexia*, anomalía en la comprensión de la lectura; *disfonía*, que quiere decir, trastorno de la fonación. De manera que siendo el prefijo griego una marca valorativa de una conducta no acorde con lo que debería ser lo normal, lo prudente sería aceptar que el término correcto para significar una puesta en funcionamiento de una práctica médica distinta a la pautada por la *lex artis*, sería *dyspraxis* médica.

No obstante, el autor llega un poco más allá, y precisa que en el idioma inglés, el correcto término es *malpraxis*, al que antes se hizo referencia y del cual se comentó que

por una derivación incorrecta del mismo es aceptada malpraxis en la lengua castellana; ahora bien, toda vez que el correcto término en el idioma inglés es *malpractice*, que significa “término legal utilizado para denotar hacer equivocado, negligencia en el deber” y según la enciclopedia jurídica, *malpractice* se corresponde a la culpa profesional, es decir, la violación de las obligaciones que pesan sobre la culpa de los profesionales en ejercicio.

Advierte, asimismo, que el término no es exclusivo sólo de los médicos, ya que está referido también a todo incumplimiento de obligación de deber, que de forma culposa comete cualquier profesional en el ejercicio de su profesión, arte u oficio; pero que en definitiva, cuando se refiere a culposos, devenidos de la incorrecta puesta en práctica del conocimiento y destreza del ejercicio médico, el término correcto de dispraxis médica es mala práctica médica; sin embargo, afirma que para la doctrina internacional el término es responsabilidad (civil y penal) del ejercicio profesional médico.

Así pues, el citado autor señala que el origen de la palabra es un anglicismo, incorrectamente aceptado para hacer referencia a la práctica médica defectuosa, ello se debe a la influencia que la escuela anglosajona ha ejercido en el desarrollo de la responsabilidad legal médica en algunos países, incluida Venezuela, por lo que se hace fácil entender que el vocablo compuesto inglés *malpractice* pudiera, por derivación incorrecta, aceptar la criticada malpraxis médica.

Coherente con el análisis del autor y para los efectos de esta investigación el vocablo a utilizar es el de “mala práctica médica”, en lugar de “mala praxis médica”, a reserva de los comentarios señalados, tanto por la doctrina y jurisprudencia nacional como la extranjera, que hagan uso del vocablo mala praxis médica, malpraxis médica y que sean reseñados en esta investigación.

3.2.1. Definición de mala práctica médica

Zuccherino, citado por Hernández Nelson (1999, 59), define la mala praxis médica como:

“...aquella que consiste en una incorrecta o errónea aplicación, en la realidad, de conocimientos teóricos que se presumen debidamente adquiridos al poseer el

interviniente una verdadera carta de idoneidad como supone el título y la habilitación respectiva para el ejercicio profesional en cuestión”.

3.3. Causas de la mala práctica médica

Las causas más frecuentes de insatisfacción, reclamo, demanda por mala práctica médica tienen que ver con negligencia, imprudencia, impericia, errores de prescripción terapéutica, en particular con la prescripción de medicamentos.

3.3.1. Negligencia

Está considerada básicamente la negligencia como la falta de diligencia, y diligencia comprende: cuidado, celo, solicitud, desvelo en la ejecución de alguna cosa o función, esmero. De tal manera que la negligencia es la omisión, más o menos voluntaria, pero siempre consciente, de la diligencia. La negligencia es, entre otras cosas, el no hacer, el dejar de hacer algo debido; y el no hacerlo con esmero, cuidado y celo. “Es una actitud negativa pero aún consciente”.

Al respecto, Enrico Altavilla (1999, 5), señala:

“La negligencia se tiene, no solamente por dejar de hacer algo, sino también por el modus operandi, esto es, por el descuido en la propia conducta, en cuanto se obra de manera distinta a como se debería; pero esto también puede verificarse por inferioridad técnica, en cuyo caso se hablará de impericia, o por ligereza, y se hablará de imprudencia; en cambio, si se han descuidado normas comunes a la vida civil, se hablará de negligencia. El médico que no se desinfecta; si lo hace por ignorancia, será imperito; si lo hace por descuido, será negligente”.

3.3.2. Imprudencia

Imprudencia es la falta de prudencia. Es la negación consciente del discernimiento, del buen juicio, de la cautela, de la circunspección, previsión y la precaución. El imprudente obra sin estas cualidades, sin medida; actúa con precipitación y con olímpico desprecio de las circunstancias que pueden derivar de su comportamiento; a veces basado en un exceso de confianza en sí mismo y en la confianza de que las cosas no van a suceder y si suceden él puede evitarlas. Si actúa apartado de la cautela necesaria, apartado del buen juicio, se traduce entonces en una conducta peligrosa. Para Nelson Hernández (1999, 126), la

imprudencia es una de las formas con la que se puede incurrir en culpa y sostiene que, en el área de la salud, queda configurada, en el supuesto de una intervención quirúrgica, por el olvido; a manera de ejemplo, dejar una compresa en las vísceras de un paciente y cerrar la cavidad abdominal.

3.3.3. Impericia

La impericia es la falta de conocimientos calificados, falta de experiencia valiosa en un arte o ciencia. Es la defectuosa preparación de una persona para ejercer la profesión, arte o industria para la cual se presume apta. Al respecto, Rosell, citado por Aguiar Guevara (2008, 300), indica que la impericia pudiera confundirse con la imprudencia; sin embargo, existe un límite entre ambas. Si el agente actúa con falta de conocimiento en una materia, pero convencido de tener la habilidad o conocimiento, actúa sin prever, por tanto el resultado dañoso que producirá estará en el campo de la impericia; el actor, sin prever el resultado, actuó causando un daño. Agrega, además, que si el agente, conociendo que era incompetente para realizar la acción por carecer de la habilidad y destreza requerida para tal acto, lo ejecuta y causa un daño, su conducta más que imperita es imprudente.

3.4. Consecuencias de la mala práctica médica

Como consecuencia de un accionar profesional realizado con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, se puede provocar un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente.

3.4.1. El daño

Adriano De Cupis (1996, 81), considera que el daño es un perjuicio producido por una determinada persona a causa de la inobservancia de una norma, que para obtener un resultado favorable le impone una determinada conducta, causándole consecuencias desfavorables. En este sentido, el daño es el fundamento del restablecimiento

patrimonial. Es uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil y administrativa, sin cuya existencia o demostración no cabe decretar la indemnización.

Por su parte, sostiene Ruiz Orejuela (2006, 33), que en materia de responsabilidad médica los daños sólo se causan a las personas naturales, se materializan en el cuerpo o en la salud y son sumamente graves, ya que limitan o imposibilitan la vida normal del afectado. De acuerdo con lo señalado, indica que los daños no sólo se le causan a las personas sino también a su patrimonio, debido a la necesidad de gestionar económicamente los bienes para cubrir los gastos de tratamientos y hospitalización para salvar la vida de las personas víctimas de una mala práctica médica, ya que hasta ahora no hay en Venezuela pólizas de seguros para cubrir los daños producidos por esa circunstancia, como tampoco está prevista una norma que directamente contemple el resarcimiento por parte de las personas o instituciones de salud para que respondan por esta misma causa.

3.4.1.1. Tipos de daños

Entre los tipos de daños causados por la mala práctica médica se tienen el daño moral y el iatrogénico.

3.4.1.1.1. Daño moral

El daño moral es la lesión sufrida por la víctima en sus sentimientos, creencias, honor o reputación o en su vida psíquica. Al respecto, el Código Civil venezolano, establece la reparación del daño moral en el artículo 1196:

“La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito.

El juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su

familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada.

El juez podrá igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima”.

Señala Melich Orsini (1997, 167), que el daño moral es por exclusión el daño no patrimonial y es aquel que no recae sobre el patrimonio de una persona, o que cayendo sobre bienes, ocasione o no lesión material en los mismos, causa perturbación anímica en su titular, es un daño espiritual. Igualmente, señala que, el daño moral es una lesión ocasionada en los bienes no económicos de una persona y lesiona derechos propios de la personalidad no estimable en dinero.

Por su parte, Tulio Chiossone (1998, 29), afirma: “No es humano ni ajustado a derecho que los daños morales queden sin reparación, como no es tampoco moral que el ofensor o culpable permanezca impasiblemente sin siquiera sufrir menoscabo en su patrimonio material”. El mismo autor hace referencia al *daño moral lato o impropio* y señala al respecto que este tipo de daño, si bien no toca directamente al patrimonio, puede reflejarse sobre él y, en consecuencia, puede recaer sobre las cosas materiales. Adicionalmente explica que la integridad corporal y la salud física no son bienes patrimoniales, pero se necesitan para la actividad de la lucha por la vida, y las alteraciones de tales elementos pueden dañar el patrimonio material. De manera ilustrativa indica que el descrédito mismo es un daño moral, porque no toca directamente el patrimonio, pero sí puede afectarlo, toda vez que el buen nombre y la reputación tienen gran importancia en la consecución y manejo de los bienes materiales.

En el daño moral, más que en ninguna otra especie de daño, su reparación afectiva o natural es imposible, de manera que no queda otro remedio que acudir a una indemnización para resarcir o compensar el daño sufrido, por lo que el reclamante de daño moral recibirá sin repugnancia moral una suma de dinero, la cual no está destinada a reparar su honor o afecciones ultrajadas por el hecho ilícito. El afectado no repone lo moral porque no tiene precio, de forma que el dinero no puede hacer desaparecer el dolor

de la madre por la pérdida de un hijo, por ejemplo, pues no existe una suma de dinero sustituta (Jiménez Salas, 2000, 197).

Comporta simplemente una sanción por el daño moral causado, pues devolverle a la víctima el pleno disfrute de los derechos, intereses, afectos que le fueron causados es difícil; igualmente difícil para el juez determinar cuánto vale el dolor de una madre por la muerte de su hijo o el precio del deshonor, pero **por esa dificultad de determinar su monto, no es justo que el ofensor permanezca tranquilo y no se indemnice a la víctima** (negritas nuestras).

La extinta Corte Suprema de Justicia de Venezuela (hoy Tribunal Supremo de Justicia), en sentencia de fecha 10 de octubre de 1991, en forma reiterada, pacífica y aún vigente explica:

“El daño moral es aquel inferido a derechos inmanentes a la personalidad o valores que pertenecen más al campo afectivo que a la realidad económica: un inconveniente que presenta la equitativa reparación del daño moral, se encuentra en la naturaleza puramente subjetiva de la valoración del daño sufrido, la que nunca podrá ser tildada de improcedente o injusta. El daño moral no es susceptible de prueba, sino de estimación: lo que debe acreditarse plenamente en una reclamación por daño moral es el llamado hecho generador del daño moral, es decir, el conjunto de circunstancias de hecho que generan la aflicción cuyo petitum dolores se reclama.

Probado que sea el hecho generador, lo que procede es una estimación, lo cual se hace al prudente arbitrio del Juez, analizando la importancia del daño, el grado de culpabilidad del actor del daño, la conducta de la víctima y la llamada escala de sufrimientos morales, valorándolos para llegar a una indemnización razonable, equitativa y humanamente aceptable”. (Colección Pierre Tapia, volumen 11, noviembre, 1994).

Ahora bien, de acuerdo con lo antes señalado, puede decirse que el médico es una de las personas que ejerce gran influencia en el estado de bienestar físico, mental y social de su paciente. Es por ello que su actuación puede causar intranquilidad, irritabilidad, angustia, desasosiego, preocupación, ánimo decaído, tristeza, depresión, y vergüenza por una vida limitada y desmejorada.

Debido a ello y concordante con los principios conceptuales de la Organización Mundial de la Salud (OMS), los que expresan claramente que “salud no sólo es ausencia

de enfermedades, sino el completo estado de bienestar físico, mental, social y ambiental que tiene un individuo”. Por lo que un actuar médico imprudente y negligente tipifica la conducta establecida en el artículo 1185 del Código Civil venezolano, que establece:

“El que con intención o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.

Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo en el ejercicio de su derecho los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”.

De manera que, según Aguiar Guevara (2008, 427), la pérdida de la salud de un miembro, de un órgano, los sufrimientos morales, no tienen precio y no existe cantidad alguna que pueda restituir verdaderamente el estado anterior del sujeto.

3.4.1.1.2. Daño iatrogénico

Para Nelson Hernández (1999, 52), iatrogenia es el término utilizado para denominar toda alteración del estado del paciente, producida o provocada por el médico, y está compuesta de las palabras *iatro*: médico y *gene*: origen, generar, que expresa que proviene del médico sin llegar a calificar qué es lo que el médico en realidad ha provocado.

Indica Aguiar Guevara (2008, 97), que este tipo de daño tiende a confundirse con aquel daño provocado por el médico como consecuencia de una mala orientación o mal empleo de su técnica, pericia o conocimiento. Se cree, asimismo, que al daño iatrogénico se le ha dado una errada concepción que hace suponer que el daño originado por el médico es siempre equivalente a una mala práctica médica. La misma fuente bibliográfica revela que el término iatrogenia es interpretado por muchos autores de manera simplista, y es precisamente esa forma simplista la que se traduce en falta de información y se convierte en otro factor generador de demandas médicas.

El diccionario médico ilustrado Dorland, comentado por el citado autor, considerado como uno de los más completos, define: “Iatro” como las técnicas de la práctica médica o quirúrgica y “iatrogénesis” como un término que se aplica a desórdenes adicionales

inducidos en el paciente como consecuencia o resultado de la medicina misma o del médico.

Ahora bien, es necesario advertir que una afección iatrogénica es aquella que debe tener un origen en la medicina o en el médico. Así se tiene que Thomson, citado por Aguiar Guevara (2008, 98), explica que enfermedad iatrogénica “es aquella inducida por un médico, por ejemplo, la neurosis resultante como diagnóstico médico de una enfermedad física, como sería un cáncer”. Para Vélez Correa, citado por el mismo autor, la iatrogenia “es la acción adversa o perjudicial que resulta directa o indirectamente de la actividad diagnóstica o terapéutica del equipo de salud”. Lógicamente, deben incluirse todas aquellas reacciones secundarias producidas por los medicamentos, sustancias y técnicas que se emplean en medicina.

A título ilustrativo, se hace referencia a un caso de iatrogenia reseñado por Aguiar Guevara (2008, 98), ceñido a una actividad diligente y prudente del cirujano que interviene a una paciente de una patología quirúrgica amplia de la glándula tiroides, en el que explicó suficientemente al paciente, quien a su vez manifestó un consentimiento válido para la intervención; producto de la propia técnica quirúrgica, una gran porción de la tiroides es extirpada y quizás algo de tejido paratiroideo. La subsecuente enfermedad por hipofunción glandular no puede ser atribuible al médico por su actuación; es una enfermedad o trastorno consecuencia de un acto médico, es una “enfermedad iatrogénica”; pero no por ello se ha de hablar de mala práctica del cirujano.

Caso contrario a lo expuesto, y en el cual sí habría responsabilidad del cirujano, es cuando por su impericia, imprudencia o negligencia en la misma operación lesionara el nervio recurrente laríngeo y produjera una enfermedad o trastorno producto del acto

médico-quirúrgico, pero por ser inherente a la técnica en sí misma, en este caso no se puede hablar de iatrogenia, sino de “mala práctica médica”.

3.4.2. Requisitos del daño

Entre los requisitos del daño se tiene que este debe ser:

- **Cierto:** debe tener existencia real, presente o futura y no solamente hipotética, lo que impone la probabilidad objetiva de su existencia; se consideran como daños actuales los producidos hasta el momento de la sentencia y daños futuros los que ciertamente han de ocurrir con posterioridad a ella.

De acuerdo con el principio del interés, la certidumbre del daño supone siempre una concreta individualización y está dirigida a estudiar la situación en concreto de la víctima, a los fines consiguientes de poder establecer con certeza la repercusión efectiva que ha tenido el evento dañoso en el patrimonio del damnificado.

Este daño cierto es y debe ser, por tanto, determinado o determinable. Según Palacios, si la víctima ocurre ante el juez invocando el artículo 1185 del Código Civil vigente y no consigue determinar con precisión en qué consiste el daño, su extensión y la base para su determinación, la declaratoria de la acción será inevitablemente: Sin Lugar. Además afirma que está obligada la víctima demandante a la determinación del daño a tenor de lo dispuesto en el artículo 340, ordinal 7, del Código de Procedimiento Civil venezolano, cuando ordena a precisar en el libelo de la demanda la cuantía exacta de los daños a reparar:

Artículo 340: El libelo deberá expresar:

Ordinal 7: Si se demandare la indemnización de daños y perjuicios, la especificación de éstos y sus causas.

- **Actual:** El daño considerado a ser reparable debe ser el daño actual, el ocasionado directamente a la víctima en el momento de sucederse el hecho ilícito que lo condiciona.

El artículo 1275 del Código Civil estipula que los daños y perjuicios relativos a la pérdida sufrida no deben extenderse sino a los que son consecuencia inmediata y directa a la falta de cumplimiento de la obligación.

Sin embargo, hay ciertos daños futuros que son consecuencia directa e inevitable de un daño presente, y aunque no es posible condenar a daños y perjuicios en reparación de un daño puramente eventual, es de otro modo cuando el perjuicio, aunque futuro, se desprende del hecho como una prolongación de estado de cosas del actual. Por lo que se debe resarcimiento o reparación, no sólo en el daño puramente actual, sino también en el caso del daño eventual como prolongación del actual, así como también del daño futuro si goza de vocación de certeza, como en el caso del lucro cesante.

• **El daño no debe haber sido reparado:** la acción por responsabilidad civil con ocasión del hecho ilícito se extingue con la reparación del daño. Si el daño ha sido reparado: a) espontánea y voluntariamente por el agente causal o por quien devino responsable; b) como consecuencia de una sentencia condenatoria judicial; o, c) porque una tercera persona haya indemnizado a la víctima en nombre del agente causal, la correspondiente acción civil se extingue toda vez que el fin mismo de la acción ha sido ya conseguido; debiendo excluirse aquellas ayudas de caridad o beneficencia, fortuitas, generosas y espontáneas de algunos particulares y que no pueden reconducirse casualmente al acto ilícito, no presentándose como consecuencia susceptible de compensación con los demás efectos dañinos y que, por tanto, entran o se permiten, según la doctrina y jurisprudencia, como cúmulo de indemnizaciones.

• **Debe afectar el derecho de la víctima:** derecho que debe ser legítimo, amparado y tutelado por el derecho. Si con ocasión de una imprudencia o negligencia, y como consecuencia de un acto quirúrgico o anestésico, se produce la muerte de una persona, quien estaba obligada legalmente con una pensión alimentaria a favor de un ascendiente, por ejemplo, este tiene un interés legítimo en un derecho que es amparado

o tutelado por la ley y tiene por tanto derecho a la acción de indemnización por el agente causante del daño.

• **Personal de quien lo reclama:** es evidente que la acción de indemnización o resarcimiento debe ser de aquel que tenga legítimo interés y sea personal; de quien lo reclama. Así, puede reclamar directamente la víctima por el daño ocasionado, o en su defecto, el juez puede acordar una indemnización a los parientes, afines o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1196 del Código Civil venezolano vigente.

3.5. La culpa

Para Jiménez Salas (2000, 205), “la culpa es una actuación indebida de una persona que produce un daño, o la actuación inesperada de un agente, que de racionalizarlo, no lo hubiere realizado”.

Labarca Pacheco (s/f, 24), quien cita a su vez a Planiol, indica: “la culpa es el incumplimiento de una obligación preexistente”. Igualmente, cita a los hermanos Mazzeud y señala que también han intentado proponer una definición de la culpa que ellos denominan definición general de culpa y al efecto, señalan: “La culpa es un error tal de conducta que no se habría cometido por una persona cuidadosa, situada en las mismas circunstancias externas que el demandado”.

Asimismo, comenta el autor que esta definición luce completa, porque abarca tanto la culpa intencional como los casos de obligaciones determinados (o de resultado) y los

de obligaciones de prudencia y diligencia. Para el autor citado la culpa es “el incumplimiento voluntario de una obligación”.

3.5.1. Graduación de la culpa

Para Miliani Balza (2004,30), en el derecho moderno la culpa se gradúa en: culpa grave, culpa leve y culpa levísima.

• **Culpa grave:** es aquella en la que incurre una persona sumamente torpe, está en la frontera con el dolo y se califica como un error de conducta imperdonable, porque quien incurre en ella está seguro de sus resultados dañosos.

• **Culpa leve:** es aquella en la que el juez compara la conducta del agente del daño con el tipo ideal abstracto del buen padre de familia para conseguir la culpa leve *in abstracto*. Es la falta de un comportamiento que puede evitarse, al proceder con el cuidado y la diligencia de una persona normal.

• **Culpa levísima:** es la que no incurrirá un hombre de gran perspicacia, de una gran previsibilidad, que solo evitan personas muy cuidadosas. Es un error en el cual es muy común incurrir y, sin embargo, es evitable.

3.5.2. La culpa médica

No existe en la doctrina una definición específica de la culpa médica, hay autores que sostienen que la llamada culpa médica es una culpa común acaecida en un acto médico. Sostiene Enrico Altavilla (1999, 355), que en materia de responsabilidad médica el juez debe apreciar la culpa fuera de toda cuestión técnica como: derivada de hechos que revelan imprudencia o negligencia contrarias a las reglas del buen sentido y de la prudencia y fuera de toda discusión científica.

Según Aguiar Guevara (2008, 73), el derecho de libertad que tiene toda persona de dedicarse a la actividad económica de su preferencia, consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 112, constituye el fundamento del

ejercicio profesional médico, el que evidentemente determina las condiciones en la actividad que se ha de desempeñar.

Al respecto, la Ley del Ejercicio de la Medicina en su artículo 13, como el Código de Deontología Médica en su artículo 12, consagran la prestación idónea de los servicios profesionales; asimismo, la libertad del médico para decidir acerca de la atención médica requerida por el enfermo, en la que el médico queda sometido, sin excepción, a los principios de responsabilidad en general y responde a título de culpa cuando ha sido errada su conducta; pues una vez establecido el daño y probada la culpa, se establece la obligación de reparación desde el punto de vista civil y la sanción condenatoria restrictiva de la libertad en el orden penal.

Labarca Pacheco (s/f, 33), sostiene que la institución jurídica dentro de la cual se articula la culpa es la teoría de la responsabilidad civil, entendida como una sola y única. Considera asimismo que algunos autores han insistido en diferenciar la culpa que emana de los contratos incumplidos de la que emana de los hechos ilícitos y otras fuentes de la ley; al respecto, señala que una de las diferencias que está íntimamente relacionada con la culpa es lo atinente a la carga de la prueba. Indica que en materia contractual le basta al acreedor alegar el incumplimiento de la obligación, mientras que extracontractualmente, la víctima tiene que probarlo positivamente.

Por otra parte, indica el citado autor que la diferencia entre las obligaciones de resultado y las obligaciones de medio parece ser el camino idóneo para abordar la prueba de la culpa. En ese sentido, argumenta que las primeras, las obligaciones de resultado, son aquellas en las que las obligaciones son claramente concretas, de manera que el deudor debe cumplir con el resultado, y no se libera sino probando causa extraña no imputable.

Por su parte, las segundas, las obligaciones de medio, son aquellas en las que el deudor está obligado a probar diligencia y prudencia en el desempeño de su deber, pero sin garantizar resultados. En las obligaciones de resultado le basta al acreedor probar la ausencia de un resultado y el deudor no podrá liberarse, sino probando que el

incumplimiento se debe a una causa extraña a él; se dice entonces que el acreedor no tiene que probar la culpa del deudor.

De igual manera, indica Labarca Pacheco (s/f, 33), que en las obligaciones de medio se hace necesario un examen de la conducta del deudor, pues quien demanda el daño debe probar la intención o la imprudencia o la negligencia del deudor y así poder establecer el incumplimiento de la obligación y el acreedor, por su parte, quien es la víctima, debe probar la culpa. Señala igualmente que la mayoría de las obligaciones contractuales son de resultado y eso explica que el acreedor no tenga que probar la culpa del deudor, sólo le basta alegar el incumplimiento, pero que en los casos de los contratos que tienen por objeto una determinada conducta sin garantizar un resultado, como por ejemplo, el de mera vigilancia, el de educación, el de servicios profesionales, el acreedor tiene necesariamente que probar la culpa.

En materia extracontractual, la mayoría de las obligaciones son de medio, pero también existen las obligaciones de resultado impuestas por la ley, como por ejemplo, el caso del principal que responde por el hecho de su dependiente o el caso del guardián de un animal o de una cosa que responde por lo que tiene bajo su guarda; en estos casos los responsables están obligados a impedir el resultado, y en caso contrario responden *iure*, suavizando la situación de la víctima del hecho ilícito. Concluye Labarca Pacheco (s/f, 34), señalando que “la víctima del daño siempre tiene la carga de la prueba de la culpa”.

Dentro de las obligaciones de medio, argumenta el mismo autor, necesariamente hay que probar la negligencia, la imprudencia, la impericia, que es por supuesto donde se materializa el incumplimiento; se plantea entonces un examen subjetivo del agente, donde los juristas se han percatado de lo “movedizo del terreno”, “lo que significa entrar a probar características psicológicas de una persona”, y en consecuencia, han recurrido a las presunciones unas veces *iure tantum*, otras de *iure et de iure* para relevar a la víctima de esa carga difícil de probar; pero en el caso de las obligaciones de medio se presenta esta carga de la prueba como ineludible.

Dentro de esta misma perspectiva, el autor argentino Pascual Berstein (2005, 62), reseña algunas inquietudes de su experiencia provenientes de profesionales de la Medicina y del Derecho, recogidas en distintos cursos o conferencias, en torno a los problemas que se presentan en la práctica judicial sobre los casos de mala práctica

médica, como: la culpa de la víctima, carga de la prueba, inversión de la carga de la prueba, historia clínica, error en el diagnóstico, responsabilidad contractual y extracontractual; cuyas respuestas tienen lugar a continuación. En cuanto a:

- **Culpa de la víctima:**

Se consideran culpas de la víctima las siguientes:

- No informar ampliamente y sin reservas al profesional.
- Negarse a revisarse.
- Incumplimiento de las prescripciones.

Debe tener en cuenta qué debe probarse en juicio, y por lo tanto, debería ser documentada y probar con testigos.

- **Carga de la prueba:**

- El paciente deberá probar la culpa del médico en la relación contractual.
- El médico puede adelantarse demostrando la no culpa o culpa ajena.

- Como el profesional o la institución tienen mayor posibilidad de aportar información que el paciente, en algunos casos se asumirá que el demandado no colabora con la prueba.

- **Inversión de la carga de la prueba:**

- Cuando se promete un resultado.
- Cuando los daños no son normales en el curso de un tratamiento se presume negligencia y se invierte carga de la prueba.

- **Historia clínica:**

Las omisiones, como, por ejemplo, la inteligibilidad de la escritura, son problemas técnicos censurables, pero no determinantes de culpa, salvo que por las mismas se

hubiese generado un daño por el que deberá responder (dosis ilegible, no especificar algunos controles necesarios, entre otros).

- **Error en el diagnóstico:**

- No existiría responsabilidad, ante un caso científicamente dudoso.

- Sí existiría responsabilidad, si otro facultativo prudente en iguales condiciones no hubiere cometido el mismo error.

- **Responsabilidad contractual:**

- No se compromete al resultado, sino tan sólo a poner medios adecuados para alcanzar esa finalidad (prescripción 10 años).

- Excepciones: estética - anatomía patológica - laboratorio - intervenciones quirúrgicas.

Una consulta médica aun realizada en un lugar inadecuado, si es respondida genera responsabilidad contractual.

- **Responsabilidad extracontractual:**

- Si la causa la inicia un pariente de un paciente fallecido (prescripción 2 años).

- Atender a un accidentado en la vía pública sería extracontractual. Si se es médico de ambulancia llamado por el accidente es contractual.

3.5.3. La prueba de la culpa médica

Considera Aguiar Guevara (2008, 365), que es difícil establecer un principio conceptual referido al sistema procesal probatorio de la culpa médica, especialmente por la escasa doctrina y jurisprudencia referida a la formación y experiencia de la culpa en materia médica. En los últimos años se han incrementado las demandas contra médicos casi todas de orden penal. A diferencia de otros países, en Venezuela son pocas las demandas de orden civil que buscan el resarcimiento o indemnización, no obstante, existen arreglos extrajudiciales que tienden a evitar litigios. La carga de prueba, señala

el referido autor, se hace ardua para el paciente agraviado o sus familiares, en ese sentido expresa:

“...toda vez que se les dificulta penetrar en el universo de la intrincada confraternidad médica; y por otra, se establece la infranqueable barrera de que la mayoría de las pruebas certeras se encuentran confinadas a sitios y personas que el vulgo ajeno a la práctica médica no puede alcanzar...”.

Para el referido autor, la culpa médica se presume. Ahora bien, se considera que el razonamiento de tal presunción, realizada por el autor es erróneo, en el sentido de que siendo la historia clínica una prueba no es dable su apoderamiento, como tampoco les pertenece el secreto médico. Hoy en día, toda decisión o norma que lesione o menoscabe derechos fundamentales, es contraria a la Constitución, por lo tanto, es nula; se considera que se subestima a la Constitución y, en consecuencia, se lesionan derechos fundamentales. En el caso del secreto médico, contraviene el derecho a la información, consagrado en el artículo 28, al debido proceso, establecido en el artículo 49, y el derecho a la igualdad, contemplado en el artículo 21 de la carta fundamental.

3.5.4. Cargas probatorias dinámicas

Es entendida como aquella teoría que surge como producto de la crisis de las reglas clásicas de la carga probatoria, por lo que bajo la denominación de “cargas probatorias dinámicas”, también conocidas como de la “solidaridad” de la prueba o “prueba compartida”, surge otra visión del esfuerzo probatorio mediante la cual se trata de superar y flexibilizar la rigidez que ostentan las reglas de la carga de la prueba y la aplicación de las mismas, en ciertas situaciones para alcanzar la verdad objetiva o el valor “justicia”, en casos de imposible o difícil disposición de pruebas.

La carga probatoria dinámica, según la autora Airasca Ivana, citada por Jorge Peyrano (2008,129), está definida como:

“...la facultad que se adjudica a las partes de probar, en su propio interés, los hechos que fundamentan su pretensión o excepción. Es un poder de facultad de ejercer libremente un acto previsto en una norma jurídica en beneficio

propio, sin coacción, pero cuya inexecución acarrea la pérdida del beneficio o de un chance”.

Jorge Peyrano (2008, 80), autor argentino, estudioso de la carga probatoria dinámica, ha señalado:

“El onus probandi se independiza de enfoques apriorísticos (hecho a probar, rol del actor o demandado) para limitarse a probar que la carga probatoria pesa sobre quien está en mejores condiciones fácticas, técnicas o profesionales para producir la prueba respectiva -es la que ha tenido más éxito y difusión especialmente en el campo de la responsabilidad civil médica derivadas de intervenciones quirúrgicas”.

Por otra parte, indica el citado autor:

“No puede sorprender la singular difusión que ha alcanzado la doctrina referida en el área de la responsabilidad civil por mala praxis médica, cuando se memora que ha nacido como un paliativo para aligerar la ímproba tarea de producir pruebas diabólicas que, en ciertos supuestos, se hacía recaer sin miramientos sobre las espaldas de alguna de las partes (actor o demandado) por malentender las tradicionales y sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la carga de la prueba” (2008, 80).

Las referidas reglas se contentaban con imponer rígidamente que la prueba debía correr por cuenta y cargo del actor o demandado, sin embargo, afirma Jorge Peyrano (2008, 80), que la fuerza de las cosas demostró que imponer al actor-víctima de una lesión quirúrgica en el interior de un quirófano la prueba acabada de lo que había ocurrido y de cómo había ocurrido era negarle toda oportunidad o chance de éxito. Son evidentemente, los médicos y las enfermeras que participaron en el acto quirúrgico quienes se encuentran en mejores condiciones para ofrecer y producir las pruebas respectivas y no la víctima.

Cabe destacar que la doctrina de la carga dinámica probatoria nace bajo la injusticia, producto de una “mala praxis médica” en la cual corresponde al paciente-víctima, o a sus

familiares, la carga de la prueba de un hecho ocurrido en la soledad de un quirófano. (María Tepsich, citada por Jorge Peyrano, 2008, 154).

3.5.5. La antijuridicidad y culpabilidad

Siendo la antijuridicidad un elemento de la responsabilidad, así como la culpabilidad, es dable hacer mención de ellas en relación con ciertas diferencias desde el punto de vista penal y civil. Al respecto, en el Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, Manuel Osorio (1986), refiere la antijuridicidad como “todo lo que es contra derecho”; y la culpabilidad como “la posibilidad de imputar a una persona de un delito, sea de orden penal o de orden civil, de haber incurrido en culpa determinante de responsabilidad civil o responsabilidad penal”.

De acuerdo con obras citadas por Reyes Echandía (1999, 30), se considera que la diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad parte de que existen normas objetivas de valoración; Welzel, citado por el mismo autor, considera a la antijuridicidad como relación entre acción y Ordenamiento jurídico que expresa la disconformidad de aquella con este; y agrega asimismo que:

“La realización de la voluntad no es como lo esperaba objetivamente el ordenamiento jurídico, respecto de acciones en el ámbito social. La culpabilidad no se agota en esta relación, *omissis*, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no se omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitir”.

Maurach, citado por Reyes Echandía (1999, 30), por su parte, puntualiza que la antijuridicidad es juicio sobre el acto, mientras la culpabilidad es juicio sobre el autor; igualmente, señala que la antijuridicidad constituye un juicio de reproche sobre una conducta en la medida en que ella vulnera sin derecho alguno intereses social y jurídicamente tutelados; en cambio la culpabilidad está directamente relacionada con la persona en cuanto nuestra voluntad de autor está en sentido distinto al obligado.

Para Aguiar Guevara (2008, 523), la antijuridicidad es la acción cometida por el agente, contraria a las normas objetivas que integran el derecho positivo vigente en un momento determinado. Mientras, Jiménez de Asúa, citado por el mismo autor, destaca que este elemento del delito se encuentra referido al conjunto de

presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. Es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

Miliani Balza (2004, 7), señala que algunos doctrinarios incluyen la conducta antijurídica como elemento del hecho ilícito, es decir, aquella conducta contraria a la ley, al orden público y a las buenas costumbres; sin embargo, considera que ello es así cuando la conducta del agente es intencional, no cuando es culposa, vale decir, cuando es imprudente, negligente o imperita, ya que estas son las causas del daño.

Dentro de este orden, señala el citado autor que en materia civil se engloba dentro del concepto de culpa tanto el acto intencional como el acto culposo y así lo ha establecido el artículo 1185 del Código Civil y a su vez agrega, que esa es la razón por la cual la mayoría de los doctrinarios patrios no consideran necesario incluir la antijuridicidad como un elemento del hecho ilícito civil. Comenta, igualmente, que la antijuridicidad es toda conducta o hecho que viola lo establecido por las normas de

derecho y que la norma puede ser expresa o también ser un principio general de derecho y en atención a ello realiza la siguiente clasificación:

- Civil: si viola un derecho subjetivo privado, que da origen a la responsabilidad civil, sancionada mediante la reparación de los daños y perjuicios causados.

- Penal: cuando una persona subsume su conducta dentro de los supuestos de una ley penal.

- Por violación de normas jurídicas de observancia general: da origen a las responsabilidades civiles extracontractuales.

- Por violación de normas de observancia particular: da lugar a la responsabilidad civil contractual.

De manera que la antijuridicidad puede originarse por acción u omisión del agente que causa el daño.

3.6. Las obligaciones en materia de mala práctica médica

3.6.1. La fuente de las obligaciones

Desde el derecho romano, y según Cayo, se reconocían dos fuentes de las obligaciones: aquellas que nacían como consecuencia de un contrato, cuyo origen era contractual, y aquellas que nacían fuera de los contratos, llamadas obligaciones extracontractuales. Para Pittier Sucre (2007,1008), en la relación contractual existe un vínculo previo entre las partes, es decir, un contrato, en la que las partes se conocen y cada una de ellas ha tratado de obtener una ventaja de la relación contractual.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, no existe ninguna relación previa entre la víctima y el agente del daño, quienes en la mayoría de los casos ni siquiera se conocen, hay un encuentro causal entre el agente o persona o cosa, por el cual responde el denominado “civilmente responsable”, la víctima inesperadamente sufre un daño como consecuencia de una actividad del agente productor del daño. Entre las obligaciones extracontractuales se encuentran, además del hecho ilícito, el pago de lo indebido, la gestión

del negocio, el enriquecimiento sin causa, todas perfectamente establecidas en los artículos 1178, 1173 y 1184, respectivamente, del Código Civil venezolano vigente.

El hecho ilícito, contemplado en el artículo 1185 del Código Civil vigente, establece al efecto lo siguiente: “El que con intención o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo”. Tanto los contratos como el hecho ilícito son las obligaciones de mayor trascendencia para abordar la naturaleza jurídica de la relación médico-paciente, así como las consecuencias jurídicas que de ellas se desprenden.

3.6.2. Obligaciones simples y complejas

Desde la perspectiva de las obligaciones, la doctrina distingue entre obligaciones simples y complejas, en ese sentido se tiene que la responsabilidad de reparar, resarcir o indemnizar para satisfacer, por sí o por otro, las consecuencias de un delito o una culpa, o cualquier otra causa legal, deviene en una obligación simple, cuando el acreedor exige el pago a un deudor; y en una obligación compleja, cuando existen uno o varios acreedores frente a varios deudores.

Esta responsabilidad viene dada por la capacidad del acreedor de coaccionar al deudor en el cumplimiento de una obligación por un contrato o por un hecho ilícito. También esa responsabilidad puede darse desde el punto de vista penal, en la que ya no se ataca al patrimonio personal del causante del daño, sino que queda comprometida la libertad personal. Pues ha de señalarse que esta investigación está orientada a la búsqueda de la responsabilidad en materia civil y no en el área penal.

Se considera que una obligación es simple cuando el agente productor del daño lo repara directamente. En tanto que las obligaciones complejas son aquellas que se originan cuando el obligado a la reparación, o resarcimiento o indemnización, no es el agente productor del daño, sino que es un tercero que deviene responsable por el ilícito cometido por la acción del agente productor del daño.

Estas responsabilidades están perfectamente establecidas en el Código Civil venezolano vigente: en el artículo 1190, cuando se trata de responsabilidad de padres, tutores, hijos menores de edad, preceptores y artesanos; en el artículo 1191, cuando la

responsabilidad corresponde a dueños, principales o directores, por los dependientes; en el artículo 1192 se establece la responsabilidad cuando se trata de dueños por animales a su cuidado; y en el artículo 1193 cuando la responsabilidad es de toda persona por las cosas que tiene bajo su guarda. En tal sentido, los mencionados artículos expresan:

“Artículo 1190. El padre, la madre, y a falta de éstos, el tutor, son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de los menores que habiten con ellos.

Los preceptores y artesanos son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de sus alumnos y aprendices, mientras permanezcan bajo su vigilancia...”

“Artículo 1191. Los dueños y los principales o los directores son responsables del daño causado por el hecho ilícito de sus sirvientes y dependientes, en el ejercicio de las funciones en que los han empleado”.

“Artículo 1192. El dueño de un animal o el que lo tiene a su cuidado, debe reparar el daño que éste cause, aunque se hubiese perdido o extraviado, o no se pruebe que el accidente ocurrió por falta de la víctima o por el hecho de un tercero”.

“Artículo 1193. Toda persona es responsable del daño causado por las cosas que tiene bajo su guarda, a menos que pruebe que el daño ha sido ocasionado por la falta de la víctima, por el hecho de un tercero, o por caso fortuito o fuerza mayor”.

Estos preceptos legales revisten singular importancia, en materia de responsabilidad médica, por cuanto permiten establecer responsabilidades de la institución médica hospitalaria, del médico adjunto con respecto al médico residente, asimismo, establecerá la responsabilidad devenida por la guarda, custodia y obligación de mantenimiento de equipos médicos, la de dueños y principales, directores de instituciones públicas y clínicas privadas por el hecho ilícito de sus dependientes.

3.6.3. Obligaciones del médico: de medios o de resultados

Señala Nelson Hernández (1999, 87) que en 1928, el tratadista francés René Demogué, estudiando los temas de responsabilidad contractual, propuso distinguir entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, tomando en cuenta el objeto de la obligación. Para Demogué, en ciertas circunstancias el deudor promete un resultado y

en otras sólo se compromete a observar una conducta prudente y diligente a fin de lograr un determinado efecto.

Se considera que las obligaciones del médico son de las denominadas obligaciones de medios, entendidas como aquellas que sirven de instrumento para alcanzar fines. De manera que el médico no debe, por contravención a las reglas éticas, garantizar o asegurar resultados positivos o favorables derivados de su actuación, porque la medicina no es un fin, sino un medio para alcanzar la salud del enfermo. El médico se compromete a aplicar todos sus conocimientos, sus habilidades, sus capacidades y entrenamiento al servicio de una causa, que no es otra cosa que la salud del enfermo, siendo aleatorios y contingentes los resultados.

Para que surja una relación con proyección jurídica entre el médico y su paciente, se requiere el acuerdo de voluntades, a fin de que se dé inicio a las actividades profesionales del médico, con relación a sus servicios y a su especialidad. De allí, surgen entonces las obligaciones que según el fin perseguido pueden ser de medios o de resultados o de fines.

En cuanto a las obligaciones de medios, el deudor se exonera probando que empleó la debida diligencia y prudencia, es decir, ausencia de culpa. En la responsabilidad civil médica el médico puede demostrar que el paciente no se curó a pesar de haberse empleado todos los medios y diligencias requeridas, según indica Yépez Restrepo (1996, 110).

En este sentido, Aguiar Guevara (2008, 120), señala que a lo que está obligado el médico es a emplear toda su diligencia, cuidado, destreza, conocimiento, los medios adecuados para la obtención del fin, pero sin garantizar el resultado. En la obligación de resultados, se debe acotar que en este tipo de obligación la prestación del deudor es precisa, determinada, garante, es un fin en sí misma y no la consecución del resultado. Constituye prueba suficiente del incumplimiento del deudor.

El referido autor patrio sostiene que históricamente las obligaciones de medio, liberales e intelectuales de la profesión médica, dependen mucho de la interacción de

sustancias, drogas, medicamentos, procedimientos, procesos orgánicos, metabólicos, inmunológicos, que hacen impredecible y no garantizan el resultado final del procedimiento diagnóstico y/o terapéutico seleccionado; en ese sentido, cita a Galán Cortés, para el referido autor la obligación del médico es en principio una obligación de medios, “dado que su parcela de actuación es inexacta, en tanto que en ella intervienen elementos extraños, de difícil previsibilidad, que pudieran proporcionar errores de muy distinta naturaleza...” (Aguar Guevara, 2008, 133).

Explica, asimismo, que actualmente existen actividades médicas en las que no es posible prescindir del resultado, tales como la cirugía estética, la genética, trasplantes, anatomía patológica, ciertos exámenes paraclínicos o clínicos, radiología, ecosonografía, bioquímicos; de los cuales deviene una obligación tendiente a ser considerada de resultados.

Considera igualmente que existen conductas del médico, generalmente en este país, que infunden una extrema confianza en el paciente al advertirle e informarle que “todo va a salir bien”, que es una “operación sencilla”, “el resultado está garantizado” y realmente lo que está ofreciendo es un resultado sin darse cuenta de la relevancia jurídica contenida en ellos. Esto paralelamente a los innumerables avisos de prensa, radio y televisión, en los que tratamientos mágicos, curas definitivas, institutos que garantizan un resultado no sólo cosmetológico, sino estético, aplicación de láser, cirugía correctiva de ojos, al igual que medicina alternativa, productos importados, entre otros.

Respecto a la obligación de resultados, como previamente se señalara, es un fin en sí mismo; y advierte que entre el compromiso del médico y el resultado final del paciente existe una serie de factores que escapan a la previsibilidad que el médico pueda hacer en cuanto a probables daños que puedan aparecer, pero que igualmente existe en medicina, y así parece estar aceptado por la doctrina y jurisprudencia internacional, que muchas actividades, tanto médicas como quirúrgicas, están consideradas hoy como obligaciones de resultado, así, por ejemplo, la cirugía estética, que al perseguir el fin de

la belleza o embellecimiento sin lograrse tal efecto se perdería el objeto por el cual el paciente contrató.

Actualmente, la cirugía moderna y también la medicina estética y de embellecimiento tratan de contrataciones definitivamente de resultado, de ejecución de obra, en los que queda garantizado no solamente el embellecimiento sino que no se producirá mayor deformidad de la existente. Agrega, además, el autor *in comento*, que cuando en cirugía estética el resultado no solamente no consigue la belleza por impericia del cirujano, sino que deforma aún más al paciente e inclusive le provoca la muerte, como han ocurrido casos en los sitios más increíbles (lipoescultura en la habitación de un hotel, por ejemplo), como consecuencia de una imprudencia y negligencia manifiesta, efectivamente se trata de una responsabilidad derivada de una obligación de fines o de resultados.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, la cirugía estética presenta la posibilidad de tratarse de un auténtico contrato de obras con una obligación que no existe para el paciente, el cual busca la obtención de un resultado y no el procedimiento; a diferencia de la cirugía reparadora, curativa o reconstructiva, que tiene una finalidad terapéutica inicial.

Finalmente, Aguiar Guevara (2008, 138) concluye sin reservas que:

“...la mencionada clasificación de obligación de medios en el sector salud solamente ha servido como escudo protector y blindaje a los profesionales que ejercen la medicina, muy especialmente a los más imprudentes y temerarios. Debe considerarse con seriedad el cambio y análisis producido sobre las áreas de la medicina en las cuales, ciertamente, se corresponden a una obligación de resultado”.

Según la doctrina y la jurisprudencia colombiana, la obligación de resultados como antítesis a la obligación de medios está concebida como aquel débito prestacional que consiste en asegurar un fin determinado por parte del deudor de esa obligación, en el que, si no cumple, se verá en la obligación de indemnizar (Ruiz Orejuela, 2006, 52).

En relación con la medicina estética, comenta la doctrina que al cirujano estético se le exige una mayor exactitud en sus procedimientos, por cuanto al actuar para corregir

defectos o mejorar la capacidad humana, se comprometió con el paciente a lograrlos de una manera precisa, y de no obtener el resultado convenido, será culpable y, en consecuencia, deberá indemnizar a la víctima, a menos que hayan intervenido las causales de exoneración a favor del galeno.

Al respecto, se hace referencia a una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de fecha 26 de noviembre de 1986, en la cual se le dio prioridad a los términos establecidos en el contrato, que establecía que la responsabilidad del médico dependería del compromiso expreso a un determinado resultado, y de no cumplirlo, tendrá que indemnizar a la víctima. La referida sentencia afirmó:

“En lo que a cirugía plástica se refiere, o sea cuando el fin buscado con la intervención es la corrección de un defecto físico, pueden darse situaciones diversas, que así mismo tendrían consecuencias distintas de la responsabilidad del cirujano, así las cosas deberá establecerse cuál fue la obligación que contrajo el cirujano con el paciente, para deducir si el fracaso de su operación lo hace o no responsable. Cuando en el contrato hubiere asegurado un determinado resultado, si no lo obtiene, será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima, salvo que se dé el caso de exoneración previamente mencionado de fuerza mayor, caso fortuito o culpa perjudicada. Pero si el resultado no se ha asegurado expresamente, cuando no se alcanza, el médico quedará sujeto a las reglas generales sobre la culpa o la ausencia de ésta”. (2006, 53).

Afirma el autor colombiano Ruiz Orejuela (2006, 53), que no han sido precisamente las características propias de la cirugía estética las que determinan una eventual responsabilidad del médico, sino el compromiso contractual que el profesional adquiere frente al paciente. Actualmente, se considera que no se debe circunscribir a la actividad médica como una obligación de medios, porque los procedimientos por ellos practicados deben ser realizados de una manera integral.

Finalmente, señala la doctrina colombiana que en dicho país se ha superado el encasillamiento que solía dársele a la actividad médica, ya que cuando desaparece el elemento aleatorio para la recuperación del paciente, o cuando lo que se persigue no es

la curación, sino lograr un determinado bienestar o alivio en la integridad humana, se encuentran frente a una típica obligación de resultados.

3.7. Relación médico - paciente

El fundamento que define la relación médico-paciente es de orden civil, cuando establece que la misma es una relación contractual. Su elemento esencial es el consentimiento. En el plano internacional, en materia de responsabilidad médica, existe una marcada tendencia de orden civil más que de orden penal.

3.7.1. Naturaleza jurídica de la relación médico - paciente

Al establecer la relación médico-paciente nace un vínculo jurídico entre el médico y el paciente, de orden civil y carácter privado. Actualmente, no hay discusión en la doctrina, tanto nacional como internacional, acerca de la naturaleza jurídica de la relación médico-paciente. Su naturaleza es contractual, consecuentemente, derivan obligaciones y responsabilidades por retardo o inejecución del contrato, así como una serie de consecuencias jurídicas, que se originan aun dentro del contrato o a veces fuera de él, que son de orden extracontractual, relativas al hecho ilícito civil, simples o complejas.

No obstante, afirman los hermanos Mazzeaud que la doctrina y la jurisprudencia francesa anteriores al año 1936 sostenían que la responsabilidad médica era de carácter extracontractual, con fundamentos en los artículos 1382 y 1383 del Código Civil francés.

Un fallo del 20 de mayo de 1936 de la Corte de Casación Francesa, en Sala Civil, reconoció el carácter contractual que generalmente reviste el vínculo jurídico con motivo de la prestación médica. Esta sentencia afirmó:

“Pero considerando que se forma entre el médico y su cliente un verdadero contrato que comporta para el práctico de la obligación, si no, evidentemente, de curar al enfermo, lo que por otra parte, no se ha alegado jamás, de prestarle al menos cuidados, y no cualesquiera, así como parece enunciarlo el recurso, si no concienzudos, atentos, y hecha la reserva de circunstancias excepcionales, conforme a los resultados logrados por la ciencia; que la

violación, incluso involuntaria de esta obligación contractual, está sancionada por una responsabilidad de la misma naturaleza, igualmente contractual...”

Ahora bien, Aguiar Guevara (2008, 126), explica la naturaleza jurídica de la relación médico-paciente en estos términos: el médico se compromete con el paciente mediante un consentimiento manifestado en forma legítima a cumplir una determinada prestación de hacer, cumpliendo con el procedimiento diagnóstico o terapéutico; de no hacer, cuando no revela la información contentiva del secreto médico; el paciente se compromete a cumplir su contraprestación de dar, cancelando los honorarios profesionales adeudados al médico; de hacer, obedeciendo y cumpliendo las indicaciones médicas y terapéuticas; y de no hacer, guardando el reposo indicado.

3.7.2. El contrato de asistencia médica

Para Aguiar Guevara (2008, 128), la denominación de asistencia médica para regular la relación médico–paciente debe su nombre al profesor Arturo Ricardo Yungano, quien lo propuso y fue aprobado por unanimidad en simposio internacional de *malpraxis*, celebrado en Buenos Aires, en octubre de 1979. Cabe destacar que no existen en la legislación venezolana normas que regulen, expresa y directamente, el contrato de

asistencia médica, por lo que, como cualquier convención, le son aplicables los preceptos que rigen las obligaciones y los contratos en general.

El Código Civil define el contrato en su artículo 1133; y en los artículos 1141 y 1142 establece las condiciones requeridas para la existencia del mismo:

“Artículo 1133: El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellos un vínculo jurídico”.

“Artículo 1141: Las condiciones requeridas para la existencia del contrato son:

1. Consentimiento de las partes
2. Objeto que pueda ser materia de contrato, y
3. Causa lícita”.

“Artículo 1142. El contrato puede ser anulado:

1. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas, y
2. Por vicios del consentimiento”.

Para Kant, citado por Nelson Hernández (1999, 95), “el contrato es una limitación que la persona impone voluntariamente a su libertad”. Mientras para Lorenzetti, citado por el mismo autor, el contrato es un acto de previsión mediante el cual las partes ordenan sus conductas a fin de introducir una variable en un complejo casual determinado para obtener el resultado deseado. El consentimiento, integrado por un acto bilateral de voluntades, es el principal requisito de los contratos.

De conformidad con el artículo 1146 del Código Civil patrio, los vicios del consentimiento son: el error, la violencia y el dolo. Al respecto expresa: “Aquél cuyo consentimiento haya sido dado a consecuencia de un error excusable, o arrancado por violencia o sorprendido por dolo, puede pedir la nulidad del contrato”.

Dentro de este mismo contexto, afirma Nelson Hernández (1999, 95):

“El consentimiento tiene suma relevancia jurídica en el caso médico, sea porque dentro de los límites de la ley, es una causa de justificación de un acto formalmente ilícito, sea porque es un elemento supresor de la tipicidad delictiva. En el caso del tratamiento quirúrgico, convierte en legítima la intervención y ello se ve muy claramente en el caso de trasplante de- órganos. Asimismo, es un delito realizar un acto quirúrgico en contra de la voluntad de

un paciente, sin embargo, el consentimiento carece de eficacia cuando la causa de la operación es ilícita, tal como sucede en el aborto no terapéutico”.

En el área de la salud, el objeto de los contratos se desdobra de la siguiente manera: para el médico, en una obligación de hacer, de prestar sus servicios de asistencia médica, con base en sus conocimientos, habilidades y entrenamiento; y para el paciente, en la obligación de cancelar los honorarios profesionales convenidos (es el caso de la medicina privada), además de seguir las indicaciones y prescripciones formuladas.

La causa o motivo del acto, regulada en el Código Civil en los artículos 1157 y 1158, es el interés que lleva a las partes a contratar. Esto es lo que produce el consentimiento, no se encuentra dentro de los elementos objetivos del contrato, se encuentra dentro del proceso interno del sujeto obligado, como elemento determinante del consentimiento, pero distinto a él. Al respecto, los referidos artículos expresan:

“Artículo 1157: La obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto. La causa es ilícita cuando es contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público.

Quien haya pagado una obligación contraria a las buenas costumbres no puede ejercer la acción en repetición sino cuando de su parte no haya habido violación de aquellas”.

“Artículo 1158: El contrato es válido aunque la causa no se exprese. La causa se presume que existe mientras no se compruebe lo contrario”.

En el caso de los profesionales de la medicina, la relación médico-paciente consiste, para el facultativo, en el interés de fomentar la salud y preservar la vida del enfermo a tiempo que percibe una contraprestación económica; y para el paciente, obtener un buen estado de salud, aliviar el dolor, enfermedad o padecimiento o, simplemente, practicarse un chequeo preventivo.

El artículo 1159 del Código Civil patrio establece: “Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley”. Otro efecto es que “los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley”, artículo 1160. Ello significa que, cuando lo querido por las partes es disímil, aun cuando no hay un pacto

preestablecido, el contrato debe ser interpretado recurriendo a los principios jurídicos de la buena fe, a la intención común de las partes y al objeto fin social del mismo.

3.8. El consentimiento

El diccionario de la Real Academia Española define consentimiento como acción y efecto de consentir.

Aguiar Guevara (2008, 155) lo define como:

“...un acuerdo o conformidad de voluntades entre los contratantes, entre el que ofrece y quien acepta, de tal manera que existe un acuerdo deliberado respecto a un acto externo que es querido, libre y espontáneamente, por las partes contratantes, sin vicios que anulen o destruyan la voluntad de alguno de los contratantes”.

Para el autor citado que el consentimiento es una declaración de voluntad de un sujeto de derecho que se congenia con la declaración de voluntad de otro sujeto de derecho; y en medicina, este acuerdo de voluntades debe expresar la verdadera y única voluntad real interna negocial que no es otra que aquella que debe ser expresada de manera clara, manifiesta e inequívoca en relación con el objeto del contrato médico que se consiente.

3.8.1. El consentimiento informado

El consentimiento informado, siguiendo con la misma referencia, históricamente ha sido aceptado por la profesión médica como un elemento esencial de la *lex artis* médica. Cabe destacar que la constante evolución jurídica y filosófica ha llevado a un aumento considerable de los derechos fundamentales y, hoy en día, el reconocimiento de la dignidad de la persona humana como derecho y valor axiológico superior en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos, contemplados dentro de un Estados social y democrático de Derecho, está expresamente consagrado en la carta fundamental.

Al respecto, Galán Cortés, citado por Aguiar Guevara (2008, 164), expresa: “El consentimiento informado es un presupuesto y un elemento integrante de la *lex artis*, ajeno

a la tradición médica que lo ha desconocido como principio a lo largo de su historia”.

Por su parte, Romeo Casabona, citado por el mismo autor, lo define así:

“El respeto a la libertad personal del paciente exige obtener su consentimiento previamente al inicio de la intervención o tratamiento necesarios. Si el paciente no está en condiciones de dar su consentimiento, es válido el emitido por sus familiares. Con todo, es posible iniciar el tratamiento en casos de urgencia, cuando no pueda obtenerse el consentimiento por ninguno de los procedimientos señalados”.

“(…) Previo al consentimiento, el facultativo tiene el deber de informar sobre los pormenores del tratamiento. La información es un requisito previo para la validez del consentimiento”.

Argumenta por su parte autor patrio venezolano, que el paciente tiene derecho a ser informado previamente al consentimiento que legítimamente debe manifestar antes de recibir su tratamiento. En ese sentido, el médico, en su relación con el paciente, está obligado hacia él, como sujeto de derecho derivado del vínculo jurídico de orden contractual. Igualmente afirma el citado autor que la información es un elemento esencial al consentimiento, y a su vez es un elemento esencial para la validez del contrato de asistencia médica. Indica asimismo, que la relación médico-paciente constituye un verdadero derecho del consumidor, usuario, paciente, y un verdadero deber de obligación del prestador del servicio, en este caso es el médico, quien presta el servicio en dicha relación.

Actualmente, esa relación de asistencia en el área de salud es considerada como una relación de consumo de servicios, por virtud de leyes especiales vigentes en el Ordenamiento interno venezolano, tales como la “Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios” (Indepabis), la cual contempla la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses individuales y en el acceso de las personas a los bienes y servicios. Dentro de este orden, el artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), consagra el derecho que tienen las personas a disponer de bienes y servicios de calidad.

Se considera oportuno señalar que la autora realizó una propuesta de norma ante la Asamblea Nacional Constituyente, en su debida oportunidad, a fin de que rigiera en el actual texto constitucional, relacionada con la responsabilidad profesional, con el objeto

de que sirviera de base para un posterior desarrollo legal en materia de responsabilidad médica. Dicha propuesta fue recogida muy ligeramente en el citado artículo 117, en relación con los bienes y consumos. A continuación se transcribe la referida propuesta:

“El Estado garantizará la integridad física, moral, social y económica de todos los ciudadanos contra los actos de los profesionales o no profesionales que, en ejercicio de su profesión u oficio, incurran en mala praxis, ocasionando un daño a la salud, a la moral y al patrimonio de las personas”.

3.8.2. El consentimiento informado legítimamente declarado

En el modelo vertical de la relación médico-paciente, según Aguiar Guevara (2008, 172), el médico era concebido en su rol de Dios, de divinidad, de protector, es él quien conoce el padecimiento del enfermo y, por lo tanto, y sin reserva de responsabilidad legal alguna, decide por el enfermo lo que es bueno, lo que es malo, sin informar. Cabe destacar que actualmente se ha pasado a un bioético modelo horizontal de relación médico-paciente, debido al clamor de una sociedad que se impone, en el que dos sujetos de derecho, amparados y tutelados (médico – paciente) por el mismo Ordenamiento jurídico expresan libremente su opinión y su voluntad interna negocial a los fines de manifestar su consentimiento o no en el establecimiento de la relación jurídica obligacional.

Un paso previo al consentimiento es la información, de allí deviene el consentimiento informado, el cual ha sido sustentado reiteradamente por la doctrina. El consentimiento legítimamente declarado se diferencia del consentimiento informado en que el primero abarca otros aspectos que van más allá del simple tratamiento médico, pues el paciente entra en lo que es un verdadero convenio, consenso, acuerdo de voluntades y toma de decisiones, como, por ejemplo, elegir en cuál de las instituciones donde labora su médico tratante desea ser intervenido quirúrgicamente.

El paciente, en la relación horizontal, adquiere un rol activo, con deberes y derechos y con la satisfacción de una información a la que tiene derecho. El derecho a la

información está expresamente contemplado en el artículo 28 de la Constitución patria y al respecto, expresa:

“Toda persona tiene derecho a acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad...”

El derecho del paciente es tener una información oportuna y previa al acto o procedimiento a consentir, o a no consentir; no obstante, existen opiniones encontradas en la doctrina y, en ese sentido, se considera que la información completa rendida al paciente pudiera ser contraproducente, por cuanto pudiera agravar más su angustia, malestar y preocupación, lo que indefectiblemente conduciría a desmejorar su salud, entendida ésta no sólo como ausencia de enfermedad sino como aquel estado de bienestar físico, mental y social del individuo.

El consentimiento legítimamente declarado, según Aguiar Guevara (2008, 177):

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

Sostiene el autor que nunca la manifestación de voluntad debe ser presunta, siempre debe ser expresa, mediante documento escrito, suscrito por las partes contratantes; en caso de ser menores de edad y entredichos debe estar firmado por su representante legal, sus familiares o los responsables.

Dentro de esta perspectiva, en términos de Pascual Berstein (2005, 87), la doctrina argentina considera que el consentimiento informado “...permite comprender la esencia del mismo y el porqué de la necesidad de un cambio en la legislación”. Igualmente señala: “...no existe una legislación específica que regule el consentimiento informado, por lo que tiene una importante base jurisprudencial”. Y agrega, además, que las dos únicas leyes

que en Argentina establecen la obligatoriedad del consentimiento informado en forma explícita son: la ley de trasplante de órganos número 24.193, y el decreto reglamentario de la ley de lucha contra el SIDA 23798-DEC.1244/91.

En tal sentido expresa el referido autor que el médico se encuentra en una situación amenazante cuando agrega un icono más al presupuesto de la responsabilidad profesional, por la cual debe responder, es decir, además de la impericia, imprudencia, negligencia y/o incumplimiento de los deberes de su cargo se añade también la falta del consentimiento informado.

El mismo autor considera que si el bien jurídico protegido en el consentimiento informado es la libertad del paciente como ser humano, su vida y sus actos, debe especificarse puntualizando cada uno de los aspectos y alcances, excepciones, forma, tiempo, adaptándolos al medio y la realidad que se vive. Expresa, asimismo, que si se considera el consentimiento informado como un deber del médico y no como el derecho del paciente, una vez más se está ante la utilización de un instrumento de la medicina defensiva, pues al cumplir con la letra de la ley, se pierde de vista el espíritu de la misma.

3.9. El acto médico

De acuerdo con Nelson Hernández (1999, 79), el acto médico con sus cuatro elementos que lo integran: profesionalidad, ejecución de acuerdo con la denominada "*Lex Artis*", el tener como objetivo la promoción de la salud del enfermo y el ejercicio en concordancia con las normas éticas y legales, constituye la concreción de la relación médico-paciente para la prestación de servicios encaminados al fomento y conservación de la salud, curación y prevención de la enfermedad y a la rehabilitación del paciente.

Afirma asimismo, que el acto médico es una forma especial de relación entre personas; por lo general, una de ellas, el enfermo, solicita una ayuda o una recomendación para una afección o un mal que le aqueja, y por otra parte el médico, quien a su vez está en capacidad de diagnosticar, tratar y sanar, todo ello de acuerdo con su preparación y el tipo de enfermedad o alteración de la salud que aquel presente. A tal efecto, se cuestiona el planteamiento del referido autor, en el sentido de que el enfermo no solicita "ayuda" para curar o aliviar su salud, este es un derecho del paciente, consagrado en la vigente

Constitución de 1999 como derecho y valor superior del Ordenamiento jurídico, y estuvo igualmente consagrado como derecho en la Constitución de 1961.

El médico es el ejecutor de ese “acto” aparentemente sencillo, pero que jurídicamente es un acto complejo. Es fuente de la que dimanan consecuencias jurídicas para el profesional que lo realiza y para el paciente que ha sido objeto de esa actividad. Igualmente es fuente de deberes y derechos para ambas partes. El acto médico es un hecho voluntario de un profesional en el cual prevalecen condiciones, como la moral, la confianza y la suficiencia técnica, que tiene por objeto la salud o vida de otro hombre, de manera que el resultado del actuar del médico siempre tendrá que ver con la ley, por ser la vida y la salud derechos consagrados y tutelados por esa misma ley.

3.10. El secreto médico

El secreto médico, dentro de la legislación interna venezolana, está contemplado en la Ley del Ejercicio de la Medicina, en el Capítulo VI, artículo 46, el cual expresa:

“Todo aquello que llegare a conocimiento del médico, con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer y constituye el secreto médico. El secreto médico es inherente al ejercicio de la medicina y se impone para la protección del paciente, el amparo y salvaguarda del honor de médico y de la dignidad de la ciencia. El secreto médico es inviolable y el profesional está en la obligación de guardarlo. Igual obligación y en las mismas condiciones se

impone a los estudiantes de medicina y a los miembros de profesionales y oficios paramédicos y auxiliares de la medicina”.

Por su parte, el artículo 47 *ejusdem* señala aquellos casos en los que no hay violación del secreto médico.

“No hay violación del secreto médico en los casos siguientes:

1. Cuando la revelación se hace por mandato de Ley.
2. Cuando el paciente autoriza al médico para que lo revele.
3. Cuando el médico, en su calidad de experto de una empresa o institución, y previo consentimiento por escrito del paciente, rinde su informe sobre las personas sometidas a exámenes al Departamento Médico de aquella.
4. Cuando el médico ha sido encargado por la autoridad competente para dictaminar sobre el estado físico o mental de una persona.
5. Cuando actúa en el desempeño de sus funciones como médico forense o médico legista.
6. Cuando hace la denuncia de los casos de enfermedades notificables de que tenga conocimiento ante las autoridades sanitarias.
7. Cuando expide un certificado de nacimiento o de defunción o cualquiera otro relacionado con un hecho vital, destinado a las autoridades sanitarias, de estadísticas o del registro civil.
8. Cuando los representantes legales del menor exijan por escrito al médico la revelación del secreto. Sin embargo, el médico podrá, en interés del menor, abstenerse de dicha revelación.
9. Cuando se trate de salvar la vida o el honor de las personas.
10. Cuando se trate de impedir la condena de un inocente.
11. Cuando se informe a los organismos gremiales médicos de asuntos relacionados con la salud de la comunidad en cuanto atañe al ejercicio de la medicina. Esta información no releva de la obligación a que se refiere el ordinal 1 del artículo 25 de esta Ley”.

El Código de Deontología Médica contempla en el Título IV, Capítulo I, artículo 124, el secreto profesional y al efecto, establece:

“El Secreto Profesional Médico constituye una modalidad de secreto comiso, basado en la comunicación privilegiada de la relación médico-paciente. Comunicación privilegiada se refiere al privilegio de hallarse protegido de tener

que revelar información confidencial transmitida a una persona en virtud de su capacidad profesional...”

Mientras que el artículo 125 del mismo Código refiere lo siguiente:

“El secreto médico es un derecho del enfermo, pero el médico no incurre en violación cuando lo revela de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la Ley del Ejercicio de la Medicina”.

Ahora bien, dentro del perfil del secreto médico es pertinente abordar el de la historia clínica, porque esta contiene el secreto médico. No obstante, la historia clínica será abordada en el siguiente punto. El Código de Deontología Médica establece en el Título V, Capítulo II, artículo 170, el derecho de propiedad intelectual que el médico tiene sobre la historia clínica, en tal sentido establece: “El médico tiene derecho de propiedad intelectual sobre la historia médica y sobre todo documento elaborado sobre la base de sus conocimientos profesionales”.

En el mismo orden, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra en su artículo 28 la garantía del derecho a la información que tiene toda persona sobre sí misma y sobre sus datos, y al respecto contempla:

“Toda persona tiene derecho a acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados con las excepciones que establezca la ley, **así como conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad** y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos...” (Negritas nuestras).

Con fundamento en lo expresado, señala Aguiar Guevara (2008, 261), que uno de los aspectos más importantes de la historia clínica es que contiene información del paciente y de su padecimiento, además de los datos concernientes a su identificación personal, antecedentes personales y familiares. Asimismo indica: “el privilegio de la confidencialidad de la información es del paciente, de quien ella proviene, y quien mantiene la potestad de exonerar al médico de revelarlo si así lo desea”. Agrega además: “toda información que el paciente pueda ofrecer en su sagrado derecho que le

corresponde, fundamentado en ese principio de confianza con el cual el paciente acude a su médico a los fines de lograr un diagnóstico y una terapéutica adecuada”.

En este sentido se considera que esa confidencialidad que deviene del paciente hacia su médico se revierte contra sí mismo o sus familiares por la imposibilidad de acceder a esa información en los casos de reclamación por mala práctica médica, y en todo caso, siendo el paciente, si se quiere, el protagonista de esa relación médico – paciente, es él el autor de esa realidad, que el médico aprovecha para escudarse y ampararse bajo la figura del secreto médico, pues la información allí consagrada le pertenece al paciente; el Código de Deontología Médica establece en su artículo 170 que el médico es el autor intelectual de la historia médica, pero no es el dueño.

Igualmente argumenta que existe allí una dualidad de derechos e intereses, por cuanto si bien es cierto que el médico es el autor intelectual de la historia clínica, sobre la base de sus conocimientos profesionales, no es menos cierto que el paciente es el dueño de esa historia, de esa realidad, de esa información allí contenida y que le pertenece por virtud del artículo 28 de la Constitución patria. Dentro de esta perspectiva, se señala que en los casos de colisión entre dos derechos fundamentales el juez debe buscar una solución, aplicando el principio de proporcionalidad, cuya finalidad es limitar el derecho fundamental aplicando una medida idónea y necesaria a través de un examen de razonabilidad.

Desde la perspectiva doctrinal colombiana, el autor Ruiz Orejuela (2006, 69), hace referencia a la custodia de la historia clínica, así como a su propiedad y reserva, en ese sentido expresa:

“La custodia de la historia clínica está a cargo de la entidad prestadora del servicio de salud que la generó en el curso de la atención, cumpliendo los procedimientos de archivo señalados en la ley. La entidad puede entregar

copia de la historia clínica al usuario o a su representante legal cuando éste lo solicite, para los efectos previstos en la ley”.

3.11. La historia clínica

Ruiz Orejuela (2006, 67), señala que la Resolución 1995 de 1999 define la historia clínica como: “...documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención”.

Por su parte, Nelson Hernández (1999, 231), la define así: “Es un documento médico en el que se dejan constancias escritas de los acontecimientos principales del acto médico, de la enfermedad del paciente y de la actuación y seguimiento de los datos relevantes del diagnóstico y tratamiento”.

Para Aguiar Guevara (2008, 243):

“La historia clínica es un documento contentivo de partes administrativas y científicas, obtenidas del paciente, relatadas y conformadas por el médico, que a manera de pintor sobre el lienzo va creando, con la información proveniente del paciente, una obra de su intelecto, que resguarda bajo un régimen especial, y que al contener información privilegiada del paciente, debe mantener, salvo los casos exceptuados por la ley, el secreto médico allí contenido y relatado; y es por ello, que la historia clínica es un documento privado creado por su autor bajo un régimen especial”.

La historia clínica está concebida como un documento privado que contiene información sobre el paciente y su enfermedad. Está compuesta por: a) una parte administrativa, contentiva de los datos de identificación del paciente; b) por una sección clínica, que comprende: motivo de la consulta, examen funcional, examen físico, impresión diagnóstica, plan de trabajo, procedimientos diagnósticos, procedimientos terapéuticos, evolución, pronósticos, exámenes, entre otros; c) cláusula contentiva del consentimiento

informado, y d) firma clara y legible del médico tratante, en el consentimiento informado, en cada evolución, en el alta.

3.11.1. Valor probatorio de la historia clínica

Señala Aguiar Guevara (2008, 249), que la historia clínica conlleva a producir efectos jurídicos, desde el punto de vista clínico y científico, en la cual es importante llevar una correlación de datos relativos a la enfermedad por lo que, la misma plantea la imputabilidad de un resultado dañoso producto del acto médico. Igualmente señala que, la historia clínica puede constituir uno de los elementos probatorios judiciales a favor o en contra del médico; asimismo afirma, que es fundamentalmente unilateral, por cuanto sólo tienen acceso a ella los profesionales de la salud (médicos, enfermeras, técnicos) del cual considera se desprende un minusválido valor probatorio.

En tal sentido considera que es necesario concatenar sus datos con todos aquellos otros datos y pruebas asimiladas e incorporadas legítimamente al proceso judicial, ratificar su contenido por vía testimonial y cotejar dichos datos contra otros científicos y clínicos aportados al proceso, siendo por ese motivo que, no sin razón, muchos han determinado que la historia clínica es más que un medio de prueba, es una fuente de prueba.

Ahora bien, de acuerdo al planteamiento realizado por el autor Aguiar Guevara (2008), se disiente del mismo por el poco valor probatorio que con su análisis le imprime a la historia clínica, el referido autor señala que es necesario entre otras cosas “ratificar su contenido por vía testimonial...” En atención a ello, se formulan entonces algunas interrogantes y se plantean ciertas inquietudes:

Primero: ¿Quiénes son las personas que en calidad de testigos van a ratificar la historia clínica? No hay duda que es justamente el personal de salud, por ser los únicos, de acuerdo con lo afirmado por el autor citado, que tienen acceso a la historia clínica y, en consecuencia, están apoderados de la información allí contenida sobre datos personales que le pertenecen al paciente.

Segundo: Igualmente ha señalado Aguiar Guevara (2008), que la historia clínica es fundamentalmente “unilateral”; es decir, que le pertenece sólo a la institución de salud,

cuando en realidad lo que corresponde es: al médico el derecho de propiedad intelectual sobre el conocimiento profesional allí expresado, y a la institución de salud le debe pertenecer sólo en calidad de custodia, tal cual lo señala la doctrina colombiana.

Tercero: Esto representa desde el punto de vista procesal un desequilibrio entre las partes, el cual atenta contra el debido proceso contemplado en el artículo 49 de la Constitución y, en consecuencia, vulnera, asimismo, derechos fundamentales, como el referido debido proceso, el derecho a la información, contemplado en el artículo 28, así como el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 21 *ejusdem*.

Cabe expresar que se desnaturaliza el sentido de la prueba testimonial, pues la víctima o sus familiares, al hacer uso de su derecho al control y contradicción de la prueba, podrán repreguntar a los testigos, por lo que igualmente se pregunta bajo qué argumentos podrán desvirtuar lo dicho por los testigos; pues repreguntarán, en todo caso, sobre hechos que desconocen, que no han visto y ni les consta, por no haber tenido acceso a la historia clínica, que es precisamente la que “debería” contener, siempre y cuando no sean adulterados, la veracidad de los hechos que se reclaman en un juicio por negligencia médica, por ser la prueba documental junto con la testimonial uno de los medios de prueba más importantes en el Ordenamiento jurídico venezolano; esto trae como consecuencia que se vulnere también el derecho a la defensa del paciente y sus familiares.

CAPÍTULO IV
RESPONSABILIDAD CIVIL
POR MALA PRÁCTICA MÉDICA

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD CIVIL POR MALA PRÁCTICA MÉDICA

4.1. Responsabilidad profesional

Antes de definir la responsabilidad profesional resulta interesante señalar que una de las grandes evoluciones del derecho contemporáneo ha sido el desarrollo de esta categoría, en la que convergen dos nuevos actores: el profesional y el consumidor, los que existían desde antes, pero tímidamente reconocidos por el Derecho. En ese sentido, se tiene que profesional y consumidor son palabras con un contenido más sociológico que jurídico; no obstante, fue el profesional quien apareció primero sobre el escenario jurídico, pero de manera discreta, y fue justamente la jurisprudencia la que le imponía ciertas obligaciones al profesional para con sus clientes, con el fin de proteger a estos, pues dichas obligaciones se acrecentaron con el paso de los años. (Philippe Le Tourneau, 2006, 4).

Una de las principales características de estas obligaciones consiste en no haber sido consideradas expresamente por las partes, pero el derecho de las obligaciones conserva un papel eminente, pues él continúa, gracias a su elasticidad y generalidad, siendo el eje sobre el cual la jurisprudencia se apoya para hacer evolucionar al derecho. El crecimiento contemporáneo de las obligaciones profesionales tiene como resultado que algunas situaciones regidas por contratos se tornan más complejas y variadas; con la aparición de profesionales se da origen a una variedad de contratos especiales.

Según los autores Aníbal Alterini y López Cabana (1995, 305), la doctrina predica una comprensión amplia del concepto actividad profesional; consideran que esta actividad está investida de notas que la caracterizan como: la habitualidad, la reglamentación, el requisito de habitación y la presunción de onerosidad. La misma fuente bibliográfica revela que la noción de actividad profesional no queda confinada a la que

realiza quien posea un título universitario, de manera que abarca también a los no diplomados.

Ahora bien, profesional es una palabra difícil de definir; sin embargo, no toda persona que ejerce una profesión u oficio es un profesional. De acuerdo con el Diccionario de la lengua española (2001), profesional significa: “que practica habitualmente una actividad, incluso delictiva, de la cual vive; persona que ejerce una profesión con relevante capacidad y aplicación”. El consumidor, por su parte, está considerado como aquel que se sitúa al final del proceso económico y del cual puede decirse que gozaba de algunas medidas a su favor, pero ha sido recientemente cuando los juristas y los gobernantes le han dispensado atención. Esto trajo como consecuencia la aparición de una nueva disciplina: “el derecho de consumo o derecho de la desconfianza” (Philippe Le Tourneau, 2006, 5).

En un régimen democrático, el cuidado del ciudadano-consumidor, así como del electoral, han incitado hasta el más alto de los poderes públicos a tomar medidas destinadas a preservar la seguridad de los ciudadanos. Dentro de esta perspectiva vale la pena destacar que, en Venezuela, el derecho de consumo, así como la debida protección al consumidor, tiene rango constitucional y está consagrado en el artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999); asimismo, se creó un dispositivo legal a fin de proteger los derechos de las personas a recibir bienes y servicios de calidad, denominada “Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso de Bienes y Servicios”, conocida como “Indepabis”.

Como definición de consumidor, se tiene: “la persona, competente o no, que contrata ocasionalmente con un profesional para sus necesidades personales con mira al suministro de bienes y servicios”. (Philippe Le Tourneau, 2006, 6).

Ahora bien, cabe señalar que el autor principal para el desarrollo de este punto es Philippe Le Tourneau (2006), autor francés, cuya obra fue traducida por Tamayo Jaramillo, ante la exigua doctrina francesa existente en el país y la necesidad de comentarla debido a la relevancia constitucional que hoy tienen actores como usuario-consumidor, íntimamente relacionados con lo que es el hacer profesional. Señala el

citado autor que hoy está bien establecido que el consumidor no es lo inverso del profesional y que el derecho de consumo es al mismo tiempo el de los profesionales, puesto que al organizar las reglas protectoras de los consumidores se describen las obligaciones que pesan sobre los actores del mercado y, sin duda, el profesional puede ser un consumidor protegido por la ley, por ser también un agente económico.

La Casación Francesa desde 1995 estima que el contrato concluido por un comerciante para satisfacer las necesidades de su comercio tiene con el proveedor un “nexo estrecho” o una “relación directa” que escapa a la aplicación de las reglas protectoras de consumidores; así mismo, precisa el autor que la existencia de una relación directa entre el contrato y la actividad profesional se deriva de los jueces; lo que se quiere significar es que ha sido la jurisprudencia, con el apoyo del derecho de obligaciones, la que ha determinado esta relación no tipificada para el momento en algunas legislaciones. Vinculado al tema investigado, ha de señalarse que, en efecto, la relación de un médico con el paciente no está definida en la legislación interna y es precisamente a través de los contratos la vía para determinar esta relación (Philippe Le Tourneau, 2006, 7).

En el derecho común dos series de actos o de hechos dan nacimiento a una acción de responsabilidad civil; el primero de ellos es la inejecución de un contrato, y el segundo, según la legislación francesa, es el delito y el cuasi delito; mientras que el delito es voluntario, el cuasi delito es involuntario. No obstante, dentro de la legislación venezolana los actos que dan nacimiento a las obligaciones son los que provienen de una relación contractual y los que provienen de un tercero ajeno al contrato denominado extracontractual.

Para la doctrina francesa ambos son hechos ilícitos que causan un daño a un tercero; estos hacen nacer a cargo de su responsable la obligación, bien sea de ejecutar el contrato o bien de reparar el perjuicio. La distinción entre estos dos regímenes, el incumplimiento contractual y la responsabilidad extracontractual, llamada por la legislación francesa delictual

o cuasi delictual, da origen a numerosas consecuencias. El derecho común de la responsabilidad civil se aplica a la responsabilidad civil profesional.

4.2. Criterios que debe observar un profesional según la doctrina francesa

Señala la doctrina francesa que existen criterios que caracterizan la calidad del profesional, los cuales son interdependientes los uno de los otros. Resulta de interés abordar estos criterios, toda vez que los mismos están relacionados con perfiles establecidos en la legislación venezolana, como: el contrato, las obligaciones de medio y resultados, así como el derecho a la información que tiene toda persona sobre sí misma. Estos criterios son los siguientes:

- **Calidad del profesional:** Este criterio está referido a la calidad del profesional y señala que la palabra “profesión” viene de *professus*, que significa “quien declara”, “declarar”, “confesar”, y el profesional se anuncia como tal, es decir, una persona que ejerce su profesión con relevante capacidad y aplicación por lo menos da la apariencia de ello a los otros abiertamente, y los clientes se adhieren a esa declaración en interés, una utilidad que se expresará por intercambio en sentido económico.

- **Actividad lícita.** Ejercer el profesional una actividad lícita de producción, de distribución de bienes o de prestación de servicios, significa que la actividad del profesional no es forzosamente exclusiva y puede suceder que un profesional ejerza varias actividades acumulativamente, en las que generalmente una es accesoria de la otra.

- **Actividad a título habitual.** Significa que el profesional cumple con una actividad a título habitual: lo que significa, la repetición de los mismos actos por parte del profesional.

- **Actividad remunerada.** La actividad es remunerada; el profesional actúa contra remuneración, justificada por el servicio que presta al público, con la perspectiva de lograr un provecho.

- **Organización funcional.** Está considerado como uno de los principales criterios, ya que está relacionado con su actividad habitual, puesto que a veces resulta muy

elaborada, como, por ejemplo, una fábrica, y otras veces muy rudimentaria, como la caja de herramientas, del equipo quirúrgico del médico, gracias al cual puede ser eficaz.

• **Dominio profesional:** El profesional goza de una preeminencia, él tiene o se reputa tener un dominio profesional que resulta de su formación y experiencia, la cual se traduce en competencia y en un conocimiento particular que los distingue de otros ciudadanos, por lo que hace nacer por una parte expectativa a los clientes o pacientes y por la otra confianza. El profesional tiene autoridad sobre las personas que él introduce en la ejecución del contrato, auxiliares y otros. Esto justifica la existencia de la responsabilidad de los empleadores por el hecho de los asalariados.

• **El profesional y el contrato.** Señala la fuente consultada, para un profesional que esté dirigiendo una empresa, el contrato es un instrumento de previsión. Todo contrato que exprese desplazamientos recíprocos de valores económicos, de intercambio de bienes y servicios, está destinado a realizar una operación económica; considerando que el contrato se traduce en obligaciones “de hacer” y “no hacer”, lo que impacta al acreedor es la actividad que va a realizar su contraparte, las diligencias que va a poner en funcionamiento y las técnicas tanto corporales, intelectuales como físicas.

4.2.1. Obligaciones contractuales específicas de los profesionales

Dentro del tema de la responsabilidad profesional, existen ciertas obligaciones que la doctrina francesa ha denominado obligaciones específicas o especiales, las cuales se caracterizan por ser más protectoras para los clientes, cuya principal característica es la de no haber sido contempladas expresamente por las partes; no obstante, estas

obligaciones agregan o refuerzan las obligaciones generales ya existentes. Estas obligaciones se derivan del contrato.

4.2.2. Características de las obligaciones contractuales específicas

- **Buena fe y desarrollo del contrato**

La base de esta característica es el llamado solidarismo contractual, apreciado por el autor Christophe Jamir, citado por Philippe Le Tourneau (2006, 142), que está contemplado en el artículo 1135 del Código Civil francés; sin embargo, lo que interesa destacar de estas obligaciones especiales es el interés común que nace de la razón, la cual debe guiar todos los comportamientos humanos: esto significa que el Juez debe escrutar, es decir, examinar cuidadosamente el contrato para determinar la especie, no solo a qué y cómo se comprometió expresamente el profesional, sino también a qué lo obliga la buena fe, cuáles son las consecuencias o derivaciones del contrato y cuáles soluciones son impuestas por la razón o se derivan de la existencia de un interés común.

Asimismo, advierte el citado autor que estas diligencias profesionales específicas, que presenta en forma aislada por efectos didácticos, cabalgan unas sobre las otras. Es decir, que en la práctica se entremezclan unas con las otras en un conjunto que luce bastante confuso. Estas obligaciones se agrupan en tres categorías, atendiendo a la exigencia de lealtad del contratante y la exigencia de la eficacia. Significa esto que un profesional debe asumir un cierto comportamiento y específicamente “un buen comportamiento” en todo instante y durante todo el tiempo. Destaca, asimismo, que la responsabilidad profesional se aplica a todo contratante, no sólo al profesional; no obstante, centró su estudio en el profesional, dada la importancia que el mismo tiene para la vida de un país.

- **Lealtad contractual**

La lealtad contractual presenta un aspecto moral: es la lealtad del contratante, pero también supone una lealtad contractual, que es una suerte de lealtad en su ejecución. La lealtad contractual es una norma de comportamiento y su fundamento reside en el artículo

1135 del Código Civil francés, comentado por Philippe Le Tourneau (2006, 144); al respecto argumenta que todo irrespeto a esa norma constituye un desfallecimiento contractual.

- **Aspectos de la lealtad contractual**

Dentro de la lealtad contractual existen cinco categorías, denominadas obligación de cooperación, de ejecución, de información, de confidencialidad y de seguridad. Se comentan a continuación:

- **Obligación de cooperación**

Existe un verdadero deber de cooperación entre las partes. Son estos principios los que en Europa rigen en materia de contrato: “Cada parte debe a la otra una colaboración que permita al contrato producir un pleno efecto”, así lo establece el artículo 1202 del Código Civil Francés (CCF), según análisis de Y. Picod. “Effet obligatoire des conventions; exécution de bonne foi des conventions”, citado por Philippe Le Tourneau (2006, 144). Este deber es llevado hasta el paroxismo en todo contrato de interés común, como los contratos de distribución, de amplitud y originalidad, como, por ejemplo, los de ingeniería, transferencia de propiedad industrial, donde el deber puede ir hasta una cierta forma de asistencia, inclusive técnica. La obligación de cooperación supone un clima armonioso y apacible de confianza recíproca.

- **Obligación de ejecución**

La primera obligación que se deriva de la lealtad del contrato es la de ejecutar el contrato (Artículo 1134, C.C.F.), pues el deudor debe ejecutar su obligación “como un buen profesional”, la ejecución se traduce en la venta, en la entrega de la cosa convenida, que debe estar conforme con los compromisos contractuales y exenta de vicios. Señala la doctrina francesa que el profesional debe ejecutar, pero además, debe hacerlo en el tiempo

convenido, pues al profesional no se le debe excusar, exonerar, ni siquiera parcialmente de sus responsabilidades frente al consumidor.

Uno de los aspectos relevantes dentro de la obligación de ejecución es que la misma debe ser personal, es decir, *intuite personae*; puede señalarse, como ejemplo, el caso de los exámenes médicos, los cuales deben ser practicados por el médico escogido para ello; sin embargo, vale advertir que el subcontrato es siempre posible, ya que las personas que posean cualidades idénticas son fungibles entre ellos. Pero en caso de riesgos contractuales la obligación recaerá sobre el deudor o los cocontratantes, vale decir subcontratantes dentro de la legislación venezolana, mediante un acuerdo.

Ahora bien, es interesante destacar que, libre o no, de sustituirse en un tercero, un subcontratista, cuando dicho deudor actúa de esa manera, continúa siendo responsable del subcontratista frente a su propia contraparte original, es decir, el deudor responde contractualmente del hecho de esos terceros que ha introducido en la esfera contractual. Puede observarse que al comparar el planteamiento expuesto con el derecho interno venezolano la situación se subsume dentro del perfil de las responsabilidades, específicamente, por el hecho del tercero, contemplado en el artículo 1191 del Código Civil vigente venezolano, que al efecto establece lo siguiente: “Los dueños y los principales o directores son responsables del daño causado por el hecho ilícito de sus sirvientes y dependientes en el ejercicio de las funciones en que los han empleado”.

Se fundamenta esta responsabilidad en una presunción de culpa establecida por el legislador en contra del civilmente responsable, y que es considerada una presunción “*iuris et de iure*”; no se admite prueba en contrario.

Señala así la doctrina venezolana que para que exista responsabilidad de los dueños y los principales o directores por el hecho ilícito de sus sirvientes o dependientes en el ejercicio de las funciones para las cuales fueron empleados, debe existir un vínculo de subordinación, al cual quedan sometidos los últimos respecto de los primeros y esta es precisamente la condición esencial de esta responsabilidad. De manera que, siempre que una persona se encuentre bajo la autoridad absoluta de otra, en lo que respecta al

ejercicio de las funciones que le han sido encomendadas, es indiscutible que existe un vínculo de subordinación.

- **Obligación de información**

Las obligaciones son inteligibles para el destinatario, deben ser exactas y pertinentes; es considerada como una obligación accesoria, de naturaleza contractual, cuya violación es un incumplimiento contractual del profesional reticente, y que se considera aquí impretermisible, la iniciativa del profesional de informar; y se advierte además que “si el cumplimiento de esta obligación es de resultado, su sustancia, es decir, la calidad y la pertinencia de las obligaciones, no es más que de medios” (Philippe Le Tourneau, 2006, 148). La distinción entre la obligación de información contractual y la delictual o no contractual resulta no solo de un criterio cronológico, sino que depende de las consecuencias que generará la inejecución de la obligación para el acreedor. Pues el régimen contractual debe reservarse para la inejecución de una obligación de información que tenga incidencia en la ejecución del contrato.

Ahora bien, ¿será necesario indicar que la obligación de información solo existe frente a una contraparte contractual? La casación francesa se vio obligada a precisarlo en un fallo de la Sala Primera de Casación Civil, de fecha 13 de noviembre de 1997 (Vissamary, Bull Civ. Nº 302), en la que advirtió que un asegurador no está obligado a que un tercero en el contrato de seguro le exija unilateralmente una información sobre la cesación del contrato, liberando al asegurador de no cometer culpa al no responder a un acreedor sobre lo solicitado.

Dentro de este contexto es necesario que el profesional se informe sobre las necesidades de su acreedor o cocontratante y debe, asimismo, informarle sobre las contradicciones y restricciones técnicas de su prestación e igualmente de los límites de su eficacia y de los riesgos tanto materiales como jurídicos. De manera que, si se trata de una cosa peligrosa cuya guarda es transferida por un profesional a un tercero, éste debe informar de los riesgos de la cosa y de cómo evitarlos.

Siguiendo con el tema objeto de esta investigación, se reitera en este punto el derecho a la información previamente tratado en el capítulo anterior, así como el

consentimiento informado; es dable traer a colación algunos comentarios realizados por la doctrina francesa que están muy relacionados con la responsabilidad médica. Así se tiene que, dentro de la responsabilidad profesional, el deber de informar es carga de la prueba de quien esté legal o contractualmente vinculado por una obligación particular de informar, el cual debe aportar la prueba de la ejecución de la misma. La Sala de Casación Civil Primera de Francia de fecha 25 de febrero de 1997 considera que un profesional prudente no descuidará la preconstitución de la prueba de haber sido diligente, aunque un documento de esa naturaleza no sea obligatorio.

Continúa la doctrina francesa argumentando que estos documentos firmados por los clientes en la práctica son “descarga de responsabilidad por parte del profesional”. El cliente deja solo una simple constancia por un “reconocimiento de una opinión dada” por el hombre del arte, la que se tomará en cuenta en caso de un eventual incumplimiento, pero que las mismas no son eficaces cuando son imprecisas. Siendo así las cosas, los profesionales están obligados a probar que han dado las informaciones y consejos necesarios. Esta regla tiene como consecuencia indirecta transformar de hecho la obligación de ciertas prestaciones de servicios, normalmente afectados de una simple obligación de medios, en una obligación de resultado, si los deudores no logran aportar la prueba requerida.

- **Obligación confidencial**

Es considerada esta obligación como el reverso de la obligación de información. En ausencia de una cláusula específica, la contraparte debe conservar el secreto sobre todas las informaciones y conocimientos que procurarán una ventaja competitiva y a los cuales ha tenido acceso como consecuencia de negociaciones. Pues siendo confidente del secreto, la lealtad le exige conservarlo.

De manera que, si se revela lo que estaba destinado a permanecer oculto comete entonces una culpa cuasi delictual o delictual, que es aquélla que no nace de la obligación de un contrato y para a legislación venezolana, lo que no nace de un contrato es una

obligación extracontractual, de la cual nace el hecho ilícito, así está establecido en el artículo 1183 de Código Civil vigente.

- **Obligación de seguridad**

Junto con la lealtad y la eficiencia, la seguridad es otra de las obligaciones especiales que derivan expresa o implícitamente de un contrato concluido de un profesional. La obligación de seguridad es accesoria de un contrato principal y puede ser de medios o de resultados. El profesional está obligado a preservar la seguridad de personas relacionadas con ocasión del ejercicio de su oficio y no solo de sus clientes contractuales, por ello, se dice que no es dable ligarla solo al contrato.

De acuerdo con lo expresado, Carbonnier, citado por Le Tourneau (2006, 157), precisa lo siguiente: “es un artificio hacer entrar (en responsabilidad contractual) brazos quebrados y muertes de hombres; las tragedias son de competencia de los artículos 1392 y siguientes (Código Civil francés) - responsabilidad extracontractual”. Los perjuicios corporales deberían ser el objeto de una reparación objetiva y automática.

• **Eficacia**

Cuando alguien recurre a un profesional es porque persigue algún objetivo, es decir, espera un resultado, aun en las obligaciones de medios. Lo hace, desde luego, porque cree contar con la eficacia del profesional y la pertinencia de su acción, así como este, a su vez, tiene la obligación jurídica de ser eficaz, aunque no de alcanzar un resultado. Se estima así que el profesional tiene competencia y capacidad y de ser posible una organización que le permita hacer frente a las dificultades inherentes a sus oficios, previstas o imprevistas, como, por ejemplo, aquellas que puedan resultar de la fuerza mayor.

Es oportuno señalar que el contrato que no sea de ejecución instantánea está llamado a regir hacia el futuro, de manera que el contrato es un acto de anticipación que se deriva de la previsión. “El contrato es una empresa sobre el futuro”,

señala Ripert, citado por Le Tourneau (2006, 176). La eficiencia se divide en las siguientes subcategorías:

- **Eficiencia y competencia**

La eficiencia implica la competencia profesional. Si es jurista, se reputa conocedor y respetuoso de la ley, así como estar al día en la evolución de su especialización, cualquiera que sea su campo, será eficiente. La jurisprudencia francesa ha reiterado, desde el doctor Nicolás Mercier, que todo miembro del cuerpo médico está obligado a dar a su cliente “cuidados concienzudos y atentos y, reserva hecha de circunstancias excepcionales, conforme a los datos adquiridos por la ciencia”. Igualmente, de acuerdo con esta subcategoría, el profesional debe incluso conocer los usos particulares de su oficio, incluidos los de origen deontológico, pues su desconocimiento es ya una culpa.

- **Eficiencia y deber de previsión**

En razón de su dominio profesional el profesional está obligado a prever el porvenir o, por lo menos, ejercer su facultad de previsión en beneficio de su contraparte.

- **Eficiencia y recurso a terceros**

Cónsono con la investigación que se realiza se encuentra muy pertinente esta obligación contractual derivada de la responsabilidad profesional, por cuanto precisa que “...el profesional conoce sus límites y debe rechazar intervención cuando no sea competente (salvo imperiosa urgencia, especialmente en el caso de un médico) o de llamar a un especialista”. (Philippe Le Tourneau, 2006, 179).

Dentro de este contexto se puede ubicar la culpa médica, toda vez que la misma produce, en general, un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer. Para los hermanos Mazzeaud, citados por Labarca Pacheco (s/f, 25), “...la culpa es un error de conducta que no habría cometido una persona cuidadosa...”.

Cabe destacar que la doctrina francesa hace un señalamiento importante, no obstante, relacionándolo con los comentarios de Aguiar Guevara (2008), quien

señala que llevadas las cosas al extremo, un profesional digno de su condición rechazará la misión que le ha sido solicitada cuando esta sobrepasa su competencia o le parece condenada al fracaso; señala, asimismo, que dicha posibilidad cesa en el caso de urgencia, especialmente en lo atinente a la salud y la seguridad de las personas.

Es oportuno comentar un análisis reseñado por el autor anteriormente citado, Aguiar Guevara (2008, 299), en el que de un acto de imprudencia producido por la falta de habilidad o práctica de un profesional de la medicina se evidencia perfectamente los daños ocasionados a la vida y a la salud de una paciente, pues debió omitir una conducta y no lo hizo; era vital tomar decisiones para hacer frente a los riesgos y peligros para la vida de la paciente por las condiciones de insuficiencia e inoperancia de la institución hospitalaria manteniendo esta una actitud omisiva.

La situación que se trae a colación se presentó, en Venezuela, en un centro de adelgazamiento, en el cual se intervino quirúrgicamente a una mujer de 34 años de edad de mastoplastia reductora, mastopexia y lipoescultura, cuya intervención quirúrgica duró siete horas. Una vez finalizada la operación los médicos dejan a la paciente, de acuerdo con el autor, abandonada, bajo el cuidado Ç de enfermería.

La paciente se complicó con una hemorragia y fue llevada nuevamente a quirófano y, de acuerdo con el autor, quien además de abogado es médico, es justamente en este momento cuando comienza la “primera contraindicación quirúrgica de un ambulatorio en intervenir emergencias”; la paciente continuó con el cuadro hemorrágico, ausencia total de aportes de sangre y exámenes de laboratorio; a las 11:00 horas de la noche (11 p.m.) un cardiólogo sugiere que sea trasladada a un centro mejor dotado de la misma ciudad, sugerencia que fue cumplida a la 1:45 de la madrugada.

En tanto que la paciente llega con 3 grados de hemoglobina, entre otras complicaciones, del referido centro, donde no existía ni siquiera ambulancia.

De los hechos investigados sobre el caso y sus excesos, señala el autor, se pudo conocer lo siguiente:

- “- El médico jefe de la empresa de adelgazamiento no tiene postgrado, ni en alguna especialidad médica ni en administración hospitalaria o gerencia de servicios de salud, como lo requieren las normas de cirugía ambulatoria, publicadas en Gacetas Oficiales respectivas.
- El Centro no contaba con permisología del Ministerio de Salud para intervenciones quirúrgicas; solo para consulta de sana nutrición.
- El cirujano principal no tiene postgrado ni está reconocido por la Sociedad de Cirugía Plástica, Reconstructiva y Maxilofacial.
- El cirujano ayudante ni siquiera cuenta con postgrado en cirugía.
- El anestesiólogo se define a sí mismo como emergente (no pertenecía a la institución privada y asistió solo para cubrir la ausencia del anestesiólogo principal).
- No se contaba con la infraestructura necesaria.
- No se contaba con el personal idóneo y capacitado.
- No existía soporte hematológico ni de laboratorio especializado.
- Ante la complicación previsible y evitable de acuerdo a la *lex artis* (de la medicina) y según la sentencia del colegio médico la más grave negligencia fue no hacer nada ante el cuadro hemorrágico”.

Los médicos fueron condenados por el Colegio Médico de la Circunscripción correspondiente, revisados igualmente por la Federación Médica Venezolana, y se recomendó al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social la suspensión del ejercicio profesional de los involucrados. El paso siguiente, esperar el juicio penal.

- **Eficiencia y evolución técnica**

La formación permanente, llamada también continua, es esencial en el profesional. Así lo establece el Código de Deontología Médica de Francia de fecha 6 de septiembre de 1995, en su artículo 11. En la legislación interna venezolana, este deber de formación profesional está contemplado en el artículo 2 del Código de Deontología Médica, donde establece que el médico debe considerar como una obligación estar informado de los avances del conocimiento médico; en tal sentido expresa:

“El médico debe considerar como una de sus obligaciones fundamentales el procurar estar informado de los avances del conocimiento médico. La actitud

contraria no es ética, ya que limita en alto grado su capacidad para suministrar al paciente la ayuda requerida”.

- **Eficiencia y celeridad**

La eficiencia está relacionada con actuar con prontitud, intervenir con rapidez cuando las circunstancias lo exijan, como, por ejemplo, el médico llamado de urgencia, igualmente, como se evidencia del caso antes reseñado.

4.2.3. Reglas delictuales o extracontractuales específicas de las responsabilidades profesionales en la legislación francesa

Dentro de la responsabilidad extracontractual o delictual, como la denomina la legislación francesa, se tienen aquellas obligaciones que no nacen de un contrato, en la cual pueden observarse algunas características importantes como:

- La responsabilidad puede comprometerse ante un tercero, en razón de un incumplimiento contractual con respecto a un cocontratante o subcontratante.
- Se reserva una protección original al profesional debido a la teoría de la competencia desleal.

• **Obligación del profesional frente a terceros**

Entre las obligaciones que puede tener un profesional frente a un tercero están la obligación de información y la obligación de seguridad, previamente referidas en la responsabilidad profesional contractual. Dentro de esta perspectiva, lo que interesa destacar, en la legislación francesa, hasta dónde un régimen de incumplimiento contractual es inaplicable cuando la víctima es extraña al contrato. Así pues, se estaría en presencia de lo que es dable a la oponibilidad de un tercero ante un incumplimiento profesional, es decir, la oponibilidad de contratos por los terceros.

El artículo 1165 del Código Civil francés relativo a los contratos establece: “Las convenciones no tienen efecto sino entre las partes”. Se infiere, según lo señalado por Phillippe Le Tourneau (2006, 213), que cuando la víctima es extraña al contrato no se le

aplica el régimen del incumplimiento contractual, pero la jurisprudencia de dicho país ha afirmado que ese efecto relativo a los contratos no impide a los terceros invocar la situación de hecho creada por las convenciones en las cuales ellos no han sido parte y, con mucha más razón, cuando de esa convención ha generado culpa causada por negligencia o impericia, sufrida por la víctima, quien es extraña al círculo contractual.

Como ejemplo de ello se cita una sociedad de mantenimiento de trenes, la cual no efectúa su trabajo de manera correcta y un usuario resulta lesionado al bajar del vagón en razón de esa impericia; puede el usuario actuar contra quien hace el mantenimiento, en responsabilidad cuasidelictual o, asimismo, puede actuar en contra del transportador sobre la base de la obligación contractual de seguridad.

Por su parte, la sociedad de trenes intenta igualmente una acción contractual contra la sociedad de mantenimiento de trenes.

4.3. La responsabilidad civil

Una vez analizada la responsabilidad profesional en la legislación francesa se estudiará la responsabilidad civil médica en el Ordenamiento interno venezolano, toda vez que la responsabilidad profesional es un capítulo dentro de la responsabilidad civil en general. Resulta oportuno comentar parte de su evolución histórica; se seguirá para ello a Cabanellas (2001), quien realiza una síntesis sobre este perfil. Señala el referido autor que la noción de responsabilidad civil ha tenido un largo y laborioso proceso dentro de la historia del Derecho, ya que el incumplimiento de la obligación o el daño causado originaba solamente la ruptura de la paz entre los particulares.

Es así como en el Derecho Romano nace la prenda comisorias como elemento de responsabilidad; por la obligación incumplida responde una prenda (cosa) o un fiador (persona), con lo cual se escinden en el cumplimiento. Posteriormente, se habla de autofianza, en el que el deudor responde con su persona de sus compromisos al punto de quedar preso y convertirse en esclavo del acreedor con derecho a venderlo o matarlo ante su insolvencia.

El progreso jurídico llevó a fijar la responsabilidad civil de inminente sentido económico afectados expresamente o sin especial convención como prenda tácita provenientes de

deudas y obligaciones contractuales y extracontractuales del responsable. La misma fuente bibliográfica revela que autores del más notable tratado contemporáneo en materia de responsabilidad civil, como los hermanos Mazzeau, adquieren relevancia singular cuando establecen que “una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro”. Entre el responsable y la víctima surge un vínculo de obligación: el primero se convierte en deudor y el segundo en acreedor.

Responsabilidad civil es entonces, según Cabanellas (2001), “la obligación de resarcir en lo posible el daño causado y los perjuicios inferidos por uno mismo o por un tercero, y sin causa que excuse a ellos”.

Miliani Balza (2004, 5) define la responsabilidad civil como:

“La situación jurídica en que queda el patrimonio de aquél que ha causado un daño injusto a otro, proveniente del incumplimiento de una obligación contractual o de un hecho ilícito, que originan la responsabilidad contractual y la responsabilidad civil extracontractual...”.

Se distinguen dos categorías de responsabilidad civil: la contractual, que es aquella que comprende el régimen de la indemnización de los daños y perjuicios que se causan por el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato; y la extracontractual, que comprende el régimen de la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación sin que exista vínculo previo entre la víctima y el agente del daño.

Es oportuno comentar que a la responsabilidad extracontractual también se la denomina responsabilidad civil delictual, llamada anteriormente responsabilidad cuasi-delictual, término este prácticamente desaparecido, al comprender el hecho ilícito, el daño causado intencionalmente, como aquel daño derivado de una simple culpa, eliminándose la distinción entre delitos y cuasidelitos, así lo ha señalado Pittier Sucre (2007, 1018).

4.3.1. Responsabilidad civil contractual

Es aquella que se funda en la idea de reparar el daño injusto causado por el incumplimiento culposo o doloso de una obligación derivada de un contrato. Al respecto,

Pittier Sucre (2007, 1018) señala que en la responsabilidad contractual existe un vínculo previo entre las partes, un contrato que implica necesariamente que las partes se conocen, y cada una de ellas ha tratado de obtener una ventaja de la relación contractual, como en los contratos a título oneroso; o bien que una sola de las partes persigue un provecho, como en los contratos a título gratuito. El Código Civil vigente venezolano consagra el contrato en el artículo 1133, al efecto establece: “El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”.

Asimismo, contempla como efectos de las obligaciones los siguientes artículos:

“**Artículo 1264.** Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención”.

“**Artículo 1271.** El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por la inejecución de la obligación como por el retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo proviene de una causa extraña que no sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe”.

“**Artículo 1272.** El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o de hacer aquello que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido”.

Con fundamento en los artículos citados, la responsabilidad contractual proviene de un incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, en el cual está establecida una relación jurídica voluntaria.

4.3.2. Responsabilidad civil extracontractual

La responsabilidad civil es el acto mediante el cual una persona denominada agente causa un daño a otra denominada víctima, sin que en esa acción lesiva exista un vínculo jurídico anterior entre el agente material del daño y la víctima, independientemente de todo contrato. Al respecto, Pittier Sucre (2007, 1019), señala al respecto:

“... la responsabilidad extracontractual se deriva bien del incumplimiento de una norma específica, impuesta por el ordenamiento jurídico penal, o de la infracción de una norma definida en leyes administrativas, ordenanzas y otras

disposiciones de rango menor o en la violación de una norma general y abstracta, que se deriva del artículo 1185 del Código Civil según la cual todos estamos obligados a no causar daños injustificados a terceros”.

En ese sentido, el legislador patrio ha establecido:

“El que con intención, o por negligencia, o por imprudencia ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”.

4.3.2.1. El hecho ilícito

Pittier Sucre (2007, 1020), señala que “el hecho ilícito se refiere a la responsabilidad civil nacida por la actividad de una persona, natural o jurídica, y así lo que define el artículo 1185 de CC.” Para Miliani Balza (2004, 3), “es la obligación que asume la persona que causa un daño a otra por un hecho ilícito propio, o bien por el hecho de personas, animales y cosas sometidas a su cuidado y guarda, por no haber ejercido la debida vigilancia”.

Según Aguiar Guevara (2008, 421), el hecho ilícito es:

“Un hecho jurídico, humano o no, finalista, discordante con la ley, justicia y razón, donde un agente (humano, animal o cosa), a través de una relación de causalidad produce en la víctima un daño, manifestado en el desequilibrio de su patrimonio y que origina o hace emerger la obligación de reparación o resarcimiento, por parte del responsable o de quien deviene responsable, del patrimonio desequilibrado de la víctima”.

En la legislación venezolana, el hecho ilícito se encuentra expresamente establecido en el artículo 1185 del Código Civil vigente. Vale destacar que en la legislación española el hecho ilícito está contemplado en el artículo 1902 del Código Civil español y señala que el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Por su parte, en la legislación argentina el hecho ilícito está contemplado en el artículo 1109, y señala que todo el que ejecuta un hecho, y por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es

regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil. El hecho ilícito está establecido, asimismo, en el Código Civil colombiano, en el título IX: De los hechos ilícitos, del libro IV, de las obligaciones: “Cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquél que ha cometido el hecho a resolver el daño”. (De Cupis Adriano, 1970, 138).

4.3.2.2. Elementos del hecho ilícito

El sujeto que realiza o ejecuta un hecho, con intención o a título de culpa, por negligencia o imprudencia e impericia, causa un daño a otro; este daño se refleja en el patrimonio de otro. La obligación de reparar será del sujeto causante del daño, o de quien por él deviene responsable, dependiendo de la acción del sujeto (responsabilidad subjetiva, simple o directa), o de la acción de personas, cosas o animales bajo su cuidado, dirección o vigilancia (responsabilidad objetiva, individual, compleja).

Así se tiene que los tres (3) elementos del hecho ilícito son:

- El daño, y responde a ¿qué?
- La culpa, y responde a ¿quién?
- La relación de causalidad, elementos que responden al ¿por qué?, ¿cómo sucedió? y en consecuencia, ¿quién es el responsable?

4.4. Responsabilidad civil compleja

Cabe destacar que las responsabilidades complejas existen en otras personas (distintas del autor del hecho ilícito), civilmente responsables, las cuales quedan obligadas por los daños causados a la víctima y es esta su razón de ser; es decir, han sido creadas para la mejor protección de la víctima, a quien se le amplía la posibilidad de obtener el pago de la indemnización por ser precisamente el civilmente responsable, la persona solvente que ha de responder por el daño causado. Así las cosas, el civilmente responsable tiene acción de regreso

contra quien cometió el hecho ilícito, siempre que sea imputable, puede reclamar al agente material del daño el monto de la reparación de la víctima (Pittier Sucre, 2007, 1161).

4.5. Naturaleza de las presunciones

La legislación patria distingue dos clases de presunciones: *iuris tantum* o relativas, que son aquellas que admiten prueba en contrario para ser desvirtuados los hechos; y la presunción *iure et de iure*, aquella que no admite prueba en contrario, por lo tanto no pueden ser desvirtuados. En los casos de las responsabilidades del padre, madre, tutor y artesano o preceptor la presunción es *iuris tantum* y no hay presunción *iure et de iure*. Se admite prueba en contrario de que tales personas, como el padre y la madre, educaron correctamente y adecuadamente a sus hijos; igualmente en el caso del alumno o aprendiz, de manera que no hay necesidad de probar el caso fortuito o fuerza mayor. Respecto a la responsabilidad del dueño o principal se considera la presunción *iure et de iure*.

El Código Civil venezolano, en el artículo 1191, establece la responsabilidad por el hecho de otro, en ese sentido expresa: “Los dueños y los principales o directores son responsables del daño causado por el hecho ilícito de sus sirvientes y dependientes en el ejercicio de las funciones en que los han empleado”.

En relación con la evolución histórica que ha tenido la disposición citada ha de señalarse que fue el Código Civil venezolano de 1873 el que tuvo una redacción más fidedigna con respecto al Código de Napoleón, el cual se fundó en una presunción de culpa absoluta, irrefragable o *iure et de iure* al establecer la responsabilidad de los dueños y principales.

Pues cabe afirmar que el primer Código Civil de 1862, al igual que el de 1868, fundaron su responsabilidad en una presunción *iuris tantum* y que precisamente en la redacción del Código de 1873, inspirado en el Código de Napoleón, fue donde se utilizó el término “*maitre*”, que significa “amo”, y en su acepción de persona significa “que dirige la cosa o negocio”; y los términos “dueños, principales y directores” indican “amo de casa, respecto a los criados”, es decir, la persona que está al frente de un negocio, quien dirige

un negocio, el empresario, es aquella persona que tiene el poder de dar instrucciones a otras.

El Código de Napoleón se inspiró en Pothier al establecer la presunción *iuris tantum*; la doctrina clásica fundamentaba su responsabilidad en culpa "*in vigilando*" como en culpa "*in eligendo*". De manera que, si el sirviente o dependiente causa un daño, el dueño o principal ha de indemnizar, porque tuvo la culpa en la elección, o bien tuvo la culpa en la vigilancia. El Proyecto Franco – Italiano de Obligaciones fue fuente directa del Código Civil patrio en esta materia, admite que la responsabilidad del dueño o principal reposa en la idea de riesgo y es una presunción de carácter *iuris et de iuris* y se fundamenta en el hecho de que no hace falta que exista culpa, sino basta que exista daño para que el dueño o principal sea responsable por el hecho ilícito de su sirviente o dependiente.

Es importante destacar las teorías en las cuales se fundamenta la responsabilidad de dueño o principal, la mayoría de los autores convergen en que la culpa no es solo el fundamento de la responsabilidad por hecho propio sino también de todos los casos de responsabilidad por hecho ajeno y por hecho de las cosas. Dentro de este contexto, la doctrina comienza una corriente con base al carácter de la presunción, en razón de ello, se tiene una responsabilidad objetiva en los siguientes casos:

- **Culpa clásica**

Esta culpa, conocida como teoría subjetiva, basa la responsabilidad del dueño o principal, también llamado comitente, en la idea de culpa personal del civilmente responsable; considera que el mismo queda obligado porque ha incurrido en una culpa

propia, que para unos consiste en un defecto o falta de vigilancia (culpa *in vigilando*) o en una mala o defectuosa elección del dependiente (culpa *in eligendo*).

- **Culpa *in eligendo***

Sostenida principalmente por Beaudry Lacantinerie y Laurent, citados por Pittier Sucre (2007, 1211), quienes afirman que el comitente responde porque ha escogido un mal dependiente o un mal sirviente, lo que hace estimable que el dueño o principal ha incurrido en una deficiente elección del sirviente o dependiente que causó el daño, elección esta configura una culpa personal por la cual debe responder.

- **Culpa *in vigilando***

Sostiene esta teoría que el comitente responde porque ha vigilado mal a las personas sobre las cuales tiene el poder de darles órdenes o instrucciones y precisamente esa vigilancia defectuosa o negligente la que constituye una culpa personal del principal, sumada a la culpa del dependiente es causa directa del daño producido por el sirviente y, en consecuencia, constituye motivo suficiente para que el dueño o principal tenga que soportar la obligación de reparar. Una de las críticas que se le hace a esta teoría es que se le niega al civilmente responsable la facultad de probar que él escogió con la diligencia de un buen padre de familia e igualmente que él vigilaba la actuación de su dependiente con la misma diligencia al no admitírsele prueba en contrario para desvirtuar esa presunción (Pittier Sucre, 2007, 1211).

4.6. Responsabilidad civil médica

Señala Aguiar Guevara (2008, 436) que la responsabilidad civil médica es un campo específico de la responsabilidad civil profesional y en ese sentido la define como “la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios dentro de ciertos límites establecidos y

cometidos en el ejercicio de su profesión”. Admite, además, que la obligación del médico no es más que la adecuada y justa del conocimiento de la *lex artis*.

Ahora bien, en torno a la responsabilidad civil médica, el referido autor ha señalado que “el derecho médico es sui-géneris y tiene fuentes especiales”. Criterio este del cual se disiente, por cuanto igualmente los abogados, así como los ingenieros o cualquier otro profesional, podrán considerar que su derecho también es *sui-géneris*.

Se fundamenta tal disentimiento, en primer lugar, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), la cual contempla, en su artículo 21, que todos somos iguales ante la ley, que no se permitirán discriminaciones fundadas en raza, sexo, condición social o aquellas que en general tengan por objeto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos y libertades de toda persona; en consecuencia, no existen privilegios profesionales de unos frente a otros, porque esto evidentemente configuraría una inminente discriminación.

En segundo lugar, considera que estos criterios son los que hacen que la medicina continúe con ese carácter de apostolado que tuvo hace milenios de años y que se pretenda todavía mantener dicho carácter en el mundo globalizado de hoy cónsono con un modelo de Estado social y democrático de Derecho que propugna los derechos fundamentales como derechos y valores de los ciudadanos, los cuales son oponibles frente a terceros y frente a los poderes públicos.

Ahora bien, dentro de la perspectiva, Lacassagne, citado por Nelson Hernández (1999, 35), define la responsabilidad médica como “la obligación para los médicos de sufrir las consecuencias de ciertas faltas por ellos cometidas en el ejercicio de su profesión, faltas que pueden comportar una doble acción civil y penal”.

Al respecto, el artículo 1185 del Código Civil venezolano define el ilícito civil, y en ese sentido expresa:

“El que con intención, o por negligencia, o por imprudencia ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites

fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”.

Resulta pertinente vincular el referido precepto legal dentro de la conducta imprudente o negligente de aquel profesional del arte de curar cuyo proceder ocasiona un daño al paciente, y es justamente allí donde nace para el médico la obligación de reparar, resarcir, compensar, indemnizar el daño que ha causado. El segundo aparte del antes citado artículo establece que igual reparación debe aquel que causa un daño en abuso del derecho conferido o excediendo los límites de la buena fe.

Este aspecto puede enmarcarse en aquella conducta asumida por el médico que obra sin consentimiento o que, obtenido éste, excede los límites fijados por ese consentimiento y produce un daño; indefectiblemente emerge en el médico la obligación de repararlo. Dentro del caso de excederse de los límites fijados por la buena fe ha de entenderse, como ejemplo de ello, el de un paciente que expresa su consentimiento en el marco de una relación médico-paciente y otorga ese consentimiento para una determinada intervención quirúrgica, pero desconoce que la institución donde se va a realizar su intervención carece de insumos, recursos e instrumentos para garantizar la pureza de ese acto médico.

Ese silencio en cuanto a las carencias de insumos de la institución hospitalaria es totalmente desconocida por el paciente, quien confía en su médico y entrega en sus manos su vida, su salud y toda su buena fe, y el médico le miente, pues no le explica al paciente las condiciones y riesgos a los que se va a someter, es decir, no le informa que esa institución no cuenta con las medidas de seguridad necesarias, y esto, junto con otros elementos de la culpa, sorprende en la buena fe con la que el paciente ha consentido ese acto médico. Por tanto, en caso de un daño, el médico tiene la obligación de reparar al paciente con base en la norma antes citada.

Ahora bien, de las anteriores disquisiciones puede argumentarse que, siendo la relación médico-paciente una relación contractual, ha de entenderse que el retardo en su cumplimiento o la inexecución del mismo podrían derivar daños y perjuicios susceptibles de

reclamar a favor del paciente, o también del médico, según el caso, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1167 y 1264 del Código Civil, que claramente expresan:

“Artículo 1167. En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello”.

“Artículo 1264. Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención”.

Al respecto, expresa Yungano, citado por Aguiar Guevara (2008, 437), lo siguiente:

“El médico que, en el curso del tratamiento, ocasione por su culpa un perjuicio al paciente, debe repararlo y tal responsabilidad tiene su presupuesto en los principios generales de la responsabilidad, según los cuales todo hecho o acto realizado con discernimiento, intención y libertad genera obligaciones para su autor en la medida en que provoque un daño a otra persona”.

En ese sentido, señala Aguiar Guevara (2008, 437), que la obligación del médico consiste en la justa y adecuada aplicación de los conocimientos aceptados por la ciencia (*lex medica*), observando, por supuesto, todas las normas generales y especiales que le impone la misma ciencia médica, con la debida diligencia, prudencia y pericia. Indica asimismo, que el paciente no debe ser expuesto a riesgos injustificados ni a procedimientos diagnósticos o terapéuticos contrarios a la ley médica y debe valorar los beneficios previsibles de su actuación.

Dentro de esta perspectiva, el artículo 1196 del Código Civil patrio estipula una extensión de la obligación de reparación, y establece al efecto lo siguiente:

“La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito.

El juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su

familia, a su libertad personal, como también en caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada.

El juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima”.

Así las cosas, la obligación de reparación corresponde no solamente por daño material, sino también por daño moral. Esa extensión de reparación comprende el daño moral, doctrinariamente, es aquel daño que recae sobre el honor, la consideración o los afectos de una persona. De esta manera, una afección de tipo psíquico, moral, espiritual o emocional que experimenta una persona es o puede ser consecuencia de un hecho generador o lo que es lo mismo, ser producido por un agente.

En este sentido, es pertinente señalar que la extinta Corte Suprema de Justicia de Venezuela, hoy Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 10 de octubre de 1991, en forma reiterada y pacífica explica el daño moral, y afirma: “El daño moral es aquel inferido a derechos inmanentes a la personalidad o valores que pertenecen más al campo afectivo que a la realidad económica...”, dicha sentencia fue referida *in supra*.

Ordenando estas ideas y coherentes con la investigación, se tiene que el ilícito civil del médico influye notablemente en el estado de bienestar físico, mental y social de su paciente y es precisamente con su actuar negligente e imprudente como modifica un estado de bienestar en uno de preocupación, angustia, pesadumbre, intranquilidad, desasosiego, irritabilidad, depresión, tristeza, vergüenza, por todo lo que significa una vida desmejorada y limitada.

4.7. Responsabilidad por hecho ajeno

En materia civil, quien es civilmente responsable queda obligado a reparar los daños causados no sólo por el hecho propio, sino también por hecho ajeno, es decir, es una situación en la que el autor del daño, el culpable, es una persona distinta del obligado a pagar la indemnización. Así se tiene que el padre, la madre y el tutor son responsables por el hecho ilícito de los hijos menores de edad, contemplado en el artículo 1190 del Código Civil vigente. No obstante, es oportuno señalar que la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y

Adolescentes (Lopnna) prevé responsabilidad penal para los mayores de 12 años. La responsabilidad del dueño o principal por el daño por sus sirvientes o dependientes en el ejercicio de las funciones propias de su empleo está establecida en el artículo 1191 del Código Civil.

Existen otros casos de responsabilidad previstos por la legislación interna contemplados tanto en la ley penal como en la civil, los cuales no se considerarán, por cuanto no forman parte del tema objeto de esta investigación. Como es sabido, en materia de obligaciones, para que el acreedor obtenga el pago de su acreencia dependerá del civilmente responsable u obligado que indefectiblemente esté solvente; respecto a la responsabilidad extracontractual, puede suceder que el autor del daño no posea un patrimonio económico suficiente para hacer frente a la indemnización de la víctima, para el caso de que solo fuere un único obligado la indemnización se haría un poco más difícil.

Ocurre que en la responsabilidad civil extracontractual por el hecho de otro o hecho ajeno se protege a la víctima del daño contra la insolvencia al permitir la presencia del civilmente responsable. Es dable ilustrar esta situación con un ejemplo que se contempla en la doctrina patria: un trabajador electricista presta sus servicios en una empresa constructora, por su impericia provoca un cortocircuito y ocasiona un incendio en el inmueble vecino. En este caso, la víctima podrá, si lo desea, demandar al trabajador; no obstante, correrá el riesgo de que la sentencia no pueda ser ejecutada, ante la carencia de bienes del deudor; por lo que, si demanda a los directores y principales de la empresa constructora, su indemnización será más justa.

El hecho ilícito da lugar a la responsabilidad extracontractual, la cual puede ser de dos clases o categorías: a) La responsabilidad por hecho propio, en la cual el agente del daño es la única persona responsable del daño causado por su propia víctima; b) en las llamadas responsabilidades complejas, las cuales se caracterizan porque la persona que está obligada a repararlo no es la causante del daño, sino personas o cosas que están bajo su dependencia, su guarda o propiedad; en consecuencia, quien está obligado a indemnizar el daño causado por esas personas o cosas es quien se denomina el civilmente responsable. No obstante, no solo en materia de responsabilidad civil

extracontractual se puede dar el caso de responsabilidades complejas, también se da en materia de responsabilidad civil contractual.

4.8. Responsabilidad por hecho ajeno del médico

Considerado el médico como autor del hecho generador del daño, ha de valorarse su conducta en los parámetros de la diligencia y la prudencia dentro de su quehacer profesional. En el hecho ilícito civil no siempre el agente productor del daño es el único responsable, es decir, el único obligado a resarcir e indemnizar a la persona lesionada.

Ante la ausencia de una norma específica y, en consecuencia, de un procedimiento determinado que regule la materia de responsabilidad médica, ha de subsumirse o enmarcarse dentro de la norma sustantiva civil vigente todo aquel acto o conducta del profesional de la medicina que dé lugar a responsabilidad civil. Así se tiene, entonces, que desde esa perspectiva, los médicos adjuntos fungen como preceptores o artesanos respecto de sus alumnos o aprendices, quienes en este caso son los médicos internos y residentes; esta responsabilidad está contemplada en el artículo 1190 del Código Civil venezolano.

Respecto a la responsabilidad de los dueños y directores, establecida en el artículo 1191 del referido Código, son los directores y principales de las instituciones de salud -la cual puede ser pública o privada- con respecto a sus dependientes; por otra parte, los dependientes no son otros que el personal de enfermería, los técnicos y hasta los mismos médicos. Además se hace referencia a la responsabilidad de aquellos que ejerzan la guarda sobre la cosa, contemplada en el artículo 1193 del Código Civil vigente, esta se corresponde con la guarda de los equipos e instrumentos médicos.

Como puede observarse, en los casos señalados se hace referencia a la responsabilidad que tienen los terceros ajenos con el agente productor del daño; tanto el principal o dueño, como el artesano o preceptor, o el padre, madre o tutor, responden por la culpa de haber elegido mal (*culpa in eligendo*) o culpa por haber vigilado mal (*culpa in vigilando*). Cabe recordar que en la doctrina moderna se dan otros principios atinentes a

las responsabilidades civiles médico-asistenciales, en lo referente a la pluriparticipación o medicina en equipo. Este punto será desarrollado posteriormente.

En las responsabilidades complejas o por hecho ajeno, cuando se invoca la responsabilidad de los preceptores o artesanos, la víctima demandante solo tiene que probar el daño, así como los demás supuestos de la responsabilidad especial de la norma sustantiva, supuestos estos previamente establecidos *in supra*.

Una Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 27 de mayo de 2003, N° 504/2003, se refiere a un recurso de casación contra sentencia dictada en grado de apelación en el que se demandó solidariamente al médico y al servicio de salud (Insalud), por no haber realizado un estudio ecográfico en el tiempo oportuno, que hubiese evitado un fatal desenlace. Del análisis de los fundamentos de derecho se evidencia la responsabilidad por hecho ajeno, culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*:

“(…) El "factum" que accede firme a casación y pone de manifiesto que se ha producido un equivocado diagnóstico de la enfermedad de la que adolecía el paciente y ello ha sido debido, y hasta se puede considerar provocado por no haber adoptado la doctora referida los medios y precauciones que en estos casos resultaban los previstos por la ciencia médica y consistían en practicar una ecografía, incluso como medida precautoria, y con mayor necesidad cuando, como aquí sucede, venía impuesta dados los antecedentes, pues el enfermo había sido diagnosticado con anterioridad de padecer aneurisma de aorta-subrenal asintomático.

No obstante ello y sin acreditación científica por pruebas efectivas llevadas a cabo la doctora (...) diagnosticó que padecía "cólico nefrítico y posible pielonefritis derecha", por lo que le remitió al Servicio de Urología, alterando así los diagnósticos precedentes. Es decir, que ante la ausencia de la ecografía fue equivocadamente diagnosticado y equivocadamente tratado, lo que se hubiera evitado de haber practicado la referida prueba, que se presentaba como necesaria y la más correcta.

El fallecimiento de los seres sanos o enfermos es un hecho inevitable y cuando se padece una enfermedad grave ha de adoptarse los medios posibles para emitir un pronóstico lo más acertado posible, pero lo que no es correcto, como parece que pretende el Servicio Andaluz de Salud, es que en el caso como es el que nos ocupa se trate de un resultado mortal que no se podía impedir de ninguna manera, descartando toda intervención quirúrgica para tratar de atajarlo, cuando el informe del doctor (...) de la Cátedra de Medicina Legal y Toxicología de Málaga, que el Tribunal de Apelación tuvo en cuenta, sienta que la solución era la intervención quirúrgica a practicar con la máxima

urgencia, y como el remedio más adecuado para el logro de salvar la vida del enfermo

(...).Lo expuesto determina que la recurrente ha de responder civilmente **por hecho ajeno**, conforme al artículo 1903 del Código Civil, es decir, por culpa **"in eligendo" o "in vigilando"** al quedar en pie el reproche culpabilístico que se concreta en la actuación censurable de la doctora (...).

(...) por lo que se incurre en responsabilidad, tanto contractual del artículo 1101, como extracontractual del 1902. No cabe disculpar para exonerar de la concurrencia de culpa civil que no se hubiera hecho uso de una prueba, que no resultaba decisiva, como aquí ocurre con la analítica practicada en forma tardía, ya que no permitió la distinción precisa entre los cuadros clínicos que presenta el cólico nefrítico, que fue el erróneamente diagnosticado y el aneurisma de aorta abdominal

(...) No puede decirse que se da ausencia de nexo causal ante una actuación médica tan claramente omisiva como la del presente caso, sobre todo por la importancia que tenía la adopción de un rápido tratamiento, aún contando con escasas posibilidades de sobrevivir el enfermo, ya que si presentaba síntomas advertidos de aneurisma, y el anuncio de la posible rotura de la arteria imponía agotar todas las posibilidades de curación porque siempre está presente la esperanza de que la intervención pueda tener resultado efectivo (...). El cúmulo de circunstancias que se dejan dichas no anula la responsabilidad médica en que incurrió la recurrente, como tampoco eliminan el nexo causal que resulta bien evidenciado, al repercutir de modo tan negativo en la salud del paciente, fallecido, ya que debido al elevado índice de muerte que ocasiona el aneurisma de aorta y contando con datos suficientes para poder adoptar las medidas científicas adecuadas a efectos de tratamiento adecuado, por lo que la recurrente debió de extremar su diligencia, lo que comportaba la realización de todas aquellas actividades médicas necesarias y que voluntariamente no dispuso su práctica. (Negritas nuestras).

(...) Los motivos no son acogidos.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

Fallamos

Que debemos de declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación respectivamente formulados por el Servicio Andaluz de Salud y D^a (...) contra la sentencia que pronunció la Audiencia Provincial de Málaga -

Sección cuarta-, en fecha tres de junio de 1997, en el proceso al que los recursos se refieren.

Se imponen a dichos recurrentes las costas de casación”.

4.9. Responsabilidad del preceptor y artesano

Entre los artículos previamente mencionados, la responsabilidad de los preceptores y artesanos, establecida en el artículo 1190 del Código Civil patrio, expresa:

“El padre, la madre y a falta de éstos, el tutor, son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de los menores que habiten con ellos. Los preceptos y artesanos son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de los alumnos y aprendices mientras permanezcan bajo su vigilancia. La responsabilidad de estas personas no tiene efecto cuando ellas prueben que no ha podido impedir el hecho que ha dado origen a esa responsabilidad; pero ella subsiste, aún cuando el actor del acto sea irresponsable por falta de discernimiento”.

Señala Aguiar Guevara (2008, 451), que en medicina no sólo son preceptores quienes enseñan en aula el arte de la profesión médica, sino que también son preceptores quienes a nivel de hospitales o instituciones dispensadoras de servicios de salud pública y privadas enseñan a médicos que se entrenan en un área especializada de la medicina.

Asimismo indica que quienes ya son peritos en la parte general de la medicina concurren a hospitales autorizados a recibir un entrenamiento especializado y son llamados médicos residentes de postgrado. Los médicos especializados, es decir, aquellos que laboran y forman parte del personal de planta de cada servicio médico, se denominan médicos adjuntos. Al considerar a la medicina como una ciencia dinámica, en cuyo aprendizaje se hace necesaria la interacción directa del alumno, es decir, del médico residente con el paciente, a fin de que practique ciertas maniobras y obtener un diagnóstico, se hace necesario determinar responsabilidades ante eventuales daños que pudiera causar el alumno en el ejercicio de estas prácticas.

Con fundamento en lo expresado y de acuerdo con la fuente consultada, se formulan las siguientes interrogantes: ¿Cómo determinar si un residente de obstetricia ha aprendido a practicar un parto o una cesárea si nunca lo ha intentado en la verdadera

práctica? Igualmente, se pregunta: ¿Cómo determinar el aprovechamiento de un residente de anestesiología que nunca ha **practicado *in vivo*** una entubación laríngea, o ha **practicado** la difícil técnica de una anestesia epidural?

Ahora bien, el artículo 1190, previamente citado, señala la responsabilidad que tienen los preceptores por el hecho ilícito de sus alumnos, mientras permanezcan bajo su vigilancia. Siendo así, no quedan dudas de que el adjunto es responsable por el ilícito cometido por sus alumnos, siempre que el residente actúe bajo la dirección, supervisión, orientación y vigilancia de su preceptor. La responsabilidad devenida del adjunto es una presunción *iuris tantum*, pues producido el daño le toca al médico adjunto la carga de la prueba de los elementos: a) que el alumno no estaba bajo su supervisión; b) que de ninguna manera hubiese podido existir el daño.

Dentro de esta perspectiva, es dable ejercer una acción principal contra el preceptor fundada en la presunción *iuris tantum* de responsabilidad; y en concurso a ella una acción principal también contra el alumno imputable. Según el criterio de las sociedades científicas, así como la jurisprudencia patria, el médico residente es un personal en formación y bajo ningún respecto debe actuar solo, sin la compañía y supervisión directa de su médico adjunto. Merece la pena señalar la informalidad y la imprudencia con la que se desempeña esta formación de médicos residentes en la práctica y que atenta contra la seguridad, la garantía y la confianza del paciente (Aguar Guevara, 2008, 452).

Es costumbre, en contra de toda norma básica de diligencia, moral y ética, que los residentes de postgrado de ciertas áreas determinadas actúen solos sin la presencia del médico adjunto o preceptor. Es el caso, por ejemplo, en una costumbre contra *legem*, en el que los residentes de cirugía (especialmente del último año), son impuestos a atender emergencias quirúrgicas sin la presencia del adjunto (Aguar Guevara, 2008, 455).

Es muy conocido en la práctica el caso de los residentes de postgrado de anestesiología que desde inicios de su formación como especialista realizan actos anestésicos sin la presencia de su adjunto que lo vigile y supervise; esta situación, además de atentar contra el derecho a la vida y la salud de los pacientes, también según la doctrina genera una fuente trabajadora económica para las instituciones públicas a expensas de los médicos residentes. Otra situación que se presenta en relación con los

médicos residentes es que en las listas de pabellón (quirúrgico) es usual que tengan residentes de anestesiología asignados solos, sin adjuntos, para cubrir intervenciones quirúrgicas.

Al conocer estas realidades, es fácil entender por qué y con qué frecuencia se suscitan los casos de mala práctica médica, y comprender, al mismo tiempo, el estado de indefensión en que se encuentran los pacientes cuando desconocen la acreditación del médico a quien le entregan sus bienes más preciados, como son la vida y su salud. Por lo que se pregunta: ¿Qué le impide al paciente conocer a los médicos que lo van a intervenir quirúrgicamente? ¿A qué se debe que el paciente desconozca si quien le va a intervenir es un médico residente o un adjunto? ¿Existirá alguna violación al reglamento interno del hospital o institución de salud que el paciente no debe conocer? Es su vida la que va a arriesgar. ¿Qué establecen las normas que rigen en el quirófano? La formulación de estas interrogantes sin respuesta alguna configura una evidente vulneración del derecho constitucional a la información.

Es reprochable esta realidad que la mayoría de las veces soportan las personas con menos recursos, que no tienen cómo cubrir los gastos en una institución de salud privada. Es injustificada la excesiva confianza de que “nada va a suceder”, en términos de Aguiar Guevara (2008), así como la negligencia y la imprudencia manifiesta en el actuar de algunos médicos adjuntos como residentes de postgrado. Al respecto, el Código de Deontología Médica, en sus artículos 13 y 15 atinentes a los deberes generales de los médicos, expresa:

“Artículo 13. El papel fundamental del médico es aliviar el sufrimiento humano, sin que motivo alguno, ya sea personal, colectivo, religioso o político, lo separen de este noble objetivo”.

“Artículo 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los procedimientos diagnósticos y terapéuticos que consideren indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente. Se entiende por riesgos injustificados aquellos a los cuales sea

sometido el paciente y que no correspondan a las condiciones clínico-patológicas del mismo”.

Con fundamento en lo expresado, el profesor Galán Cortés, citado por Aguiar Guevara (2008, 457), ilustra con una sentencia de fecha 11 de enero de 1997, del Tribunal Civil español, en la cual se condenó a un médico residente de primer año por negligencia médica, por haber descartado la existencia de una lesión ósea, por no haber realizado un estudio radiológico previo.

En el caso jurisprudencial citado, un trabajador de 25 años de edad se accidentó cuando trabajaba con una máquina fresadora agrícola, acudió a urgencias, donde fue atendido por el MIR-1, quien extendió el siguiente parte accidental: “herida incisa con desbordamiento de masa muscular, no afectación tendinosa, ni nerviosa, ni ósea”.

Pues bien, el descarte de la lesión ósea (más tarde se descubrirá la fractura de radio) lo obtiene sin la realización de pruebas complementarias que pudieran avalar tal diagnóstico y sin solicitar el respectivo estudio radiológico, a pesar de la intensidad del traumatismo, lo que devendría no sólo recomendable en la praxis médica habitual, sino que sería estrictamente necesario, según afirmó la Sala.

Ha de observarse en el referido caso que los médicos residentes actúan sin la vigilancia del médico adjunto, el cual responde por la culpa del tercero, es decir, por la culpa del médico adjunto por “haberle vigilado mal”.

4.10. Responsabilidad de los dueños, directores y principales en materia de responsabilidad médica

Esta responsabilidad se fundamenta en una presunción *iure et de iure*. Bajo el perfil de esta responsabilidad se da el caso en que el paciente contrata directamente con la institución de salud y esta asume la responsabilidad de los médicos que allí se desempeñan, debiendo existir entonces una obligación preexistente, por ejemplo, la contratación de servicios médicos, los cuales pueden efectuarse a través de intermediarios, cooperativas, sindicatos o también a través de organismos autónomos, como el Seguro Social, la prestación de servicios de la gobernación, el Ipasme (Instituto

de Asistencia Social del Ministerio Popular para la Educación), Amezulia (Asistencia Médica directa del Zulia). Así se estima, entonces, que la culpa médica (daño, determinismo causal, imputabilidad al médico interviniente), compromete al establecimiento, el cual responde por los hechos de sus dependientes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1191 del Código Civil patrio.

De esta manera se tiene que el empresario es responsable del trabajo ejercido por las personas que ocupe en la obra, tal como lo prescribe el artículo 1642 del Código Civil vigente, que a la letra dice: “El empresario es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupe la obra”. No hay duda en cuanto a que en las instituciones públicas de salud la responsabilidad deviene de los dueños, principales y directores por el ilícito de sus dependientes en el ejercicio de las funciones para la cual fueron empleados y así lo ha reconocido la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como internacional (Aguiar Guevara, 2008, 448).

De acuerdo con la doctrina comparada, el Código Civil español consagra la responsabilidad de sus dueños o directores establecida en el artículo 1903 del referido Código, cuando expresa: “...son (responsables) igualmente los dueños o directores de un establecimiento o una empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieron empleados, o con ocasión de sus funciones”.

No cabe duda de que en las instituciones públicas de salud los médicos, como los enfermeros y otros trabajadores, son empleados bajo una contratación laboral. No obstante, en los establecimientos asistenciales privados la situación tiene algunas variantes. Lo primero que debe analizarse, afirma Aguilar Guevara (2008, 449), es cuántos tipos de médicos existen en una institución de salud privada. Dentro de ese orden, se tiene: a) los accionistas; b) los no accionistas; en el caso de que un médico sea accionista, significa que el médico ha comprado una acción que lo titula para el libre ejercicio profesional en principio, de manera que su conducta no comprometería a la

institución por la vía de subjetividad de su conducta culposa, aunque esto constituya una exoneración en principio de la responsabilidad objetiva institucional.

Afirma el autor *in comento* que algunas instituciones han implementado un sistema de contratación de diversas modalidades, como son supuestas cuotas de participación, cuotas de derecho al trabajo y hasta la figura del comodato, que consiste en la adjudicación gratuita de un consultorio para que se desempeñe libremente, pero por otro lado le exigen depositar una cantidad de dinero que “ni gana intereses ni está sujeto a devolución”.

Sin embargo, se da el caso de que en los contratos suscritos por los médicos y la institución se evidencia una verdadera subordinación de estos respecto de aquella, en el sentido de que es la institución, a través de sus directivos, la que muchas veces establece horarios de trabajo, emplea al personal subalterno, realiza gestiones de cobranza en forma obligada y exclusiva que los médicos deben cancelar por gestiones administrativas. Por otra parte, es la institución y sus directores quienes tienen la potestad de ingresar más personal médico de diferentes especialidades, y además los que adquieren los equipos e instrumentos que deben realizarles el debido mantenimiento.

Por otra parte, señala que algunos pacientes llegan a la institución por convenio de esta con empresas aseguradoras o compañías de medicina prepagada y los médicos se ven obligados a atenderlos sin fijar sus honorarios libremente; tal situación vulnera la ley del ejercicio de la medicina, específicamente, lo concerniente al Título I, Capítulo V, de la referida ley, que contempla las reglas atinentes a los honorarios profesionales en los artículos 36 y 37 *ejusdem*.

Dentro de este contexto, los dueños y principales tienen una responsabilidad por el hecho ilícito cometido por sus dependientes, como son los médicos y cualquier otro personal que incurra en ilícitos, por los cuales deberán responder, ya que, indudablemente, su responsabilidad es objetiva, amparada por una presunción *iure et de iure*. Las víctimas o los familiares deberán sólo demostrar que se produjo un daño en esa

institución como consecuencia de los servicios ofrecidos, para que se establezca así la obligación de reparación.

Afirma Yepes Restrepo (1996, 180), que la función de la institución de salud es la gestión, coordinación y administración de los servicios, y que está obligada a establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente y oportuna de los servicios prestados, de manera que se le impone la exigencia de reparar los daños ocasionados a los pacientes por las fallas que se produzcan en su institución. Siguiendo con la misma referencia, la afiliación que tiene el paciente con la entidad promotora le origina a esta la obligación legal de prestar los servicios, por ser parte de las instituciones y profesionales que las han contratado, de forma oportuna y adecuada, pues la defectuosa prestación del servicio la compromete.

4.11. Responsabilidad por daños causados por las cosas en materia de responsabilidad médica

Sabido es que en el ejercicio de la medicina se utilizan distintos y numerosos instrumentos, aparatos y medicamentos, cuyo uso puede ocasionar un daño al paciente. Este tema ha generado discusión acerca de la aplicación o no de principios generales en materia de responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas. Dentro de esta perspectiva se tiene que desde el momento en que el médico trabaja con equipos, con aparatos, tendrá una responsabilidad civil en un momento dado, debido al daño que pudiera causarle a un paciente por la inadecuada función de un electrobisturí o cuando se produzca una quemadura con un electrocauterio; o también por un láser mal funcionante descalibrado. (Aguar Guevara, 2008, 458).

En la legislación venezolana, la responsabilidad por el hecho de las cosas está establecida en el artículo 1193, que en su primer aparte expresa:

“Toda persona es responsable del daño causado de las cosas que tiene bajo su guarda, a menos que pruebe que el daño ha sido ocasionado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero o por caso fortuito o fuerza mayor”.

Según la legislación comparada, el Código Civil argentino contempla la responsabilidad por los daños causados por las cosas que se tienen bajo su guarda en

el artículo 2311, y en el artículo 1113 contempla una extensión de esa obligación, en ese sentido expresan:

“Artículo 2311. Se llama cosas en este Código los objetivos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación”.

“Artículo 1113. La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de los daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”.

Ahora bien, ha de considerarse que al subsumir esta materia dentro de la responsabilidad del artículo 1193 del Código Civil vigente venezolano, devienen las mismas controversias sobre la guarda material y jurídica de la cosa. En ese sentido, la doctrina hace referencia al guardián material como aquel que tiene poder de hecho sobre la cosa, y en cuanto al guardián jurídico es aquel que dirige la cosa, posee un título sobre la misma y es responsable del cuidado, custodia y conservación. Debe considerarse, sin embargo, que: a) el médico normalmente no es el dueño de equipos, pero hay que reconocer que, en efecto, hay médicos que sí son dueños de equipos y aparatos; b) que el médico que no es dueño del equipo no tiene utilidad ni provecho económico de la cosa.

Cabe destacar que el artículo 15 de la Ley del ejercicio de la medicina establece tanto la idoneidad profesional como el poseer materiales y suministros adecuados, es decir, en buen estado; en ese sentido expresa:

“Ninguna institución de asistencia médica, pública o privada, podrá funcionar sin autorización del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social. Todas las instituciones dedicadas a la prestación de servicios de asistencia médica se regirán por los Reglamentos y normas que dicte el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social. Estas instituciones deberán contar con los edificios y ambiente apropiados; con personal capacitado; con materiales y

suministros adecuados y en general con los elementos indispensables para la clase de servicios que ofrezcan”.

4.12. Responsabilidad objetiva y subjetiva del médico

De acuerdo con el enfoque doctrinal de Ruiz Orejuela (2006, 61), en la responsabilidad subjetiva del médico se toma en cuenta el valor social y moral del acto médico, se analiza la conducta del actor, si se consigue o no culpa, se valora la conducta del médico en su quehacer diario, asimismo, se valora si dicha conducta se ajusta a los patrones de la *lex artis* de su profesión. La responsabilidad subjetiva del médico está fundamentada en el proceder culposo del médico en el ejercicio de su profesión.

Siguiendo con esta referencia, la responsabilidad médica objetiva procura la persona o institución capaz de asegurar la reparación y la condena por el hecho de que el daño ha sobrevenido en ciertas circunstancias sin importar la conducta del médico, cuyo objetivo es garantizar la indemnización del daño causado. La objetividad está considerada como una actividad imparcial que analiza una situación especial bajo datos y situaciones reales que tuvieron lugar en un momento dado, sin importar perjuicios ni intereses, para concluir solo sobre hechos y conductas. Por otra parte, señala que la responsabilidad objetiva es la tendencia moderna que se aparta del fundamento forzoso de culpa o de dolo para exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios.

Aguiar Guevara (2008, 463), de su experiencia, refiere el siguiente caso:

“Una paciente, quien presentaba diagnóstico de “huevo muerto retenido”, motivo por el cual consultó un especialista gineco-obstetra. La decisión terapéutica era mandatoria: “legrado uterino”. Durante el curetaje que le fue practicado se le perforó el útero, por lo que fue necesario una intervención quirúrgica reparadora. Se le da de alta a la paciente, a pesar de presentar molestias abdominales y dificultad respiratoria parcial. Se le precisó tratamiento médico a través de una consulta telefónica con el especialista. Posteriormente, presentó dolor abdominal, dificultad respiratoria y dolor en el hemitórax izquierdo. Después de realizarle exámenes se descubre un neumoperitoneo. Fue intervenida nuevamente, encontrándose perforación a nivel de las asas intestinales y la paciente es internada en la unidad de

cuidados intensivos, luego de haberle practicado una rafia intestinal que originó una sepsis de punto de partida abdominal.

La paciente sanó finalmente y fue dada de alta. Posteriormente, se cobran los gastos por una altísima cantidad de dinero por conceptos de honorarios médicos y gastos de Unidad de Cuidados Intensivos y la prolongada hospitalización. Sin entrar a hacer mención de la conducta subjetiva del médico gineco-obstetra ni del cirujano por él contratado para las rafias uterinas y luego intestinales”.

Asimismo, el referido autor formula las siguientes interrogantes: ¿Es responsable la paciente como consecuencia de la perforación uterina? ¿Debe la paciente cancelar los gastos de la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) cuando la sepsis se origina por una perforación intestinal inadvertida que tampoco fue diagnosticada a tiempo a pesar de los síntomas de la paciente? Ante esta situación, alega el autor comentado que “independientemente de la conducta subjetiva de los médicos, la institución, desde el punto de vista objetivo, en la reparación del daño sufrido por la paciente no tenía derecho al cobro excesivo presentado”. Agrega, además, que la directiva o junta administradora selecciona a los médicos y le autoriza a desempeñarse en ella. Aquí hace referencia a la culpa *in eligendo*.

La Organización Mundial de la Salud expresa claramente que por salud se entiende no sólo la ausencia de enfermedades, sino el completo estado de bienestar físico, mental, social y ambiental de un individuo. Así se tiene que esta conducta del médico negligente, junto a una deficiencia en el juicio clínico del médico en su quehacer profesional en el que la rutina del trabajo diario le da una exagerada confianza en que nada va a suceder, es precisamente lo que lo compromete gravemente y demuestra su culpa, lo que indefectiblemente lo obliga a reparar los daños causados a sus pacientes.

Ahora bien, la misma fuente bibliográfica reseña unos casos relacionados con la responsabilidad civil del profesional de la medicina a fin de establecer el alcance de la conducta del médico; es decir, cuándo y dónde una conducta es imprudente y negligente y cuándo no lo es. En tal sentido, se tiene:

“Caso 1. De tal manera que utilizando los principios aprendidos hasta ahora, se puede exonerar de responsabilidad civil profesional a aquel médico anesthesiologo que, ante un paciente diabético descompensado, deshidratado, con una insuficiencia renal crónica pero que se encuentra en fase aguda con trastornos hidroelectrolíticos severos, anemia y otras manifestaciones típicas

de estas entidades clínicas, y quien presentado para una intervención quirúrgica de urgencia a los fines de intentar lograr una derivación peritoneal que le permita adecuarse a un tratamiento de diálisis para compensar su deficiencia renal, ocurre ante los familiares; explica detalladamente los riesgos que se presentan para la intervención y las probabilidades de muerte intraoperatoria del paciente, pero quien ante los beneficios que pudiera otorgarle la intervención, muy bien vale la pena correr el riesgo. Los familiares expresan su entendimiento, aceptación y consentimiento. Se inicia la operación y durante la misma, a pesar del cuidado, diligencia y pericia del anestesiólogo, el paciente fallece.

Caso 2. Pero en contrario, ante el mismo paciente en las mismas circunstancias, se inicia la intervención quirúrgica y el anestesiólogo sale «momentáneamente» del pabellón. En ese momento hay una disminución de flujo de oxígeno en las líneas de suministro, por lo cual no se cumple con una adecuada oxigenación del paciente, quien presenta trastornos cardiovasculares y cerebrales en consecuencia. Finalmente fallece. ¿Es la conducta y actuación de este médico equiparable a la de un buen padre de familia, en cuanto al cuidado, prudencia y diligencia debida al paciente? O al contrario, previendo el riesgo corrido pero olímpicamente y con exceso de confianza de que nada va a suceder ¿el anestesiólogo abandona el pabellón? O lo que es más grave aún: ¿el anestesiólogo simplemente no previó el riesgo que el paciente corría al ser abandonado por su salida de pabellón?

Caso 3: Con respecto a la relación de causalidad y la Teoría de la Causalidad Adecuada de Von Kries podemos exponer el caso de J.S.M. acusado de Homicidio Culposo por abandonar a un paciente de graves condiciones y que fallece momentos después que él «abandona» la guardia sin esperar recibir su relevo. Sin embargo, se analizó que la causa primaria del daño había sido una herida por arma de fuego en la región femoral del paciente, quien presentó signos y síntomas de descerebración al ingreso al hospital, por shock hipovolémico agudo; asimismo no presentó ninguna respuesta evidente de mejoría a pesar de las maniobras de resucitación brindadas por el médico J.S.M., el cual abandona la guardia ante la declaratoria de tratarse de un paciente irrecuperable. El abandono de la guardia, si bien constituye otra falta grave, es otra concausa a considerar en el problema, no fue exactamente la causa directa, efectiva e inmediata de muerte del paciente; por lo que ninguna responsabilidad pudo ser admitida por el Juez de la causa.

Caso 4. Dice el Artículo 13 de la ley de Ejercicio de la Medicina que el médico debe encontrarse en condiciones psíquicas y físicas satisfactorias para la prestación idónea de sus servicios. Pregunto: ¿no constituye un hecho de imprudencia el médico que cumple una guardia hospitalaria de emergencia, con actividad extenuante durante toda la noche (caso común en nuestros hospitales) y quien en la mañana siguiente simplemente acude a su rutina diaria de trabajo en el mismo hospital o en otra institución pública o privada? ¿No está siendo negligente con el cuidado de sus pacientes cuando a consecuencia del cansancio ocasionado por tal guardia, se encuentra somnoliento durante el acto quirúrgico, y a consecuencia de lo mismo «deja olvidada una gasa» en el abdomen del paciente? ¿Se hace entonces

obligatoria la llamada postguardia, que las instituciones públicas han negado a sus médicos y en las instituciones privadas son los mismos médicos quienes la descuidan, en una olímpica seguridad y confianza de que nada va a suceder? ¿No merece igual consideración de imprudencia la actuación negligente en el cuidado del paciente al médico que a sabiendas de que tiene intervenciones quirúrgicas o pacientes que atender al día siguiente, se acuesta tarde por asistir a una fiesta o celebración y sin mencionar las bebidas consumidas, simplemente no descansa el tiempo suficiente?

Caso 5. Un médico R.M. trabaja para una institución pública de asistencia médica. A pesar de que repetidamente se han reclamado las precarias condiciones de trabajo, y la falta de equipos médicos adecuados. Y en una actitud de mero cumplimiento del deber, orientado por una vocación especial de servicio, y ante la evidente necesidad de un salario mensual que le permite su subsistencia y la de su familia, ocasiona un daño a un paciente, por un hecho de difícil o imposible previsión. A consecuencia de la falta específica de un instrumental adecuado necesario para casos de emergencia, y los cuales no funcionaron debidamente en el momento preciso, ¿puede este médico ser responsable subjetivamente? ¿Hay culpa en su actuación? ¿O existe una obligación objetiva de la institución que brinda los servicios de asistencia médica al no cumplir con el debido equipamiento exigido por el mencionado artículo 15 de la Ley de Ejercicio de la Medicina y devenir responsable por el daño causado al paciente?

Caso 6. C.G. trabaja como residente de emergencia en un hospital, durante su guardia recibe a un politraumatizado, producto de un imprudente conductor quien lo atropelló mientras manejaba de noche sin luces y a exceso de velocidad. Entre otras cosas, el paciente presentó un abdomen agudo quirúrgico y necesitó una intervención para controlar la hemorragia abdominal. Dentro del shock hipo volémico agudo del paciente, el médico CG. decide administrar sangre, es decir, practicar una transfusión sanguínea. Debido a la urgencia del caso y a las precarias condiciones del paciente, y ante la premura de elevar las cifras de tensión arterial, el Dr. CG. administró una sangre que no correspondía al tipo adecuado para este paciente, quien hizo una crisis hemolítica severa, shock anafiláctico y muere”.

Respecto al caso N° 6, se comenta que existe un hecho primario de imprudencia del conductor, quien atropelló al paciente, pero la actitud culposa del Dr. CG. rompe o interrumpe el nexo de causalidad inicial, y se convierte en acción u omisión en la causa efectiva preferente y directa de la muerte del paciente, siendo entonces responsable por el daño producido al paciente. Cierto es que el paciente no hubiera llegado al hospital en primera instancia de no haber sido por la conducta imprudente del conductor, aunque también es cierto que ante la misma situación un médico más cuidadoso no habría equivocado el tipo de sangre y por tanto el paciente no hubiera muerto, y de ocurrir el

deceso ya no sería como consecuencia de la transfusión, sino del cuadro clínico inicial, que lo hubiese exonerado de responsabilidad.

4.13. Responsabilidad médica en equipo

En términos de Ruiz Orejuela (2006, 110), quien a su vez cita a Paredes Duque, el avance de la ciencia y la tecnología, así como la sub-especialidad en la ciencia de la salud, ha permitido que la actividad médica se haga cada vez más compleja y multiparticipativa, de allí que un procedimiento que va desde un examen hasta una intervención quirúrgica requiera de la participación de distintos profesionales cuya especialidad garantiza o favorece la calidad y el buen resultado del acto médico.

La responsabilidad depende de un concepto determinante que se denomina discrecionalidad científica, que distingue entre quienes reciben órdenes de un superior y no tienen poder de decisión, ni siquiera en el caso de una urgencia, y quienes tienen la plena autonomía en dirigir las necesidades del paciente de acuerdo con su especialidad, como ejemplo de ello se tiene el caso de la cirugía plástica y estética, en la que tienen discrecionalidad científica tanto el cirujano como el anestesiólogo y otros especialistas, dependiendo de la intervención, los cuales trabajan coordinadamente.

Es preciso señalar entonces que, en cuanto a aquellos que gozan de discrecionalidad científica de los que no la poseen, la doctrina ha diferenciado entre la medicina grupal y equipo médico y ha indicado que la característica fundamental del equipo médico es la presencia del cirujano jefe, el cual actúa asistido por médicos auxiliares y paramédicos, así como por especialistas con autonomía científica. Entre la medicina de grupo y el equipo médico se tiene que la primera distinción hace referencia al colectivo de médicos que ejercen su profesión en un mismo centro de salud, los cuales se presentan y establecen a su vez servicios mutuos, tales como: guardias, turnos de sustitución, reparto de horarios, entre otros, y la segunda, se dice de aquel conjunto de especialistas que intervienen en una fase determinada, por ejemplo, la intervención quirúrgica.

Dentro de esta perspectiva se generan ciertas inquietudes a la hora de establecer la responsabilidad médica en equipo, toda vez que, tratándose de servicios de salud a cargo del Estado, es decir, en las instituciones de salud pública, amparados muchas

veces por el anonimato de los miembros del equipo médico en su interacción con el paciente, se generan problemas de orden probatorio, por un lado las causas, así como las culpas que concurren en la producción del daño, y por otro, porque cada miembro del equipo desempeña un rol determinado y la prestación total del servicio se caracteriza por la pluriparticipación de actividades.

Se pregunta entonces hasta dónde llega la responsabilidad del equipo médico, ¿responden de manera individual o responden solidariamente?; el autor colombiano Ruiz Orejuela (2006, 113), el cual sirvió de marco referencial para el desarrollo de este perfil, argumenta que la responsabilidad del equipo médico no es solidaria, por lo que cada profesional debe responder por su cuota de culpa en el resultado desafortunado del acto médico. No obstante, señala que el pronunciamiento de la Corte Suprema de su país ha determinado que la responsabilidad médica en equipo es solidaria.

Del análisis precedente, Aguiar Guevara (2008, 508), argumenta que dentro de la legislación interna venezolana el fundamento legal de la responsabilidad solidaria está consagrado en el artículo 1195 del Código Civil vigente, el cual expresa:

“Si el hecho ilícito es imputable a varias personas, quedan obligadas solidariamente a reparar el daño causado. Quien ha pagado íntegramente la totalidad del daño, tiene acción contra cada uno de los coobligados por una parte que fijará el juez según la gravedad de la falta cometida por cada uno de ellos. Si es imposible establecer el grado de responsabilidad de los coobligados, la reparación se hará por partes iguales”.

Al respecto precisa que si el hecho ilícito es imputable a varias personas, esa imputabilidad es el problema central cuando el trabajo es realizado en equipo. Considera, así mismo, que durante largos años el médico ha asumido la responsabilidad directa y personal, porque su labor era individual, pero que debido a la implementación de nuevas técnicas y al desarrollo cada vez mayor de nuevas áreas, así como la necesidad de lograr mayor conocimiento en un campo específico de la medicina, los

médicos se han visto obligados a trabajar en equipo o en colaboración mutua con equipos de una sola disciplina.

4.14. Presupuesto de la responsabilidad médica en equipo

La necesidad de laborar en equipo plantea diversas posibilidades para el establecimiento de responsabilidad civil, las cuales han de analizarse para conocer las consecuencias jurídicas que surjan para cada integrante del equipo médico. Cabe destacar que el autor Yepes Restrepo (1996, 70), clasifica a la responsabilidad del equipo en "responsabilidad individual y compartida". No obstante, el referido autor argumenta que tanto la legislación francesa como la alemana contemplan una categoría de responsabilidad que se conoce como responsabilidad colectiva y tiene lugar cuando la responsabilidad no está determinada o individualizada, es decir, cuando dentro de un grupo de posibles responsables no es dable demostrar la relación causal particular, situación que conduce indefectiblemente a que el juez condene a todos los integrantes del equipo que produjo el resultado dañoso.

Las críticas que se le hacen a la teoría en cuestión es que se puede condenar a inocentes, sin embargo, se indica, a su vez, que la dificultad de identificar al verdadero causante del daño tiene como causa el encubrimiento que hacen los demás integrantes del equipo. Debe asimismo advertirse que esta teoría de la responsabilidad colectiva no es aplicable en el ámbito penal sino en el civil. Por otra parte, indica Bustamante Alsina, citado por Yepes Restrepo (1996, 71), que esta teoría es perfectamente aplicable al trabajo médico en equipo, pues, si un paciente sufre un menoscabo en el cuerpo o en la salud por causa de una indebida acción del equipo médico, surge la responsabilidad

colectiva de todos los integrantes cuando no es posible identificar al autor del daño, así existe la posibilidad de que cualquier integrante demuestre que no fue su culpa.

Dentro de los presupuestos para el establecimiento de responsabilidades se tiene que:

- El paciente contrata con el especialista fundamental quien hace de coordinador y jefe del equipo y elije por tanto a sus colaboradores.
- El paciente contrata con cada especialista por separado (cirujano, cardiólogo, anestesiólogo).
- El paciente contrata con el hospital o institución, a su vez ha contratado a sus médicos de planta, organizados por servicios, los cuales pueden interconsultarse, y son designados oportunamente para cada caso, no habiendo posibilidad por parte del paciente de escoger a sus especialistas o médicos tratantes.

Con lo antes mencionado se evidencia que la colectivización de la medicina es un hecho, así como la necesidad de especialización por parte del médico, de la cual se precisan nuevas técnicas diagnósticas y terapéuticas (Aguar Guevara, 2008, 509).

El autor *in comento* señala que la pluriparticipación médica ha ido evolucionando y la relación de jerarquía y supremacía del cirujano como jefe del equipo deviene del hecho histórico trascendental originado por la ausencia de médicos anestesiólogos; pues en la antigüedad cuando el hombre buscaba la manera de combatir el dolor se recurría al uso de la combinación de adormidera con opio, como ingrediente básico, mandrágora, beleño o hierbas *frigi-dissimi* y alcohol (especialmente vino), en la famosa esponja soporífera, la cual era utilizada entre otros por Hipócrates y Galeno, sus ayudantes eran solo camilleros y posteriormente enfermeros, lógicamente quien impartía ordenes en cuanto a la administración de medicamentos era el cirujano, por lo tanto era el único jefe del equipo médico y quizá con responsabilidad médica plena.

En la actualidad, esa división jerárquica del equipo médico la constituye el cirujano principal o jefe quirúrgico, quien actúa en coordinación subordinada y dependiente de cirujanos auxiliares y otros con autonomía científica, como es el anestesiólogo o el

hemoterapeuta, de manera que el hecho de actuar estos médicos especialistas sobre el paciente trae como consecuencia un reparto de competencias y responsabilidades cuya preparación especial con conocimiento y funciones específicas muchas veces resulta desconocida por otros médicos del equipo.

Ahora bien, la misma fuente bibliográfica revela que los problemas en torno a la responsabilidad médica en equipo han sido analizados bajo el principio de la división del trabajo cuya autoría pertenece a D. Wilhlem, citado por el mismo autor, y que se fundamenta en un principio de confianza, en el cual el médico está debidamente entrenado y capacitado en su área.

Asimismo, esta división del trabajo se clasifica en división horizontal y división vertical. En la primera, se da una situación de igualdad en cuanto a especialidad y nivelación profesional, no existe subordinación alguna. En este caso, cada médico especialista es independiente en su nivel de atención para con el paciente; ejemplo de ello es la relación que se da entre el cirujano y el anesestesiólogo y entre este y el traumatólogo o cualquiera de los anteriores y el cardiólogo. Cabe destacar que en la práctica existe una situación confusa cuando la relación se establece entre el cirujano y la enfermera instrumentista, pues, desde el punto de vista profesional, así como del reglamento interno que los rige, cada uno tiene funciones y obligaciones diferentes.

La división vertical, por su parte, consiste en una relación de subordinación junto a una manifiesta relación de jerarquía, la cual puede ser entre profesionales de la misma especialidad, como es el caso del jefe quirúrgico en relación a los cirujanos ayudantes, o el caso de la enfermera circulante respecto a la enfermera instrumentista.

La complejidad de la responsabilidad civil del médico se centra en la división horizontal, toda vez que el paciente contrata, en primer lugar, con el médico cirujano los servicios profesionales, basado en la confianza, para que luego seleccione el resto del equipo. Cada uno de estos profesionales tiene una responsabilidad individual por el

desempeño en su ejercicio, pero subsiste aquella responsabilidad compartida con el cirujano principal sobre actividades que ha de supervisar y vigilar.

En este orden, a título de ejemplo, se tiene que el cirujano siempre debe estar atento ante cualquier actitud negligente en la que pudiera incurrir el anestesiólogo, el hecho que este abandone el quirófano momentáneamente durante una intervención quirúrgica comporta un evidente descuido del mismo, y en consecuencia, atenta contra la vida y la salud del paciente; si el cirujano o jefe del equipo permite tal situación, entonces su actitud también es negligente por acción y por omisión, al guardar silencio ante este hecho; situación que lo convierte en copartícipe del hecho culposo que causa daño al paciente.

Dentro de la división horizontal de trabajo, el cirujano podrá ser responsable por otros actos en los que puede incurrir el anestesiólogo, tales como: no vigilar y asegurarse que cumpla con la debida consulta pre-operatoria e indique y revise los exámenes pertinentes; asimismo, debe asegurarse que el anestesiólogo permanezca durante toda la intervención quirúrgica y no debe autorizar salidas de este, hasta tanto el paciente sea llevado a la sala de recuperación.

Cabe destacar que el cirujano no podrá ser imputado por la administración de drogas o técnicas seleccionadas por el anestesiólogo, pues estas son única y exclusivamente competencia de su especialidad y es justamente aquí donde reside el principio de confianza. A título ilustrativo se realizan algunas consideraciones sobre el principio de la división del trabajo cuya finalidad es conocer cómo se establecen tales responsabilidades en la práctica médica. En el caso siguiente se evidencia el establecimiento de responsabilidades en los casos conocidos como **oblito**

quirúrgico u **olvido quirúrgico**, y al respecto, Aguiar Guevara (2008, 517) considera lo siguiente:

Primero: Si el cirujano ejecutó todas las medidas de precaución contra tales olvidos, de acuerdo con la ciencia y la práctica médica.

Segundo: Lo complicado y laborioso de la intervención.

Tercero: Si ha cumplido con el prudente aviso que él como cirujano jefe del equipo debió hacerle a la enfermera instrumentista solicitando conteo de gasas e instrumentos, antes de proceder al cierre de cavidades o finalización de la intervención. La instrumentista, profesional en su propia área de competencia y obligada por las normas sustantivas, está obligada a realizar el conteo de las gasas e instrumentos.

Como complemento de las ideas expuestas se precisa que el cirujano tiene una obligación de cuidado y vigilancia; no puede estar contando gasas e instrumentos, pero sí puede y siempre debe, antes de cerrar la cavidad y sin equívocos, preguntar a viva voz a la enfermera instrumentista si el conteo de gasas e instrumentos está completo, en el caso de que la enfermera responda afirmativamente, el cirujano, sobre base del principio de confianza, podrá proceder al cierre de la cavidad. Si existieren dudas en el conteo, el cirujano debe realizar todas las apreciaciones y exámenes imagenológicos conocidos para asegurarse de que no existe ninguna gasa o instrumento dejado inadvertidamente en la cavidad.

De los anteriores planteamientos se tiene que si el médico cumplió con todos los parámetros y la enfermera instrumentista le reporta que el conteo está completo, el cirujano está exento de responsabilidad, toda vez que estando preocupado por otras cosas inherentes a la salud del paciente y a la intervención, solicita diligente y prudentemente el conteo de gasas e instrumentos, basado en el principio de confianza, y asume como verdadera la respuesta de la enfermera instrumentista profesional capacitada para tales

finés. A tal efecto, si olvida solicitar el referido conteo antes del cierre de cavidades, la responsabilidad devenida será directamente del cirujano, jefe del equipo médico.

4.15. Responsabilidad objetiva del Estado

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), contempla la responsabilidad objetiva del Estado por los daños sufridos por los particulares, siempre que la lesión provenga de la administración pública. Ahora bien, subsumiendo esta responsabilidad en materia de responsabilidad médica, evidentemente, cualquier daño sufrido por el paciente, proveniente de servicios sanitarios, constituye una responsabilidad del Estado.

El artículo 140 de la República Bolivariana de Venezuela (1999) expresa: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública”.

Así mismo, el artículo 141 lo complementa, y al efecto establece:

“La administración pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley”.

De manera que corresponde al mismo Estado, a través de la Defensoría del Pueblo, iniciar acciones correspondientes a indemnizar los daños y perjuicios causados a los ciudadanos y así lo establece la Constitución en el artículo 281, numeral 2:

“Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo:

(...) omisión

2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos, difusos de las personas, contra arbitrariedades, desviaciones de poder, y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuese procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a los administrados

de los daños y perjuicios, que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos”.

Asimismo, el artículo 117 de la Constitución 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”.

Estas normas que contempla la Constitución en concordancia con el mencionado artículo 15 de la Ley del Ejercicio de la Medicina estipulan que todas las instituciones de salud públicas o privadas están obligadas a contar con una infraestructura adecuada, insumos, materiales y personal idóneo y capacitado, a fin de garantizar el servicio que prestan las instituciones.

4.16. La responsabilidad institucional

De acuerdo con Arturo Yungano (1991, 105), para establecer una regla general de responsabilidad civil médica es importante precisar el fundamento de la obligación de reparación. De manera que, si se toma en cuenta el valor moral y social del acto, la responsabilidad será subjetiva, por lo tanto, el juez debe analizar la conducta y si ha incurrido en culpa será condenado a la reparación. Ahora bien, si se toma en cuenta a la persona capaz de asegurar la reparación y se condena por el solo hecho de que el daño haya sido sobrevenido a ciertas condiciones sin que sea menester juzgar su conducta, la responsabilidad, en este caso, es objetiva y se condenará a quien haya originado el riesgo.

En el Código Civil patrio, la teoría de la culpa tiene su centro en el artículo 1185, el cual establece en su primer aparte: “El que con intención, o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo”. No obstante, el segundo aparte del mismo artículo permite establecer la génesis de la responsabilidad

objetiva, al respecto expresa: "...Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho". Por regla general la culpa ha dominado el sistema de responsabilidad civil, por cuanto además de tener principio de juzgamiento jurídico, tiene también moral; de manera que probada la imputabilidad, se adjudicará luego la culpabilidad.

4.16.1. Presupuestos básicos de la responsabilidad objetiva institucional

De acuerdo con Arturo Yungano (1991, 110), los presupuestos básicos de la responsabilidad objetiva son los siguientes:

- **Obligación de seguridad**

En el Ordenamiento jurídico venezolano, esta obligación de seguridad está consagrada en el artículo 1160 del Código Civil, que establece el principio de *pacta sunt servanda*, expresión latina que significa que lo estipulado por las partes debe ser cumplido. En ese sentido el referido artículo expresa: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley".

Esta obligación se basa en la obligación de reparación del daño por el hecho de un tercero; en virtud de una obligación de medios con un fin determinado con un mínimo de

seguridad en cuanto a los profesionales que trabajan en una institución. Su fin es preservar la salud del paciente y esta puede ser lograda.

El fundamento de la responsabilidad objetiva viene dado por:

- Principio de garantía.
- Principio de confianza.
- Obligación de idoneidad profesional.
- Obligación de equipamiento, instrumentación e insumos adecuados.
- Obligación contractual.
- Todas aquellas normas del derecho positivo que hacen derivar responsabilidad de las instituciones.
- La contratación hotelera.
- La responsabilidad de su personal.
- El provecho lucrativo que obtienen por los servicios ofrecidos.

Cabe destacar que esta obligación de seguridad es semejante a las derivadas de la responsabilidad profesional, la cual fue previamente analizada a la luz de la legislación francesa, la cual contempla, asimismo, los principios de garantía, confianza, idoneidad profesional, entre otros, y mencionados en este perfil como fundamentos de la responsabilidad objetiva.

- **Obligaciones de garantía**

La obligación de seguridad se transforma en obligación de garantía cuando algunos actos son cumplidos por subordinados o dependientes del médico. La culpa de aquellos compromete la responsabilidad de este. Asimismo, la falta de normas expresas en la mayoría de las legislaciones con respecto a la responsabilidad contractual por el hecho

ajeno impone considerar la necesidad de tipificar con recepción legal el contrato de asistencia médica, tal cual como lo ha sostenido el referido autor.

4.16.2. La responsabilidad objetiva institucional, la Ley de Protección al Consumidor y el Usuario y el Derecho de Consumo

En los últimos años, la responsabilidad institucional está orientada desde el punto de vista del derecho de consumo. Hoy en día, la jurisprudencia y la doctrina no se conforman con la prueba del daño en aquella necesidad de demostrar la culpa, la conducta subjetiva del profesional de la salud y el nexo, muchas veces tan difícil para el paciente o usuario de los servicios médicos; lo que ha traído la necesidad de demostrar resultados negativos o daños de la institución prestadora de los servicios, por tratarse de un riesgo inherente a su propia actividad de comercio.

En este sentido, se comentan observaciones citadas por Aguiar Guevara (2008, 480), de cómo se promulga la ley de consumidores en España, en 1984. Afirma el referido autor que durante una década hubo un silencio jurisprudencial, por cuanto no se había aplicado a ningún caso de responsabilidad sanitaria. No fue sino en 1997 cuando el Tribunal Constitucional de España condena a una institución al reconocer la aplicabilidad de la ley de consumidores al régimen sanitario, dejando por una parte la responsabilidad subjetiva culposa del Código Civil como régimen común en el caso de los médicos y señalando la aplicabilidad preferencial al régimen especial contemplado en la referida ley de consumidores, para sancionar objetivamente a la institución prestadora del servicio de salud, por el no cumplimiento de los niveles de eficacia esperados por el usuario con fundamento en el principio de garantía.

El mismo autor señala que, siendo la obligación del médico una obligación de medios, no le quedó otra vía al Tribunal Constitucional que establecer la obligación de resultados o fines para la institución y lograr la aplicabilidad de la Ley de Consumidores en la responsabilidad objetiva. A este respecto, siguiendo

con el derecho comparado, vale la pena comentar que en la legislación Argentina el artículo 40 de la Ley 24.240 expresa:

“Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados por la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo la liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

El referido artículo presenta dificultades para aplicarlo; según comentario de Juan Fariña, citado por Aguiar Guevara (2008, 491), en lo referente al alcance de la norma y la imputabilidad concurrente, para determinar la obligación de reparación, si esta se deriva de una obligación contractual o a la aquiliana.

Por su parte, afirma el autor colombiano Ruiz Orejuela (2006, 29), que la jurisprudencia del Consejo de Estado de su país ha sido notablemente innovadora, por cuanto el máximo Tribunal de la Jurisdicción Administrativa considera a la actividad médica como una operación jurídica compleja e indica que ya no se debe circunscribir a la actividad médica como una obligación de medios; por lo que los procedimientos médicos deben ser realizados de una manera integral y no aislada.

Dentro del mismo contexto Ruiz Orejuela (2006, 30), expresa:

“...Esta exigencia se hace necesaria para evitar la tendencia a situar la totalidad de las prestaciones médicas como actividad de medios; es que hay veces que se perfilan claramente como típicas prestaciones de resultado: la obtención de un buen resultado en términos médicos, dependerá, en buena

medida, de la adecuada realización de cada una de las etapas diferenciadas...”

4.16.3. La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (Indepabis)

Puede decirse que en Venezuela existe un avance para determinar responsabilidades en materia de salud y seguridad. En el Título II, Capítulo II, de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, se contempla en el artículo 9 que: “Los bienes y servicios puestos a la disposición de las personas no deben implicar riesgos para su salud o seguridad...”. Por su parte, en el Título II, Capítulo I, artículo 8º *ejusdem*, se consagran los derechos de las personas a los bienes y servicios declarados o no de primera necesidad, y señala, asimismo, en su numeral 6, la reposición del bien o resarcimiento del daño sufrido, al respecto:

“Artículo 8º.- Son derechos de las personas en relación a los bienes y servicios declarados o no de primera necesidad:

(...) 6. La reposición del bien o resarcimiento del daño sufrido en los términos establecidos en el presente Decreto con Rango y Fuerza de Ley”.

Como bien puede observarse, bajo los enfoques doctrinales de algunas legislaciones, se considera un cambio sobre las áreas de la medicina y se concibe a la actividad médica como una profesión de resultados y no de medios, singularmente, como es el caso de la cirugía estética. Por otra parte, ha de indicarse que la concepción del individuo como consumidor es una vía para establecer la responsabilidad institucional en la prestación de bienes y servicios.

CONCLUSIONES

Realizado el estudio de la mala práctica médica como problema social y jurídico en Venezuela, tomándose como referencia distintas perspectivas doctrinales, España constituyó el país marco para el desarrollo de esta investigación por su enriquecida doctrina y lo asequible de su bibliografía. Consustancial con esta realidad, Argentina, puede considerarse el país de Latinoamérica tal vez más avanzado en la solución de conflictos sobre mala práctica médica, seguido de Colombia, con importante doctrina sobre el tema estudiado.

Dentro de este contexto, se considera que el problema de la mala práctica médica no puede ni debe verse, menos aún justificarse, solo como un problema legal, económico, o por carencia de insumos y equipos médicos; los casos de mala práctica médica deben ser concebidos como un problema de consciencia que toca todos los aspectos del individuo como ser humano y como ciudadano que forma parte de una sociedad, toda vez que cada error cometido se refleja en todas sus facetas por el solo hecho de estar involucrado el bien máspreciado que tiene, como es la vida y su salud y, con ellos, sus afectos, sentimientos, familia, trabajo, su mundo, su entorno, sus aspiraciones, planes, ilusiones, proyectos, su patrimonio, en fin, todo aquello que se conecte con su personalidad, es decir, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana. El análisis precedente permitió arribar a las siguientes conclusiones:

1.- La falta de un instrumento legal y, en consecuencia, de un procedimiento específico que regule la responsabilidad médica de manera directa, ha permitido que la legislación sea colmada con la aplicación de criterios y principios, es decir, la utilización de técnicas hermenéuticas para rellenar ese vacío lagunoso, como es la aplicación de la analogía para proteger derechos fundamentales.

2.- La ausencia de legislación para regular los casos de mala práctica médica configura una omisión legislativa, toda vez que el legislador incumple con su deber de legislar y, en consecuencia, la protección del derecho a la vida, si bien es cierto está regulado en el Ordenamiento jurídico venezolano así como en la mayoría de las constituciones, convenios, pactos y declaraciones internacionales su protección está expresamente contemplada en los casos de pena de muerte, tortura, tratos crueles, inhumanos y

degradantes; por lo tanto se considera que su protección es incompleta e insuficiente, por cuanto no contempla los casos en los cuales el derecho a la vida y la salud son vulnerados por acción u omisión devenida de una responsabilidad médica.

3.- El Estado no puede ampararse en su Derecho interno para dejar de cumplir con obligaciones internacionales de derechos humanos. Se fundamenta tal conclusión en sentencia de fecha 04 de julio de 2006 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que expresa lo siguiente:

- Que el derecho a la vida es un derecho humano, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos.
- El Estado debe adoptar medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida por parte de agentes estatales o particulares.
- El Estado tiene responsabilidad internacional por incumplir su deber de cuidar y prevenir e investigar la vulneración del derecho a la vida y a la integridad personal.
- La salud es un bien público y los Estados tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce del derecho a la vida y a la integridad personal.
- Los familiares de las víctimas de derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas con motivo del sufrimiento adicional que han padecido.

4.- El contexto social y jurídico para crear el instrumento que regule la mala práctica médica en Venezuela está dado, en primer lugar, porque el Estado social y democrático de Derecho es un impulsador del respeto del derecho y las libertades, por la pluralidad de fines que cumple, entre ellos la vida, la solidaridad, la igualdad, la justicia, la responsabilidad social, la democracia, la preeminencia de los derechos humanos (artículo 2 y preámbulo de la Constitución patria), y en segundo lugar, porque el nuevo modelo de justicia constitucional contemplado en el texto fundamental ha dado origen a nuevas instituciones jurídicas, siendo una de ellas la declaratoria de inconstitucionalidad de las omisiones legislativas previstas en el artículo 336, numeral 7, del referido texto constitucional.

RECOMENDACIONES

Ante las conclusiones formuladas en relación con el estudio de la mala práctica médica en Venezuela, se formula la siguiente recomendación:

La regulación incompleta del derecho a la vida y el derecho a la salud constituye una omisión legislativa, por lo que, se recomienda al legislador venezolano que cumpla con su mandato de legislar y, en consecuencia, promulgue un instrumento legal que tenga por objeto regular la responsabilidad civil del médico, instrumento a través del cual se pueda demandar directamente por “Mala Práctica Médica”; que contemple un procedimiento idóneo y expedito para que haga efectiva la debida protección de los mismos, cuando estos son vulnerados por un error médico, es decir, por una imprudencia, negligencia o impericia que comprometa, lesione o menoscabe la vida y la salud física, psíquica, moral y espiritual de los pacientes, o de sus familiares, para el caso de que el paciente hubiere fallecido o quedare incapacitado; igualmente, que contemple una indemnización por esta misma causa.

Finalmente, los resultados de esta investigación representan un diagnóstico de la situación planteada, como lo es la mala práctica médica, por lo que queda abierta la posibilidad para que otros investigadores, incluyendo la autora del presente trabajo, puedan realizar un proyecto factible del referido instrumento legal a través de una investigación de naturaleza propositiva y, en consecuencia, pueda promulgarse una ley sobre “La Mala Práctica Médica” en Venezuela.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiar Guevara, R. (1996). **Derecho Médico en Venezuela**. Editorial Libreosca. Caracas, Venezuela.
- Aguiar Guevara, R. (2008). **Tratado de Derecho Médico**. Editorial Lebis, 2da Edición. Caracas, Venezuela.
- Ahumada Ruiz, M. (1991). "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas". Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm. 8, enero-abril. Madrid, España.
- Alegre Martínez, M. y Mago O. (2007). **Derecho de la Personalidad y Derechos de los Daños Morales. Una visión de derecho comparado desde la transdisciplinariedad y el Derecho Constitucional**. Editorial Constitución Activa, Breviarios del Nuevo Derecho. Caracas, Venezuela / León, España.
- Altavilla, E. (1999). **La Culpa**. Santa Fe de Bogotá. Editorial Temis, S.A.
- Alterini, A. y López R. (1995). **Responsabilidad Civil**. Primera Edición. Biblioteca Jurídica Dike. Colombia.
- Álvarez, J. (2010). **Restricciones de los Derechos Fundamentales**. Vadell Hermanos Editores. Caracas, Venezuela.
- Álvarez, T. (2008). **Instituciones Políticas y Derecho Constitucional**. Tomo 1. Ediciones Liber. Caracas.
- Aponte Salazar, P. (2008). **Fundamentos de Derecho Constitucional**. Vadell Hermanos Editores. Caracas, Venezuela.
- Aragón Reyes, M.; Fernández Segado, F. y otros (1999). **Comentarios a la Constitución Española de 1978**. Tomo XII. Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas EDERSA. Madrid, España.
- Asamblea Legislativa (1999). **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Gaceta Oficial N° 36-860 del 30-12-99. Caracas, Venezuela.
- Bastida, F., y Villaverde, I. (2004). **Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978**. Madrid, España. Tecnos. Biblioteca de Legislación.
- Bastidas M., N. (2000). **La Mala Praxis Médica como generadora de Responsabilidad Civil en el Médico. Lineamientos para una Ley que regule este proceder**. Trabajo de Grado. Universidad del Zulia.
- Bazán, V. (2006). **La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano**. Biblioteca Jurídica Virtual del

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.

Berstein Pascual, H. (2005). **El error médico. Aspectos médicos.** Medios legales jurídicos. Ediciones D&D SRL. Buenos Aires, Argentina.

Bidart Campos, G. (2008). **Compendio de Derecho Constitucional.** Sociedad Anónima Editora. Comercial, Industrial y Financiera. Ediar. Buenos Aires, Argentina.

Brage Camazano, J. (2000). **La Acción de Inconstitucionalidad.** Universidad Nacional de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ciudad Universitaria. México.

Cabanellas de Torres, G. (2000). **Diccionario Jurídico Universitario.** Argentina. Editorial Heliasta.

Caliz Caliz, R. y otros (2009). **Derecho a la Protección de Datos en la Historia Clínica y la Receta Electrónica.** Thomson Reuters. Agencia Española de Protección de Datos. Madrid, España.

Casal, J. (2006). **Constitución y Justicia Constitucional.** Segunda Edición Ampliada. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.

Casal, J. y otros (2007). **Tendencias actuales del Derecho Constitucional.** Homenaje a Jesús María Casal Montbrun. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.

Casal, J. (2008). **Los Derechos Humanos y su Protección.** Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales. Universidad Católica Andrés Bello. Publicaciones UCAB. Caracas, Venezuela.

Casal, J. (2006). **Los Derechos Humanos y su Protección.** Estudio sobre derechos humanos y derechos fundamentales. Universidad Católica Andrés Bello. Publicaciones UCAB. Caracas, Venezuela.

Chiossone, T. (1998). **Indemnización de daños y perjuicios.** Caracas, Venezuela. Ediciones Fabreton.

Código Civil Venezolano (1992). Ediciones Magon. Caracas, Venezuela.

Colegio Oficial de Médicos de Madrid (1999). **La Responsabilidad Civil y Penal del Médico.** Grupo Industrial de Artes Gráficas Ibersaf Industrial, S.L. Madrid, España.

Constitución de la Nación Argentina (2008). Azeditora, S.A. Buenos Aires, Argentina.

Constitución de la República de Río Negro (1999). Argentina. Editorial Ciencia y Cultura Ciudad Argentina. Buenos Aires, Argentina.

Constitución Española (1993). Segunda Edición. Editorial Civitas, S. A. Madrid, España.

- Constitución y Tribunal Constitucional** (2002). Décima Edición. Civitas. Biblioteca de Legislación. Madrid, España.
- Convención sobre el Derecho de los tratados o Convención de Viena** (1969). Documento A. / Conf. 39/27. Ediciones Liber. Caracas, Venezuela.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina** (2010). Secretaría de Jurisprudencia. Derecho a la Salud. Buenos Aires, Argentina.
- De Cupis, A. (1970). **El daño. Teoría General de la Responsabilidad**. 2da. Edición. Casa Editorial Bosch. Barcelona. España.
- Derechos Humanos en Argentina**. (Informe 2009). Centro de Estudios Legales y Sociales. Siglo XXI Editores.
- Diccionario de la Lengua Española** (2001). Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición. Editorial Espasa. Alpe, S.A. Madrid, España.
- Diccionario Enciclopédico Jurídico Usual** (2001). Editorial Heliasta SRL. 27ª edición. Madrid, España.
- Diez – Picazo, L. (2005). **Sistema de Derechos Fundamentales**. Segunda edición. Cizur Menor: Thomson – Civitas. Madrid, España.
- Diez – Picazo, L. de León, P. (1993). **Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho**. Tercera edición. Editorial Ariel. Barcelona, España
- Duque Corredor, R. (2008). **Temario de Derecho Constitucional y Derecho Público**. Legis. Caracas, Venezuela.
- Estévez Araujo, J. (1994). **La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil**. Editorial Trotta. Madrid, España.
- Eto Cruz, G. (2002). “Instrumento de la Tutela y Justicia Constitucional”. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica No. 99. México.
- Federación Médica Venezolana. (1985). **Código de Deontología Médica**. LXXVI (Extraordinaria). Caracas, Venezuela.
- Fernández de Daniels, L. (2006). **Acceso a la Justicia**. Universidad por la Vigencia efectiva de los Derechos Humanos. AUSJAL Editores. Caracas, Venezuela.
- Fernández, J. (1998). **La Inconstitucionalidad por Omisión**. Teoría General. Derecho Comparado. Caso Español. Primera Edición. Editorial Civitas, S.A Madrid. España.
- Ferrajoli, L. (2009). **Derecho y Razón**. Teoría del Garantismo Penal. Prólogo de Norberto Bobbio. Editorial Trotta. Novena Edición. Madrid, España.

- Fundación Konrad Adenauer Stifund (2006). **Universidad por la Vigencia Efectiva de los Derechos Humanos**. Acceso a la Justicia. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.
- García Pelayo, M. (2005). **Derecho Constitucional Comparado**. Fundación Manuel García Pelayo. Editorial Ex-libris. Caracas, Venezuela.
- García Torres J. y Jiménez, A. (1986) **Derechos Fundamentales y Relaciones Entre Particulares**. Caso Lüth. Editorial Civitas. Madrid, España.
- Going Martínez, J. (2005). **El Sistema Constitucional de Derechos y Libertades según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Editorial Universitas Internacional, S. L. Madrid, España.
- Gómez Piqueras, C. y otros (2009). **Protección de Datos e Investigación Médica**. Agencia Española de Protección de Datos. Thomson Reuters. Madrid, España.
- Gómez Sánchez, Y. y Rebollo Delgado, L. (2008). **Biomedicina y Protección de Datos**. Editorial Kykinson, S.R.L. Madrid, España.
- González Trevijano, P. (2000). **El Tribunal Constitucional**. Editorial Aranzadi. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, España.
- Grimm, D. (2006). **¿Retorno a la comprensión liberal de los derechos fundamentales?** Editorial Trotta. Madrid, España.
- Gutiérrez Gutiérrez, I. **Aspectos Subjetivos y Objetivos de los Derechos Fundamentales**. Disponible: <http://www.uned.es/dpto.derecho-politico/mddffass>. Consulta: 2009, Marzo 25.
- Gutiérrez, I., González, J. (s/f). **Aspectos Subjetivos y Objetivos de los Derechos Fundamentales**. Material de apoyo. Departamento de Derecho Político (UNED). Master en Derechos Fundamentales. Madrid. España.
- Hassemer Winifride, L. y Casal, J. (2005). **Jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho**. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.
- Hassemer Winifride, L. y Casal J. (2009). **Jurisdicción Constitucional Democracia y Estado de Derecho**. Universidad Católica Andrés Bello. Fundación Konrad Adenauer S. Caracas, Venezuela.
- Heller, H. (1942). **Teoría del Estado**. Fondo de Cultura Económica. México.
- Henao, J. (1998). **El Daño. Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés**. Editado por el

Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
Colombia.

IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario (1998). **Asociación Española de Derecho Sanitario**. Fundación Mapfre Medicina. Madrid, España.

Jiménez Salas, S. (2000). **Hechos Ilícitos y Daño Moral**. Caracas, Venezuela.
Buchivacoa, C.A.

Kelsen, H. (1979). **Teoría General del Estado**. Editorial Nacional. México.

Konrad, H. (1995). **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Traducción de Ignacio Gutiérrez. Editorial Civitas. Madrid, España.

La Roche, A. (1984). **Derecho Civil. Adaptado al Código Civil de 1982**. Segunda edición. Maracaibo, Venezuela.

La Roche, A. (2004). **Anotaciones de Derecho Procesal Civil**. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia (CEJUZ). Maracaibo, Venezuela.

La Roche, H. (1975). **El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad en Venezuela y Estados Unidos**. Editorial Universidad del Zulia. 5ta edición. Maracaibo, Venezuela.

La Roche, H. (1980). **Instituciones Constitucionales del Estado Venezolano**. Séptima Edición. Editorial Universidad del Zulia. Maracaibo, Venezuela.

Labarca Pacheco, M. (s/f). **La Culpa: Elemento necesario de la Responsabilidad Civil**. Editorial Roberto Borrego. Maracaibo, Venezuela.

Ley del Ejercicio de la Medicina (1982). Gaceta Oficial N° 3.002 Extraordinario. Caracas, Venezuela.

Ley por la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (IDEPABIS). (2010). Gaceta Oficial N° 39-358. Caracas, Venezuela.

López Pina, A. y Gutiérrez Gutiérrez, I. (2002). **Elementos del Derecho Público**. Marcias Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, España.

Loreto González, Irene (2005). **Génesis del Constitucionalismo en Venezuela**. Centro de Investigaciones Jurídicas. Caracas, Venezuela.

Marcano Salazar, L. (2007). **El Estado y el Derecho Constitucional General y Comparado**. Tercera Edición. Editorial y Distribuidora Moilibros. Caracas, Venezuela.

Marías, J. (1967). **Historia de la Filosofía**. Revista de Occidente. Vigésima edición. Madrid, España.

- Martínez Morán, N. y otros (2003). **Biotecología. Derecho y Dignidad Humana**. Editorial Comares. Albacete-Granada, España.
- Martínez Pereda, J. y De Lorenzo, R. (1997). **Los Médicos y el Nuevo Código Penal**. Editores Médicos, S.A. Madrid, España.
- Melich Orsini, J. (1997). **La acción de simulación y el daño moral**. Doctrina – Legislación – Jurisprudencia. Ediciones Fabretón. Caracas, Venezuela.
- Menéndez (1992). Responsabilidad Profesional. Definición. Disponible: <http://www.dialnet.unirioja.es>. Consulta: 2008, abril, 18.
- Meyer, E. (2008). **El Estado Democrático y los Derechos Humanos**. Inversiones Metropolitana. Centro de Estudios de Gobierno. Caracas, Venezuela.
- Miliani Balza, A. (2004). **Obligaciones Civiles IX**. Editorial y Distribuidora El Guayi, S.R.L.
- Nikken, P. (2008). **Código de Derechos Humanos. Compilación y estudio preliminar**. Colección Textos Legislativos Nº 12. 2da. Edición. Editorial Jurídico Venezolana (EJV). Caracas, Venezuela.
- Núñez, C. y otros (2002). **Derecho Constitucional comparado y Derecho Político Iberoamericano**. Editorial Universitas, S.A. Universidad Nacional a Distancia. Madrid, España.
- Osorio, M. (1986). **Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales**. Editorial Heliasta Buenos Aires.
- Otto, I. (1987). **Derecho Constitucional**. Sistema de Fuentes. Editorial Ariel, S. A. Barcelona, España.
- .Pérez Algar, F. (1996). **Jurisprudencia Médica**. CGM Servicios Empresariales, S.L. Madrid, España.
- Peyrano, J. (2008). **Cargas Probatorias Dinámicas**. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina.
- Philippe Le Tourneau (2006). **La Responsabilidad Civil Profesional**. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo. Editorial Legis Editores, S.A. Colombia.
- Pittier Sucre, E. (2007). **Curso de Obligaciones. Derecho Civil III**. Tomo III. Universidad Católica Andrés Bello. Ediciones UCAB. Caracas.
- Real Academia Española (2001). **Diccionario de la Lengua Española**. Vigésima segunda edición. Editorial Espasa. Madrid, España.

- Responsabilidad Médica** (1991). Universidad Centro Occidental "Lisandro Alvarado". Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara y Colegio de Médicos del Estado Lara. Barquisimeto, Venezuela.
- Rey Cantor, E. (2007). **Celebración y Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos**. (Colombia y Venezuela) Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.
- Reyes Echandia (1999). **Antijuricidad**. Editorial Tecnis S.A. Bogotá, Colombia.
- Rivas Maura, A. (1991). **La Cuestión de Inconstitucionalidad**. Universidad de les Llers Beales. Editorial Civitas, S. A. Madrid, España.
- Rivas Quintero, A. y Picard de Orsini, M. (2010) **Derechos Humanos y Mecanismos Judiciales de Protección y Tutela de los Derechos Garantizados en la Constitución. Especial inferencia a la legislación venezolana**. Editorial Andrea, C.A. Caracas, Venezuela.
- Rodríguez Rescia, V. (2006). **Acceso a la Justicia. Universidad por la Vigencia efectiva de los Derechos Humanos**. AUSJAL Editores. Caracas, Venezuela.
- Romeo Casabona, C. (1985). **El médico ante el Derecho**. Ministerio de Sanidad y Consumo. Secretaría General Técnica. Servicio de Publicaciones. 1ra. Edición. Madrid, España.
- Romeo Casabona, C. (1990). **El médico ante el Derecho**. Ministerio de Sanidad y Consumo. Secretaría General Técnica. Servicio de Publicaciones. 3ra Reimpresión. Madrid, España.
- Ruiz Orejuela, W. (2006). **Responsabilidad Médica Estatal**. 2da Edición. Ecoediciones. Bogotá, Colombia.
- Sagués Néstor, P. (2002). "Instrumento de la Justicia Constitucional frente a la Constitucionalidad por Omisión. Instrumento de Tutela y Justicia Constitucional". Memoria del VII. Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Serie Doctrina Jurídica No. 99. México.
- Torres Del Moral, A. (1975). "Democracia y representación en los Orígenes del Estado Constitucional. Instituto de Estudios Políticos". Revista de Estudios Políticos. Separata N° 203. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, España.
- Torres Del Moral, A. (1996). "La Reforma Constitucional. Valores y Principios Constitucionales". Revista de Derecho Político. Preámbulo, Preceptos del Título

- Preliminar. Artículo 10.1. Separata. Nº 36. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Madrid, España.
- Torres Del Moral, A. (1998). “¿Qué igualdad?”. Revista de Derecho Político. Separata. Nº 44. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Madrid, España.
- Torres Del Moral, A. (2000). **La Experiencia Constitucional (1978-2000)**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.
- Torres del Moral, A. (2004). **Naturaleza Jurídica de los Derechos Fundamentales**. UNED. Publicado por Balaguer Callejón, F. Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle, Tecnos. Madrid, España.
- Torres Del Moral, A. (2005). “La Reforma Constitucional”. Revista de Derecho Político. Nº 63. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Madrid, España.
- Torres Del Moral, A. (2010). **Estado de Derecho y Democracia de Partidos. Servicio de Publicaciones**. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España.
- Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos** (2006). Editorial Ediciones Universales. Bogotá, Colombia.
- V Congreso Nacional de Derecho Sanitario** (1999). Asociación Española de Derecho Sanitario. Fundación Mapfre Medicina. Madrid, España.
- VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario** (2000). Asociación Española de Derecho Sanitario. Fundación Mapfre Medicina. Madrid, España.
- Villaverde Menéndez, I. (1997). **La inconstitucionalidad por Omisión**. McGraw-Hill. Madrid, España.
- Yepes Restrepo, S. (1996). **La responsabilidad civil médica**. 4ta. Edición. Biblioteca Jurídica Kille. Bogotá, Colombia.
- Yungano, A. (1991). **La responsabilidad del médico y de los establecimientos asistenciales por el hecho de terceros y por el hecho de las cosas**. Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Colegio Médico de Lara. Barquisimeto, Venezuela.