

LA RESPONSABILIDAD LEGAL DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD: RETOS Y DESAFÍOS

THE LEGAL RESPONSIBILITY OF HEALTH PROFESSIONALS: CHALLENGE

Autores:

■ *Ph.D Odette Martínez Pérez* ■
Instituto Superior Universitario Bolivariano
omartinez@bolivariano.edu.ec
Ecuador

■ *Ph.D. Luis Alberto Alzate Peralta* ■
Instituto Superior Universitario Bolivariano
lalzate@bolivariano.edu.ec
Ecuador

RESUMEN

Una de las actividades que genera responsabilidad con alta carga social, profesional y jurídica, es el ejercicio de las profesiones de la salud y en los últimos años, se han vinculado fuertemente el derecho y esta profesión, por la continua exigencia de responsabilidad de esta naturaleza en las cortes. Los profesionales de la salud, deben tomar decisiones y ejecutar procedimientos; en estas circunstancias nos detienen a preguntarse si lo que se propone realizar puede entrañar consecuencias legales, puesto que podría convertirse en un letal freno, que en última circunstancia, perjudicaría al paciente. Los errores cometidos en estas ocasiones, serán censurables ética y legalmente, si estos han tratado al paciente con los medios adecuados, conocimientos actuales y siguiendo las normas que su deber le imponen. Tema que trata de abordar este artículo.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad, profesionales de la salud, perjuicio, sanción, relación jurídica.

ABSTRACT

One of the activities that generates responsibility with a high social, professional and legal burden, is the performance of the health professions and in recent years, the law and this profession have been strongly linked, due to the continuing requirement of responsibility of this nature in court. Health professionals must make decisions and execute procedures; In these circumstances, they do not stop to wonder if what they intend to do can have legal consequences, since it could become a lethal obstacle, which would ultimately harm the patient. The mistakes made on these occasions will be reprehensible ethically and legally, if they have treated the patient with the appropriate means, current knowledge and following the rules that their duty imposes. Topic that attempts to address this article.

KEYWORDS: responsibility, health professionals, damage, sanction, relationship, legal.

I. INTRODUCCION

Los seres humanos son seres sociales y se relacionan, su necesidad de relacionarse y con ello establecer los más diversos lazos, hace que el impacto de la conducta de unos en otros genere consecuencias, entre ellas la responsabilidad; la jurídica se desprende de ese carácter relacional y surge de un vínculo que el Derecho protege debido a su importancia, por ello un punto de partida inexcusable para enfocar la responsabilidad jurídica es la relación jurídica.

La responsabilidad alude a la posición del ser humano en su condición de agente activo del complejo entramado social, “que condiciona no sólo su percepción de sí mismo y de los demás, sino sus relaciones mutuas, sus derechos y obligaciones”. Etimológicamente responsabilidad significa: cualidad de responder, deuda, obligación de reparar y satisfacer por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito o de una culpa o de otra causa legal, cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado, su derivación de responder, presupone la ruptura de un equilibrio, y expresa con ello la idea de la respuesta ante tal quiebra, desde el punto de vista jurídico “no es cualquier reacción, sino una respuesta solemne y expresada con cierta ritualidad, esa respuesta es un bien contrapuesto a un mal, un valor contrapuesto a un desvalor”.

Precisamente, una de las actividades que genera responsabilidad con alta carga social, profesional y jurídica, es el ejercicio de las profesiones de la salud y en los últimos años, se han vinculado fuertemente el derecho y esta profesión, por la continua exigencia de responsabilidad de esta naturaleza en las cortes. Los profesionales de la salud, deben tomar decisiones y ejecutar procedimientos; en estas circunstancias no se detienen a preguntarse si lo que se propone realizar puede entrañar consecuencias legales, puesto que podría convertirse en un letal freno, que en

última circunstancia, perjudicaría al paciente. Los errores cometidos en estas ocasiones, serán censurables ética y legalmente, si estos han tratado al paciente con los medios adecuados, conocimientos actuales y siguiendo las normas que su deber le imponen.

II. DESARROLLO

En las actuales circunstancias y ante la proliferación de denuncias o demandas por mala praxis o negligencia, es necesaria una adecuada profilaxis para prevenir un gran número de estas acciones y evitar la tendencia creciente. Para ello ha de tenerse claro que, en el ejercicio de la medicina significa un riesgo, que posee doble presupuesto sustentación: ético y científico.

Elementos que no solo han de tenerse en cuenta al tratar de responsabilidad médica en la actualidad, sino las formas en que esta comienza a manifestarse hoy día, en que se sigue compartiendo el modelo de responsabilidad individual y el de responsabilidad compartida de los “equipos médicos”.

Si bien, existe una desmedida confusión por parte de los pacientes entre el “derecho a la salud” y el absurdo e inexistente “derecho a la curación”, tampoco puede ignorarse que la masificación de la medicina conlleva a la “despersonalización del paciente”. La aparición de médico-empresarios que aparentemente sólo les interesa los beneficios económicos. De estos retos se estará trabajando en este artículo que presenta el maniqueísmo de la responsabilidad médica y legal.

I. La relación jurídica como institución: un preámbulo obligado.

El ser humano es la parte más importante de la sociedad, por lo que cada estructura social está configurada por hombres y mujeres, que establecen una multitud de relaciones entre ellos, como parte de este sistema general que a su vez se desmembra en diversos subsistemas, que no son otra cosa que relaciones sociales, que limitan el entorno y reducen la complejidad de un modo especializado; para entender estos vínculos se parte de lo que se define como acción social, entendida como aquellas “acciones donde el sentido mentado por su sujeto o sujetos está referido a la conducta de otros, orientándose por ésta en su desarrollo”.

Estos nexos se transforman en jurídicos cuando su referente es el subsistema que así limita el entorno general. La categoría relación jurídica, es una de las más tratadas por las diferentes corrientes filosóficas que han abordado el fenómeno jurídico y su análisis se vinculó a la teoría de los derechos subjetivos, su concepto fue introducido por Savigny en el siglo XIX, como respuesta a las nociones de los enciclopedistas e ilustrados que sostenían que el ordenamiento jurídico era una constelación de derechos subjetivos incondicionados, ilimitados y estáticos. El primero denominó su concepción “teoría clásica o intersubjetiva” y señaló como relación jurídica: “la que se establecía de persona a persona, determinada por una regla jurídica”.

En opinión de Savigny, la relación jurídica surgió a partir de la necesidad que tenía el Derecho de impedir que las vinculaciones o relaciones intersubjetivas, se convirtieran en “obstáculos” que entorpecieran el desarrollo de la vida social, para ello se necesitaba que el ordenamiento jurídico limitara la actuación de los sujetos en interrelación, definiendo “espacios” fuera de los cuales no pudieran obrar con entera y absoluta libertad; los que se componían de una relación jurídica conformada por dos elementos: uno “material”, constituido por el entramado social o económico que se producía en la realidad; y otro “formal”, compuesto por el “halo” jurídico que revestía al primer elemento. La crítica más importante a la teoría de este autor, compartida por esta investigadora, resalta como valoraciones negativas, su carácter individualista y la confusión entre la relación jurídica propiamente dicha y el derecho subjetivo, y como su aporte, el reconocer en ésta su esencia social e intersubjetiva; por esto último, ha trascendido hasta la actualidad en el trabajo de disímiles tratadistas que la han ampliado, entre los que se distingue Del Vecchio, quien acentuó la importancia que poseía la bilateralidad de la norma para la relación jurídica, al comprenderla como un nexo de varios derechos subjetivos, donde se entrelazan deber y derecho, reconociendo su carácter social y el vínculo bilateral derecho – deber entre los sujetos correspondientes.

Luego que la teoría clásica fuera dada a conocer por Savigny, fue elaborada la de la interconexión por Von Tuhr y Lehman. Para este último, la relación jurídica no era sino aquella vinculación de la vida social que el Derecho consideraba “relevante” y que por este motivo, devenía en objeto de regulación positiva; mientras Von Tuhr explicó que el Derecho objetivo regulaba las relaciones humanas y asignaba a cada individuo una esfera de poder en la que su voluntad era determinante y para que esta esfera pudiese existir, era necesario que el Derecho impusiese deberes tendentes a su protección.

En su opinión las relaciones jurídicas no resultaron entidades normativas abstractamente creadas, sino se refirió a ellas como relaciones “humanas” que el ordenamiento encontraba formadas y a las cuales únicamente les daba cierto efecto jurídico, agregando que se podían establecer entre personas y lugares; entre personas y cosas. Sin embargo, merecen una mirada más atenta, los autores que defendieron con posterioridad a las enunciadas, la teoría normativa de la relación jurídica, tales como Cicala, Barbero, Kelsen, Nawiasky y otros tratadistas.

Según Cicala, a partir de la elaboración de las teorías anteriores, la relación jurídica constituía un vínculo entre el individuo, el mundo exterior (conformado por los sujetos y las cosas) y el derecho subjetivo, el pilar sobre el cual se sostenía dicha relación, desde este punto de vista, se le hacía imposible explicar la conexión existente entre un sujeto de derechos y los derechos subjetivos de los cuales era titular.

Consideró que la única forma de superar el obstáculo presentado era entender la relación jurídica como un vínculo gnoseológico entre el sujeto de los derechos y el creador de los derechos subjetivos que les correspondían a aquél, por lo que la definió como la vinculación existente entre

cada uno de los individuos y el ordenamiento jurídico, al margen de las relaciones que aquéllos establecían entre sí, criterio que no ha sido compartido a posteriori por otros estudiosos y por esta investigadora.

En este sentido, Nawiasky explicó que las normas de derecho objetivo dirigían a los sujetos hacia determinado comportamiento externo bajo sanción “coactiva” y en consecuencia, la relación jurídica vinculaba al sujeto gravado con el deber y al Estado, como autor de la norma ; en nuestra opinión, su visión superó al anterior, pero sólo por retomar la concepción de la misma como vínculo entre sujetos; no obstante, su teoría, las de Cicala y Barbero, e incluso las de Von Tuhr y Lehman, representaron a nuestro juicio, un retroceso con respecto a la premisa clásica.

A la postre, Kelsen consideró la relación jurídica entre dos hechos, uno consiste en determinada conducta humana estatuida en forma de deber jurídico y otro como facultad, o sea, la relación no era lo enlazado, sino el enlace mismo y solamente podía hablarse de relación jurídica, cuando en el contexto del derecho objetivo, se divisaba, no una relación entre sujetos, sino más bien una relación entre “hechos” (supuesto y consecuencia) prevista por alguna norma jurídica . Finalmente, puede apuntarse que la teoría normativa de la relación jurídica, trasciende por reconocer el carácter normativo de la misma y la bilateralidad de la norma como expresión del vínculo, a partir de la relatividad existente entre el tipo legal y la consecuencia jurídica de la propia norma.

A simismo, Santiago Nino siguiendo la idea de Kelsen, explicó que la relación jurídica puede ser descrita poniendo el acento en la situación del beneficiario del deber jurídico, en vez de centrarse en la situación del sujeto obligado, usando la expresión “deber” y condiciona su presencia a la representación de la misma en la hipótesis o supuesto de hecho de una norma jurídica, la que indicará una correlatividad al producirse consecuencias jurídicas entre derecho y deber.

A diferencia de otros tratadistas que se abordarán a posteriori, éste incluye la norma como uno de sus elementos, opinión que no comparte esta autora, al distinguir la norma como un requisito sine qua non para que haya relación jurídica y no un elemento de su estructura funcional.

Al producirse la primera “crisis” de la teoría de la relación jurídica , se realizó un intento por redefinir su estructura desde la tesis de la homogeneidad, creada por Bagolini , quien explicó que aquella no podía vincular dos elementos heterogéneos como eran, el deber jurídico y el derecho subjetivo; únicamente los derechos subjetivos “inversamente” colocados podían ser parte de una relación jurídica, porque los deberes jurídicos a ellos vinculados eran simples mecanismos.

A nuestro juicio, esta tesis posee carencias en la lógica normativa porque, si bien es acertado señalar la reciprocidad del vínculo, este autor estableció criterios erróneos, en lo que respecta a las instituciones entre las que se establecía el mismo, al exponer que se comportaban de manera recíproca, derechos con derechos y no derechos frente a deberes.

Otro intento de reformular el concepto de relación jurídica lo constituyó la teoría de la complejidad, cuyo creador fue López de Zavalía, quien retomó la concepción de la correlación derecho – deber y señaló que la relación jurídica no era sino, un conjunto de conexiones unificadas, un vínculo entre un individuo y un ente exterior a él, considerando como fin, el primero y el segundo como medio; la relación que vinculaba a un individuo con otros y con cosas, estaba conformada por dos lados, el interno y el externo.

El lado interno difería según se tratara de relaciones personales o reales, las primeras, estaban constituidas por un vínculo jurídico, entre un sujeto activo que tenía un derecho y el sujeto pasivo que tenía un deber, además de otros dos enlaces, el del débito (Schuld) y el de la responsabilidad (Haftung); en las relaciones reales estaba compuesto por una conexión entre un sujeto y una cosa, aparte del de la responsabilidad.

En cuanto al lado externo, éste se mantenía siempre constante, tenía una configuración unívoca y estaba conformado por un conjunto de conexiones que enlazaban al sujeto activo de los vínculos internos, con una pluralidad indeterminada de sujetos, que estaban sometidos al deber jurídico general de no transgredir los vínculos internos de toda relación jurídica. El lado externo constituía una consecuencia lógica y necesaria del lado interno, ya que el ordenamiento no podía instaurar determinado enlace -interno- y, a la vez, autorizar a todos a respetarlo.

La teoría de Zavalía representó una ruptura positiva en los estudios sobre la relación jurídica, por su factibilidad para explicarlas, como expresión de las complejas relaciones sociales que se desarrollan al amparo de las diferentes ramas del Derecho entre dos sujetos y terceros. Partiendo de este paradigma desarrolló su teoría Hohfeld, la que fue corregida posteriormente por Alf Ross, el primero, a partir de la lógica deóntica, describe la relación jurídica como conjunto de conexiones, que se desarrollan en cuatro parejas de conceptos básicos, correlativos y opuestos, entre los que se encuentran en la parte interna o de los derechos subjetivos: la pretensión, la potestad, la inmunidad y el privilegio; al mismo tiempo, la parte externa se integra por el deber, la sujeción, la incompetencia y el no derecho.

En esta línea de pensamiento, Robert Alexy explica los derechos subjetivos a partir de un modelo de tres grados y en uno de ellos describe los mismos como relaciones jurídicas; en igual sentido, Luigi Ferrajoli, desde su Teoría axiomatizada del Derecho, retoma elementos doctrinales de Hohfeld y Kelsen y siguiendo los parámetros de la relación deóntica, también construye la categoría de relaciones jurídicas conectando las modalidades y las expectativas, conceptualizándola como la relación que ocurre entre situaciones jurídicas activas, como los poderes y los deberes y situaciones jurídicas pasivas, como los derechos subjetivos y las responsabilidades; pero a diferencia de Alexy, concibe la relación deóntica como predicados diádicos y no triádicos.

Para Ferrajoli, la relación jurídica se encuentra refrendada en una norma jurídica, donde las

modalidades (poderes y deberes) que tienen sus titulares, forman la parte activa e interna de la misma, a estas modalidades se oponen las expectativas (derechos subjetivos y responsabilidades), que constituyen el lado externo y pasivo de la relación; el sujeto (o titular) de la relación jurídica es el individuo al que son adscribibles (o imputables) modalidades y expectativas; en todos los casos, las relaciones tienen carácter universal (omnium) y/o absoluto (erga omnes), funcionando como sustento de todas las formas-jurídicas y extrajurídicas-desolidaridad y como garantías en sí.

A la luz de esta teoría pueden definirse como elementos de las relaciones jurídicas: los sujetos, que son las personas jurídicas o físicas, que constituyen los titulares de las normas que regulan las modalidades y las expectativas y el vínculo jurídico, que debe establecerse entre las situaciones activas (modalidades) y las situaciones pasivas (expectativas), de forma coordinada y correlativa.

Se entiende como modalidades, los comportamientos que en forma de poderes gozan los titulares (deberes y derechos subjetivos, como poderes), mientras que las expectativas son los comportamientos que en correspondencia con esas modalidades poseen los mismos sujetos o terceros, en forma de derechos subjetivos y responsabilidades, esta última, entendida como sanción.

Conforme a lo expuesto, el filósofo entendió como poderes, aquellas modalidades de derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento jurídico y estructurados de manera unitaria, que les permiten a las personas adoptar una serie de posibilidades de obrar, presentándose como conjunto de facultades o potestades agrupadas de forma armónica. Por otra parte, son deberes, las modalidades que existen ante un derecho e implican la responsabilidad como expectativa y posibilidad de sanción ;téngase en cuenta, que en la teoría de Ferrajoli, los derechos subjetivos entendidos como expectativas, o sea, facultades y potestades, se diferencian de los que también son comprendidos como modalidades en forma de poderes.

Definidos a priori los elementos de la relación jurídica, es preciso describir los vínculos en el contenido de su estructura funcional, haciendo énfasis en su lado interno, v. gr: a los poderes de un sujeto A, le corresponden los deberes de un sujeto B (en el esquema de posiciones, los derechos se colocan horizontalmente a los deberes, nada obsta, que conjuntamente con B estos deberes obliguen a terceros, constituyéndose en un sujeto colectivo), estos poderes de A poseen una garantía para su disfrute en la responsabilidad de B, que como posibilidad de sanción gravita sobre los titulares del deber, (en el esquema de posiciones, la responsabilidad se coloca verticalmente a los deberes y en diagonal a los poderes); a su vez, los derechos subjetivos de A, son la posibilidad de acción que tiene A como titular de los poderes para resguardarlos frente a B, con el fin de garantizar los primeros (en el esquema de posiciones, los derechos subjetivos se colocan de forma vertical con respecto a los derechos y diagonal con los deberes); al encontrarse en una relación

dinámica y recíproca, el vínculo puede describirse en sentido contrario (véase el anexo III, figura número uno).

En la teoría de Ferrajoli esta autora distingue algunas falencias; el filósofo no tiene en cuenta que las relaciones entre el Estado y el individuo están matizadas por el poder del primero, al reconocer la plena igualdad de los sujetos que intervienen en la misma ;igualmente, niega la directa aplicabilidad de la Constitución, al circunscribirlas normas constitucionales a las expectativas y desconocer su posibilidad para constituirse en modalidades; tampoco debió asimilar teóricamente poderes y derechos subjetivos, sobre estas definiciones no hay consenso científico y los autores tratados poseen nociones distintas y por último, constituye un agnosticismo del mismo, suponer que los sentimientos de obligatoriedad con los que cada sujeto, advierte las obligaciones y prohibiciones correspondientes a las expectativas de otros, se encuentran vinculados con el sentimiento recíproco de confianza en la satisfacción de las propias expectativas por parte de los demás.

A pesar de la crítica, nada demerita la forma en que este autor explica el vínculo relacional entre sujetos, útil ante la existencia de relaciones sociales complejas, donde el ordenamiento jurídico y en especial, leyes como la Constitución, establecen no sólo efectos para las relaciones que juridifican, sino crean obligaciones en una misma relación con respecto a terceros, explicando cómo opera el carácter erga omnes de los derechos; lo que se colige porque si bien el autor no reconoce los predicados como triádicos, a la manera de Alexy, tampoco caracteriza los sujetos, más bien los describe como universales y el vínculo per se, se concibe a partir de comportamientos, donde los titulares se establecen en función de los mismos, sin detallar sus características, lo que permite además explicar las conexiones en cualquier rama del Derecho; asimismo, la manera en que se representan en su teoría los impregna de garantismo.

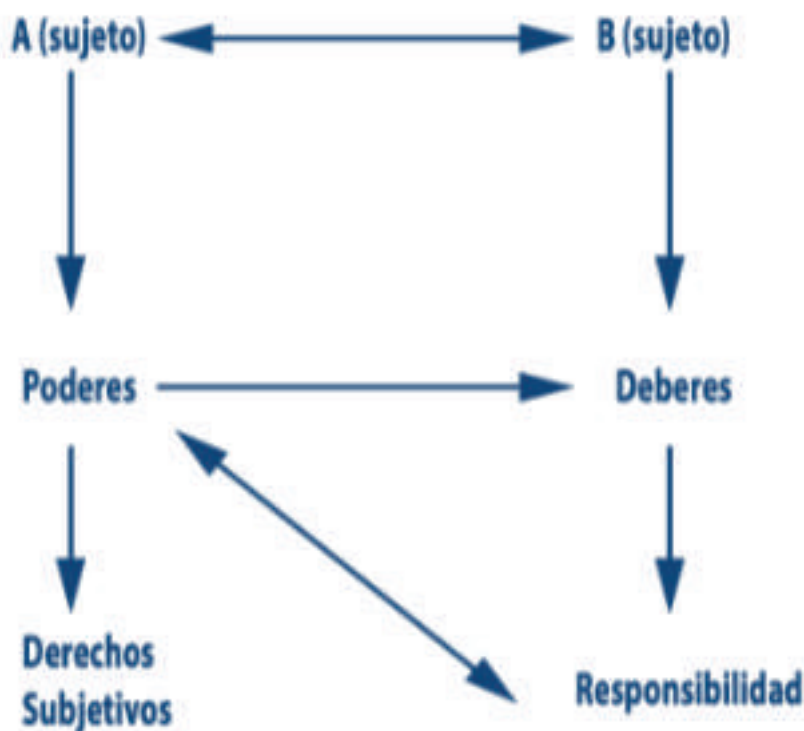
Ciertamente, en los modelos presentados se ha colocado a la relación jurídica como concepto clave dentro de teoría del Derecho; desde su amplio abordaje se sistematizarán sus características , mientras la estructura funcional se explicará a partir de la teoría de Ferrajoli , por las razones aludidas anteriormente; distinguiéndose como generalidades de la relación jurídica las siguientes:

- Su carácter social;
- Se encuentra regulada como una unidad en la hipótesis de la norma jurídica, cuya consecuencia es una sanción o el nacimiento, modificación o extinción de derechos, deberes y garantías;
- La hipótesis de la norma que la describe se compone de un hecho o conjunto de hechos, cuya realización se asocia con una determinada consecuencia jurídica, condición sine qua non para que exista; este hecho condicionante, puede ser de la naturaleza o los llamados estados, situaciones o calidade;

- La naturaleza de la relación jurídica puede ser declarativa o constitutiva
- Su concepción como unidad en la norma, permite organizarla con arreglo a determinados principios, que ponen coto a su extensión social, características y estructura; destacándose, como función social de la relación jurídica, la de tutelar las relaciones sociales que juridifican.
- Su origen lo constituyen hechos voluntarios e involuntarios, materiales o por lo menos exteriorizados, que afectan a las personas y que pueden autorizar o prohibir conductas, y por tanto producir determinados efectos”. Los elementos que integran la estructura de la relación a partir del modelo seleccionado son:
 - Los sujetos, titulares de las modalidades y expectativas ; individuales o colectivos , indistintamente, que toman cuerpo bien en personas naturales o jurídicas.
 - El contenido de la relación que son las modalidades y expectativas en un espacio de tiempo determinado.

Representándose el vínculo de la siguiente forma:

Figura I. Modelo de la estructura funcional de la relación jurídica.



Desde esta perspectiva puede caracterizarse la relación jurídica profesional de la salud – paciente.

II. La relación jurídica profesional de la salud - paciente: génesis de la responsabilidad legal de los profesionales de la salud.

El respeto a la persona humana y la dignidad humana como derecho, consagrado en textos internacionales, Constituciones y leyes de otros Estados, constituye el punto de partida obligado en la relación médico-paciente y hacen a ésta, la lealtad recíproca de información, examen adecuado y necesario, y un plan terapéutico que armonice el estado del paciente ,considerandolos riesgos posibles y los beneficios esperados.

Este respeto a la dignidad aparece en el Juramento Hipocrático: “....Prescribiré regímenes para el bien de mis pacientes según mi capacidad y juicio y nunca haré daño a nadie....”; estos principios son acogidos en la Declaración de Ginebra 1948, reformada por la 22 o Asamblea de la Asociación Médica Mundial de Sídney Australia, 1968 al señalar: “prometo solemnemente consagrar mi vida al servicio de la humanidad” y “Velar con sumo interés y respeto por la vida humana....” El Código Internacional de Ética Médica señala: El Médico debe a su paciente todo los recursos de su ciencia y toda su devoción. En ese sentido, los principales rasgos que distinguen la relación médico paciente, desde el modelo general de relación jurídica y adecuándola a la actividad médica, son:

- Su carácter social.
- Los sujetos son:

Profesionales de la salud: que según la Ley Orgánica de Salud de la República del Ecuador, en sus artículos del 193 y al 195, son aquellas personas cuya formación universitaria de tercer o cuarto nivel está dirigida específica y fundamentalmente a dotar a los profesionales de conocimientos, técnicas y prácticas, relacionadas con la salud individual y colectiva y al control de sus factores condicionantes.

Pacientes: toda persona que en el Ecuador requiera los servicios médicos, atendiendo a lo dispuesto en la Constitución y la supra citada ley.

Los deberes, derechos, garantías y responsabilidades como modalidades de la relación son las siguientes: En el caso de los pacientes, según el artículo 7 de la ley mencionada, poseen los siguientes derechos:

Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos:

- a) Acceso universal, equitativo, permanente, oportuno y de calidad a todas las acciones y servicios de salud.
- b) Acceso gratuito a los programas y acciones de salud pública, dando atención preferente en los servicios de salud públicos y privados, a los grupos vulnerables determinados en la Constitución Política de la República.
- c) Vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación.
- d) Respeto a su dignidad, autonomía, privacidad e intimidad; a su cultura, sus prácticas y usos culturales; así como a sus derechos sexuales y reproductivos.
- e) Ser oportunamente informada sobre las alternativas de tratamiento, productos y servicios en los procesos relacionados con su salud, así como en usos, efectos, costos y calidad; a recibir consejería y asesoría de personal capacitado antes y después de los procedimientos establecidos en los protocolos médicos. Los integrantes de los pueblos indígenas, de ser el caso, serán informados en su lengua materna.
- f) Tener una historia clínica única redactada en términos precisos, comprensibles y completos; así como la confidencialidad respecto de la información en ella contenida y a que se le entregue su epicrisis.
- g) Recibir, por parte del profesional de la salud responsable de su atención y facultado para prescribir, una receta que contenga obligatoriamente, en primer lugar, el nombre genérico del medicamento prescrito.
- h) Ejercer la autonomía de su voluntad a través del consentimiento por escrito y tomar decisiones respecto a su estado de salud y procedimientos de diagnóstico y tratamiento, salvo en los casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida de las personas y para la salud pública.
- i) Utilizar con oportunidad y eficacia, en las instancias competentes, las acciones para tramitar quejas y reclamos administrativos o judiciales que garanticen el cumplimiento de sus derechos; así como la reparación e indemnización oportuna por los daños y perjuicios causados, en aquellos casos que lo ameriten.
- j) Ser atendida inmediatamente con servicios profesionales de emergencia, suministro de medicamentos e insumos necesarios en los casos de riesgo inminente para la vida, en cualquier

establecimiento de salud público o privado, sin requerir compromiso económico ni trámites administrativos previos.

k) Participar de manera individual o colectiva en las actividades de salud y vigilar el cumplimiento de las acciones en salud y la calidad de los servicios, mediante la conformación de veedurías ciudadanas u otros mecanismos de participación social; y, ser informado sobre las medidas de prevención y mitigación de las amenazas y situaciones de vulnerabilidad que pongan en riesgo su vida.

l) No ser objeto de pruebas, ensayos clínicos, de laboratorio o investigaciones, sin su conocimiento y consentimiento previo por escrito; ni ser sometida a pruebas o exámenes diagnósticos, excepto cuando la ley expresamente lo determine o en caso de emergencia o urgencia en que peligre su vida.

En ese mismo sentido y para los pacientes igualmente, el artículo 8 de la ley mencionada, retoma los siguientes deberes individuales y colectivos en relación con la salud:

- a) Cumplir con las medidas de prevención y control establecidas por las autoridades de salud.
- b) Proporcionar información oportuna y veraz a las autoridades de salud, cuando se trate de enfermedades declaradas por la autoridad sanitaria nacional como de notificación obligatoria y responsabilizarse por acciones u omisiones que pongan en riesgo la salud individual y colectiva.
- c) Cumplir con el tratamiento y recomendaciones realizadas por el personal de salud para su recuperación o para evitar riesgos a su entorno familiar o comunitario.
- d) Participar de manera individual y colectiva en todas las actividades de salud y vigilar la calidad de los servicios mediante la conformación de veedurías ciudadanas y contribuir al desarrollo de entornos saludables a nivel laboral, familiar y comunitario.

Asimismo, los pacientes poseen deberes previstos en normativas internacionales que pueden sistematizarse de la siguiente forma:

- a) Informar con veracidad y lealtad su sintomatología
- b) Seguir el tratamiento indicado
- c) Comunicar si decide consultar a otro profesional

d) Cancelar los honorarios médicos establecidos.

Teniendo en cuenta el maniqueísmo relacional, estos deberes generan derechos para los profesionales de la salud y responsabilidades para los pacientes por su incumplimiento y en el supuesto de los derechos, genera deberes para los médicos y sus correspondientes responsabilidades.

Sin embargo, puede observarse, que en los casos en que se impute responsabilidad aun profesional de la salud, un método importante a revisar para hallar el posible descargo y depurar adecuadamente la responsabilidad debe examinarse la conducta del paciente y los profesionales de la salud deben prestar atención a los deberes de los mismos.

En el caso de los profesionales de la salud, según el artículo 7 de la ley mencionada, poseen los siguientes deberes y según el artículo 201 del cuerpo legal aducido:

Es responsabilidad de los profesionales de salud, brindar atención de calidad, con calidez y eficacia, en el ámbito de sus competencias, buscando el mayor beneficio para la salud de sus pacientes y de la población, respetando los derechos humanos y los principios bioéticos.

Los profesionales de la salud tienen obligaciones para con el individuo (paciente) y la Sociedad, por lo tanto, su actividad está sujeta al control administrativo, por normas estatales, al control laboral y de los correspondientes colegios, que van a regular el ejercicio profesional.

Otras normativas internacionales prevén:

a) Alcanzar el grado necesario de conocimientos y destreza o habilidad conforme con los medio del lugar donde ejerza.

b) Informar al paciente, adecuadamente, sobre diagnostico, pronóstico y tratamiento de su enfermedad.

c) Aplicar técnicas aceptadas y habituales en casos similares.

d) Dar indicaciones claras, precisas y por escrito al paciente y/o persona responsable de éste.

e) Evitar la propagación de enfermedades infecto- contagiosas

f) Prestar la colaboración que la Autoridad Sanitaria lo requiera.

- g) Asistir a los enfermos graves hasta que sea posible su reemplazo por otro profesional.
- h) Respetar la voluntad del paciente, salvo los casos de inconsciencia, enfermedad mental, lesiones graves por accidente, tentativa de suicidio u otros delitos, y en los denominados “Estado de Necesidad”.
- i) Promover la hospitalización en quienes por su estado psíquico o trastorno de conducta representen un peligro para sí mismos o los demás.
- j) Prescribir o certificar en los formularios reglamentarios.
- k) Extender los Certificados de Defunción de los pacientes fallecidos bajo su asistencia.
- m) Fiscalizar el cumplimiento de las indicaciones que imparta al personal auxiliar.
- n) Confeccionar el Informe de Alta.
- ñ) Informa a la autoridad Sanitaria de la Enfermedades de Declaración obligada.
- l) Informar a la Autoridad Judicial en casos señalados por la ley.

Y continúa explicando según sus derechos, en el mismo apartado:

Es su deber exigir condiciones básicas para el cumplimiento de lo señalado en el inciso precedente.

Por ello, de estas correlaciones nace la responsabilidad, a partir de que la salud se constituye en un bien jurídico tutelado y resulta el objeto de la relación jurídica estudiada: La O.M.S. define la salud como un “estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente como la ausencia de enfermedad o de invalidez”. EL BIENESTAR implica la adaptación integral del medio físico, biológico y social en que el individuo vive y realiza sus actividades. Ambos, Salud y Bienestar deben gozar de la Protección del Estado y del Derecho peruanos. La Salud es un Bien Jurídico protegido por el Estado y Derecho en un doble aspecto:

Como bien jurídicamente tutelado: En el sentido de que todo daño que se produzca en la salud de la persona humana será sancionado desde el campo del Derecho Penal y reparado o indemnizado en el plano Civil.

Como valor: Frente al cual el Estado debe organizar y/o fiscalizar un sistema de Prevención, Tratamiento y Rehabilitación en los supuestos de que la salud se altere por factores personales, socio-ambientales, laborales, etc.

La salud como Bien Jurídico Tutelado interesa y compromete al Orden Público (Ley General de Salud) y de allí la intervención del Estado (Administrativo y Jurídico: Ministerio de Salud, Poder Judicial, Ministerio Público) sea que se trate del ejercicio privado o instituciones Públicas o Privadas, sin perjuicio de que en el primer caso, el médico debe (y puede) cumplir también una función social.

III. La responsabilidad jurídica un tránsito ineludible a la responsabilidad jurídica del personal de la salud.

La propuesta más utilizada para delimitar la responsabilidad desde su sentido general y que a su vez sirve para centrar su comprensión en el plano jurídico es el de las cuatro dimensiones fijada por H. L. A. Hart, en su conocido ensayo Punishment and Responsibility que lo elabora a partir de un ejemplo hipotético, distinguiendo cuatro sentidos de responsabilidad:

Responsabilidad como obligación o funciones derivadas de un cierto cargo, relación, papel, etc. (Role-Responsibility). El término se usa, en este sentido, “cuando la obligación no se cumple mecánicamente, sino que permite un cierto juego de alternativas para ser manejadas según la habilidad y diligencia de quien cumple la función”, se verifica cuando se refiere a: el padre es responsable por su hijo, el contador es responsable de determinar el monto de los réditos, el ministro tiene la responsabilidad de dirigir la política exterior; por lo que no toda obligación derivada de un papel o cargo engendra responsabilidad; así por ejemplo no se acostumbra a decir que, el portero tiene la responsabilidad de trabajar a partir de las 7 a.m., sin embargo se dice que, el portero es responsable de cuidar el ingreso al edificio”.

Responsabilidad en el sentido de factor causal (causal-responsibility).

El término responsabilidad se entiende en esta dirección para indicar meramente que algún acto o fenómeno es causa de algún evento. Como también se refiere a cosas, no lleva implícito ningún reproche moral, designando únicamente el hecho de que algo sea condición causal de algún resultado. El hecho de que casi siempre se emplee el término responsabilidad con este significado, cuando se produce un evento desvalioso, hace pensar que hay un resabio de reproche inconsciente en su caso (estando vinculado por ello al cuarto sentido que veremos), aún cuando racionalmente se rechaza tal reproche cuando se advierte que el factor causado no fue un acto humano voluntario, sino el movimiento de una cosa, de animal o de hombre que actuó en ciertas condiciones que excluyen la voluntariedad.

Responsabilidad como sometimiento, capacidad y como estado mental. (Capacity-responsibility). Se utiliza la expresión de responsabilidad para referirse a que era un individuo capaz, es decir, imputable (no era el caso de menor o un retardado mental).

Se considera alguien imputable cuando puede comprender el valor o desvalor ético de aquellos.

Responsable como punible moralmente reprochable (liability-responsibility). En este sentido responsabilidad significa que el sujeto es acreedor de una pena o de un reproche moral. De esa forma podemos decir que el tribunal encontró al homicida responsable o que determinada persona es responsable de no haber cumplido una obligación.

Aunque de las cuatro direcciones propuestas en la concepción hartiana, la de mayor importancia para esta ponencia es la capacidad de ser responsable (capacity-responsibility), aspecto pendiente al analizar los sujetos de la relación jurídica, es decir como la posibilidad de que los sujetos por su capacidad y una vez partes de determinada relación jurídica puedan responder por aquellas acciones u omisiones que tengan efectos dañosos previstos en ley o por la mera contravención de la misma.

En el Derecho, capacidad jurídica es entendida como la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, para ser sujeto de derechos y obligaciones, para la tenencia y goce de los derechos subjetivos, “toda persona, por el mero hecho de serlo, posee capacidad jurídica... en tal sentido, es un atributo o cualidad esencial de ella, reflejo de su dignidad”. Por su parte la capacidad de obrar, es una aptitud más concreta, la necesaria para que la persona realice actos jurídicos, para que ejercite y haga valer sus derechos subjetivos, “no se relaciona con la posibilidad de adquirir derechos y de obligarse, sino con la posibilidad de hacerlo por sí mismo”.

La capacidad jurídica es abstracta y uniforme, para todos, indivisible, irreductible e imprescriptible, sin embargo la capacidad de obrar requiere en cada sujeto, ciertas condiciones enteramente individualizadas de inteligencia y voluntad y como tales condiciones no están presentes en todos los sujetos puede estar limitada si el sujeto no puede realizar por sí mismo con eficacia actos o negocios jurídicos o algún tipo específico de éstos.

Desde esta perspectiva, y conectándonos con el epígrafe anterior para Ferrajoli, la responsabilidad no es sino un deber jurídico subsiguiente de uno primario, que se presenta como modalidad, es la sujeción a la sanción contenida en la norma violada, es decir a los efectos reactivos del ordenamiento jurídico dimanante del incumplimiento de un deber anterior, “primero aparece el deber; después, sucesiva y condicionalmente al incumplimiento, la responsabilidad por no haber cumplido”.

En resumen, la responsabilidad jurídica surge en una relación jurídica cuyo contenido es una situación de deber, el cual fue vulnerado, generando la ilicitud (antijuridicidad), produciendo una sanción por vínculos establecidos legalmente y que finalmente puede ser asumido por el sujeto o no.

La responsabilidad puede ser directa cuando existe identidad en el sujeto, es el supuesto de que se recibe una sanción como consecuencia de un acto ejecutado por él mismo, el sujeto que cometió el acto antijurídico y el que es objeto de la sanción coinciden, por lo que también se le denomina por hecho propio. Por el contrario la indirecta o vicaria, como su propia denominación indica se produce cuando no existe identificación entre el sujeto que realiza el acto y el que resulta responsable y por tanto sancionado, se es responsable de esta forma cuando se es susceptible de ser sancionado por la conducta de un tercero, es conocida también como responsabilidad por hecho ajeno.

El supuesto de responsabilidad indirecta o vicaria, es lo que hace reelaborar a Kelsen su concepto de acto antijurídico, partiendo que para este autor, la sanción es el punto de partida y no el deber, resaltando en su teoría lo que Kelsen denomina responsabilidad colectiva, “la responsabilidad indirecta cobra especial trascendencia cuando es colectiva, esto es cuando la obligación de indemnizar recae sobre todo un colectivo que puede llegar a ser general e inclusive extenderse al Estado (indemnizaciones por acciones de guerra, catástrofes, o actos de terrorismo) o particular como lo es el régimen que fija responsabilidad de los socios”. Se advierte que este tipo de responsabilidad colectiva puede ser personal o individual y colectiva y en este último supuesto puede ser mancomunada (cada uno responde por su parte) o solidaria (todos responden por el todo).

También ha sido estudiada la responsabilidad bajo los supuestos de responsabilidad objetiva y subjetiva, la responsabilidad objetiva, que es la imputabilidad de hechos y no de sujetos, está proscrita en la actualidad para el Derecho Penal. En cambio para el Derecho Civil, toma importancia la responsabilidad objetiva, define como el deber de reparar las consecuencias lesivas que para otro se ocasionan por hechos que no tiene el deber de soportar, la que va soportando varias críticas y evolucionó hacia la doctrina del caso fortuito, la doctrina del riesgo creado, doctrina del riesgo profesional y más adelante doctrina de la garantía, o sea, en este caso se comporta que ante la vulneración del deber general de no causar daño a otro, que implica la sujeción de quien quebrantó dicho, de la obligación de reparar la lesión producida.

Un punto abierto a debate en la actualidad es el referido al extremo de la distinción de la responsabilidad civil, en contractual y extra-contractual, desarrollándose en lo fundamental tres direcciones: teorías dualistas que argumentan que son dos formas de responsabilidad totalmente diferentes; teorías monistas que sostienen que es una única responsabilidad a partir del argumento de que su origen es el daño y una posición intermedia o teoría ecléctica, que valora no un identificación sino una unificación, que se traduce en dos formas de concebirlo en la legislación y en la práctica: que exista un régimen general para todo aquello que pueda serlo, manteniendo normativa especial para aquellas particularidades propias de cada campo o que como las diferencias no son fundamentales pues no atañen a los principios rectores; se propone agrupar, dentro de un plan único todos los problemas planteados en una y otra esfera. La posición que asumo

es la defendida por la intitulada intermedia o ecléctica .

Es decir, que la responsabilidad médica puede ser directa o colectiva y objetiva, si es responsabilidad civil y subjetiva, si es la responsabilidad penal.

En este sentido el deber se identifica con el *alterum nom ladere* , establecido como principio desde el Derecho Romano, “es el punto común para la exigencia de la responsabilidad civil, sea ésta contractual o extracontractual, directa o indirecta; el daño es para la responsabilidad civil, el comienzo y a la vez su centro de gravedad, de lo que se desprende la importancia de configurar sus elementos para que se convierta en un evento de significación jurídica y con ello alcance la categoría de ser resarcible.

El carácter jurídico del daño viene dado por circunstancias extrínsecas a él, que a través de un filtro permite transformar una situación fáctica en una situación jurídica, que estaría representado por los siguientes elementos: a) hecho humano b) certidumbre c) la lesión a un derecho subjetivo.

La responsabilidad dependerá de dos referencias que deben acompañar al injusto: 1) la culpabilidad del sujeto y 2) la necesidad preventiva de sanción penal o civil.

IV. La responsabilidad jurídica para los profesionales de la salud.

La responsabilidad de los profesionales de la salud, se hace a través de normas o sanciones represivas (ilícito penal) o normas o sanciones indemnizatorias o reparadoras (daño que debe ser saldado y/o compensado en lo civil). En el caso del Derecho penal, existen dos presupuestos para considerar responsable aun médico:

a) La existencia de culpa o dolo.

b) La conducta del profesional produce daño físico, psíquico, patrimonial o espiritual, es decir que exista una relación de causalidad entre el acto profesional y el resultado.

La praxis, en sus diferentes modalidades, se fundamenta sobre el conocimiento de las condiciones personales del paciente y los principios racionales de las ciencias de la salud. Cuando se violan las normas de la de cuado ejercicio profesional que da configurado la mala praxis, la cual se define como “el uso indebido por parte del profesional de las ciencias de la salud de los servicios a que está obligado en su relación profesional con supaciente, generando un perjuicio o violando las normas establecidas”.

En el caso de la responsabilidad civil, los daños más generales tipificados, serán responsables:

- a) Los daños inferidos al cuerpo o la mente,
- b) La violación del secreto profesional y del deber de reserva en cuanto a la intimidad del paciente y/o familiares,
- c) Toda conducta contraria a las normas de Asistencia Médica,
- d) Actos ilícitos.

V. La responsabilidad médica: especial referencia al Ecuador.

La Responsabilidad en estos casos significa la obligación que tiene el profesional de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión. Formas de culpa médica:

El Art. 54 de la Constitución de la República, señala “Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore. 17

Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas (las nebrillas son mías)”.

El artículo 202 de la ley, establece que constituye infracción en el ejercicio de las profesiones de salud, todo acto individual e intransferible, no justificado, que genere daño en el paciente y sea resultado de: a) Inobservancia, en el cumplimiento de las normas; b) Impericia, en la actuación del profesional de la salud con falta total o parcial de conocimientos técnicos o experiencia; c) Imprudencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión del cuidado o diligencia exigible; y, d) Negligencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión o demora injustificada en su obligación profesional.

Impericia: Es la falta total o parcial, de conocimientos técnicos, experiencia o habilidad en el ejercicio de la medicina. Es decir es la carencia de conocimientos mínimos o básicos necesarios para el correcto desempeño de la profesión médica y no estar debidamente actualizado.

- **Imprudencia:** Es realizar sin las adecuadas precauciones es decir es la carencia de templanza o moderación.

- Negligencia: Es el descuido, omisión a falta de aplicación o diligencia, en la ejecución de un acto médico. Es la carencia de atención durante el ejercicio médico. Puede configurar un defecto o una omisión.

Inobservancia de reglamentos: Es un forma de acción culposa que se configura cuando, existiendo una exigencia u orden verbal o escrita, dispuesto con fines de prevención de un daño ordenado por un superior responsable, el subalterno no le da cumplimiento, generando un daño al paciente. Puede circunscribir sea la esfera administrativa si no ocasiona daño al paciente.

Estableciéndose en el mismo artículo 503, la corresponsabilidad entre los servicios de salud y el profesional de la misma.

El Código Penal del Ecuador (art. 14 y 15) señala en forma general que las infracciones de responsabilidad culposa pueden ser consideradas en el ámbito médico cuando no se ha dado cumplimiento a las normas y reglamentos o en el caso de negligencia, imprudencia o impericia. De manera especial, en la misma legislación se describen cuáles son los delitos y las faltas que se pueden cometer como consecuencia de la actividad médica así como sus correspondientes sanciones, específicamente para los casos de aborto no consentido (art. 441), aborto preterintencional (art. 442), aborto consentido (art. 443), aborto voluntario consentido (art. 444), aborto letal (445), aborto efectuado por profesional de la salud (446), y las condiciones del aborto terapéutico y eugenésico (art. 447).

Asimismo, el Código Civil ecuatoriano en su artículo 2214, establece la responsabilidad, por causa del daño.

III. CONCLUSIONES

Los supuestos de responsabilidad resultan a partir del establecimiento de un deber de observancia conductual con respecto a un bien jurídico tutelado, de conductas lesivas que puedan surgir en una relación jurídica. En el caso de la responsabilidad médica, los bienes son la salud pública, la vida y la integridad corporal. Se manifiesta como responsabilidad directa, colectiva, contractual y extracontractual, a partir de la causa de daño, en la relación médico paciente.

Por ello, en el análisis de los casos, estará el daño y la conducta de las partes en el íter relacional.

En Ecuador, está regulada la responsabilidad administrativa, penal y civil, para estos casos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Fernández, F.: "Presupuestos de responsabilidad jurídica. Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 2000, T. LIII
- Enciclopedia Jurídica OMEBA. <http://www.omeba.com>. Fecha de consulta: 3 de septiembre de 2007. Hora: 9:00 am
- Marcos del Cano, A. M.: "Ilícitud, Responsabilidad y Sanción" en Manual de Teoría del Derecho, Id. vlex: VLEX- VLEX-269150. <http://www.vlex.com/vid/269150>. Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2007. Hora 9:00 am
- Weber, M.: Economía y Sociedad, Tomo I, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1971
- Luhmann, N.: Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general, Editorial Antrhopos, Barcelona, 1984
- Guzmán Brito, A., "Los orígenes del concepto de "Relación Jurídica" ("Rechtliches Verhältnis"—"Rechtsverhältnis"), Revista de Estudios histórico – jurídico, número 28, XXVIII, s.e, Valparaíso, 2006
- Kelsen, H., Teoría Pura del Derecho, Losada S.A., Buenos Aires, 1951
- Santiago Nino, C., Introducción al análisis del derecho, 2a. edición ampliada y revisada, 12a reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2003
- López De Zavalía, F., Derechos Reales, tomo I, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1989
- Alexy, R., Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993
- Ferrajoli, L., Expectativas y Garantías. Primeras Tesis de una Teoría Axiomatizada del Derecho, Editado por L. Lombarda, Adriática, Bari, 1988
- Díez Picazo, L., Gullón A.: Sistema de Derecho Civil, Volumen I, op. cit., p. 238
- Díaz Magrans, M. M.: "La persona individual" en Derecho Civil Parte General, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002

Aparisi, A., De Lucas, J.: "Elementos de Derecho Privado" en Introducción a la Teoría del Derecho, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006

Beck, U.: "De la crítica de la sociedad a la autocrítica social" en Diálogo Científico. Revista Semestral de Investigaciones Alemanas sobre Sociedad, Derecho y Economía, Vol. 6, No. 1, Instituto de Colaboración Científica, Tübingen, 1997.

Colin, A., Capitant, H.: Curso elemental de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones, T-3, Editorial Reus, Madrid, 1987

Morales Acosta, A.: Hacia la unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual en <http://www.asesor.com.pe/teleley/unificacion.htm>. Fecha: 7 diciembre de 2007 Hora: 8:00 p.m

Santos Briz, J.: La responsabilidad civil, Derecho sustantivo y Derecho Procesal, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993.