

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD

ÍNDICE

- **Declaración de Autoría**
- **Certificación**
- **Documento de Confidencialidad**

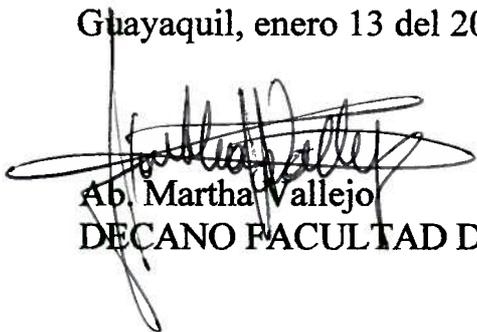
DOCUMENTO DE CONFIDENCIALIDAD

La Universidad Del Pacífico, se compromete a no difundir públicamente la información establecida en la presente Tesis de Grado “La Responsabilidad Penal de los Profesionales de la Salud en el Ecuador”, de autoría de Gustavo Bucaram Loaiza, en razón que ésta ha sido elaborada con información confidencial.

Cinco copias digitales, de esta Tesis de Grado quedan en custodia de la Universidad Del Pacífico, las mismas que podrán ser utilizadas para fines académicos y de investigación.

Para constancia de este compromiso, suscribe

Guayaquil, enero 13 del 2011



Ab. Martha Vallejo

DECANO FACULTAD DE DERECHO

DECLARACION DE AUTORIA

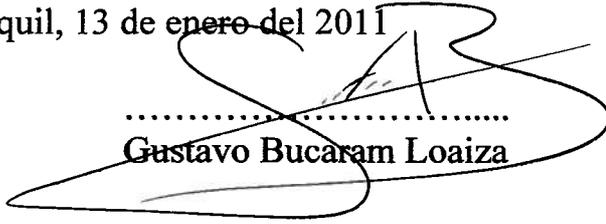
Yo, Gustavo Bucaram Loaiza declaro ser el autor exclusivo de la presente tesis.

Todos los efectos académicos y legales que se desprendieren de la misma son de mi responsabilidad.

Por medio del presente documento cedo mis derechos de autor a la Universidad del Pacífico –Escuela de Negocios – para que pueda hacer uso del texto completo de la Tesis de Grado “La Responsabilidad Penal de los Profesionales de la Salud en el Ecuador” con fines académicos y/o de investigación.

Guayaquil, 13 de enero del 2011

.....
Gustavo Bucaram Loaiza

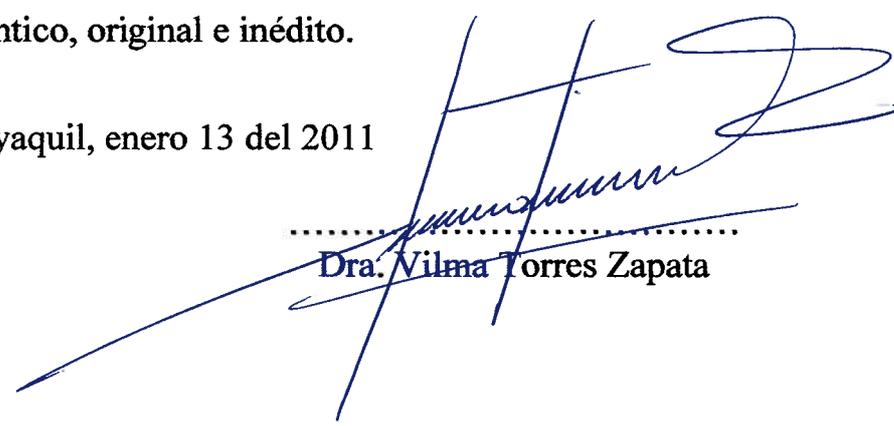


CERTIFICACION

Yo, Vilma Torres Zapata, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Del Pacífico, como Director de la presente Tesis de Grado, certifico que el señor Gustavo Bucaram Loaiza, egresado de esta Institución, es autor exclusivo del presente trabajo, el mismo que es autentico, original e inédito.

Guayaquil, enero 13 del 2011

.....
Dra. Vilma Torres Zapata



1. Introducción

A pesar de los avances tecnológicos que ha sufrido el mundo, podemos darnos cuenta que el ser humano aún depende de otro ser humano para aspectos fundamentales como es el manejo de su salud; pues, a pesar de que la tecnología vaya con la mano con la ciencia, el encargado de aplicarla en el hombre sigue siendo el propio hombre y, al estar a en sus manos esta gran labor, el profesional de la salud tiene la obligación de desempeñarla con rectitud, responsabilidad y conciencia, velando por la integridad de sus semejantes, como se compromete en el momento que realiza el juramento hipocrático. Consecuentemente, vemos que la actividad ejercida por esta clase de profesionales es diferente a cualquier otra, ya que, aquí lo que depende de su actuar o no actuar no es un patrimonio, una condición o un estado, que en el peor de los casos, es recuperable de una u otra forma, sino la vida de un individuo, razón por la que su responsabilidad en el ejercicio profesional es mucho mayor que la de otra persona.

La responsabilidad médica es la obligación de los médicos de asumir las consecuencias de ciertas faltas por ellos cometidas que pueden comportar una doble acción, civil y penal. Debe entenderse bajo este concepto la responsabilidad que afecta al médico por sus actos u omisiones que puedan considerarse culpables, ya sea por imprudencia, descuido, ligereza, por error en la administración de medicamentos, en la ejecución de operaciones, en la emisión de juicios científicos, en las actuaciones periciales o, en fin, en cualquier acto en que intervenga en calidad de facultativo.

Por tanto, tenemos que al comprometerse una persona con una profesión relacionada con la salud, lo está haciendo con la vida, y el momento que falte a su obligación realizando lo que no debía o dejando de hacer lo debido, responderá ante la sociedad a través de sus órganos judiciales, sea civilmente por daños y perjuicios con una indemnización o penalmente con privación de

¹la libertad incluso. Esto en forma independiente a las consecuencias administrativas de amonestaciones, suspensiones, etc.

Con estos antecedentes podemos darnos cuenta que el actuar de un profesional de la salud no es nada simple, porque a más de reunir características como probidad, responsabilidad, capacidad y moralidad, debe ser también humanista, sólo aquel puede ser un buen médico; ello, porque la naturaleza de su rama requiere de una calidad humana que le haga especial en el trato a sus congéneres, ya que, parte de su actuación es el entablar una relación cordial que involucre amabilidad, cortesía, sensibilidad y discreción con cada enfermo para así fomentar la confianza en él y junto con la abnegación, facilitar el tratamiento de su caso.

Es sabido que la Responsabilidad Profesional de los Médicos (R.P.M.), extensible a todo el accionar humano, implica el compromiso en todas y cada una de sus acciones para con si y para terceros en sus intentos de salvar la vida. Y es así que todas las actitudes del hombre contienen una intencionalidad, en más o en menos, de llegar a un fin.

El presente trabajo no pretende confeccionar un normativo esquemático para todas las actividades profesionales ni reemplazar reglas ya asignadas a los diferentes estamentos de la cultura médica. Pero sí intentamos compilar algunos elementos en un solo contexto que pueda ser consultado sin necesidad de grandes y prolíficos tratados que han, hasta la fecha, profundizado sobre el tema de la Responsabilidad Profesional de los Médicos (R.P.M.).

2. Objetivos de la Investigación y Marco Teórico

La idea de este trabajo es que pueda ser usado de guía por los médicos y profesionales de la salud, estudiantes, pacientes, abogados y jueces para resolver dudas en su ejercicio profesional cotidiano. Se ha hecho el esfuerzo para que sea didáctico, sencillo, concreto, práctico y útil, además de que aporte

¹Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General 217. Diciembre 1948.

los conocimientos médico-legales mínimos necesarios al prestador de servicios médicos y ciudadanos común.

En una sección de conclusiones específicas, derivadas de esta investigación, se advierte sobre los problemas de comunicación en la relación médico paciente y acerca de la negligencia, la falta médica más frecuente en que incurre el médico, que en la mayoría de los casos produce la muerte de los pacientes.

Algunas definiciones

Deontología Médica: Es el estudio de las obligaciones y deberes, de todo aquél que desarrolla una actividad relacionada con el arte de curar y se halla comprendido en ella.

Aspectos:

1. Ético: Tiene que ver con los problemas morales que se les plantean al estudiante y al médico. En este último, es importante resaltar el trato de los enfermos, conducta interprofesional, experimentación humana y delito de genocidio.
2. Gremial: Actualmente ha sido absorbido por la diceología médica. Se ocupa de los aspectos económicos. Incluye clase médica, gremio médico, sindicato médico. Se ocupa de carrera médico – hospitalaria, incompatibilidades del ejercicio médico, leyes de previsión, socialización de la medicina.
3. Deontología Médica Universitaria. Se ocupa de los deberes y derechos de estudiantes y docentes entre si, en relación de la institución y a los pacientes que deben atender en las cátedras y hospitales escuela. Anteriormente a estas épocas velaban por las leyes de ejercicio profesional.
4. Deontología Médica Jurídica. Denominada clásicamente como Jurisprudencia Médica. Fija normas para el ejercicio de la Medicina. Todas deben velar por el cumplimiento de la Deontología Médica.

5. Gremio Médico: Se refiere a todos los trabajadores de "igual clase" que desarrollan la actividad, en especial los nucleados para defender los intereses económicos y mantener y mejorar el nivel ético de la profesión. Se ajustan, en su ejercicio, a la carta médica de La Habana de 1946.
6. Clase Médica: referida a los que en conjunto ejercen la medicina y su rol en la Sociedad.
7. Sindicatos Médicos: Busca ocuparse de la creación de sociedades de previsión y seguros para el ejercicio profesional.
8. Culpa Civil: Ante una falta más o menos grave cometida voluntariamente y a sabiendas se refiere a una compensación por medio de un resarcimiento patrimonial. A veces las Instituciones llevan parte de la responsabilidad. No implica intención de dañar sino el efecto puntual de que el daño se ha producido. El acusado puede ser eximido en el fuero penal.
9. Culpa Profesional: Coincidentemente con el punto anterior se acota el alcance al ejercicio de las diferentes profesiones y a los yerros que su ejercicio ha producido.
10. Responsabilidad Civil: Es el cargo u obligación legal que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado. Es obligación de reparar y satisfacer de una culpa o de otra causa legal. Implica la responsabilidad de responder de los propios actos.
11. Responsabilidad Profesional: Es la condición fundamental para el ejercicio de la actividad para la que ha sido capacitado y cuya incorrecta aplicación lo coloca en la obligación de responder ante la justicia civil, penal o administrativa por el correspondiente reproche que ésta le formule.
12. Daño: Es el efecto de dañar. Su concepto es causar perjuicio, dolor o molestia.
13. Dolo: Implica la voluntad o intención de producir un daño.

14. Negligencia: Descuido, omisión o falta de aplicación en una tarea en la que se han comprometido realizar, implica abandono, desidia, dejadez.

15. Impericia: Realizar una tarea con inhabilidad o ineptitud. Implica falta de conocimiento, talento o instrucción. También falta de capacidad o aptitud.

16. Imprudencia: Consiste en no discernir y no distinguir lo que es bueno o malo para seguirlo o huir de ello.

. Tipos de Responsabilidad Profesional

- Civil: Se encuadra dentro del concepto de responsabilidad común a todos los individuos. Si se daña se debe reparar. Afecta al Patrimonio.

- Penal: Afecta a las personas. La pena que se aplica es la Prisión.

-Administrativa: No tiene nada que ver con las dos anteriores responsabilidades. La pena que se aplica es el Apercibimiento o la Inhabilitación.

. Tipos de Delito

Culposo: No hay intención de producir daño. Son los analizados y de los que se acusa al médico.

Doloso: Hay intención de producir un daño

6. Tipos de Relación Médico – Paciente²

Contractual: Hay algo pactado entre el Médico y el Paciente. Se realiza en todas las prácticas por requerimiento del paciente. Muchas veces conviene imponer este punto de vista frente a posibles demandas.

"La Responsabilidad de los Médicos es de carácter contractual, sin que obste a ello el hecho de que el paciente no haya contratado directamente sus servicios, ni que éstos fueren gratuitos".

² Peña, L. Informe de Gestión 2000, Representante Legal del SCARE.

"La Responsabilidad del Médico es de origen contractual, mientras no existan matices dolosos que encuadren en los actos ilícitos, y responde frente al enfermo

"El Médico a quien se le requiere la prestación de servicios profesionales es responsable por las consecuencias dañosas que derivaran de la mala realización de esta labor. Se trata de una responsabilidad contractual que queda comprometida si el paciente demuestra la culpa en la realización de la atención médica prestada y, así mismo, la existencia del daño que le hubiera sobrevenido a causa de ese hecho".

No contractual: Por ejemplo, asistencia a un paciente inconsciente en ruta luego de un accidente de Tránsito. Mal pudo si estaba inconsciente prestar su aprobación. No habría contrato. Sería similar a la atención a un psicótico o un suicida.

Obligaciones de los Médicos:

a. Obligación de Médicos: El médico está obligado a poner todo su empeño, conocimientos y técnicas a su alcance para recuperar la salud perdida. Su obligación principal es cuidar al paciente. Los métodos de prevención y profilaxis (vacunación, estudios pre operatorios, evitar interacciones medicamentosas nocivas, etc.) serán su prioridad y a ello tenderán la investigación, todos los planes de salud, y la práctica médica diaria. Ninguno está exento a este cuidado. A posteriori si puede, curar al enfermo.³

b. Obligación de Resultados: El ejemplo clásico es la Cirugía Estética. Otros son Anatomía Patológica, Laboratorio y Radiología. En estos rubros (Especialidades) se promete un resultado concreto.

Defensa del Profesional la de Salud

Se basa en dos columnas indisolubles y paralelas, donde la aplicación de una no niega ni excluye la total aplicación de la otra.

³ Rincón- G.H. Derechos y Obligaciones en el Sistema General de Salud y Seguridad Social. Consentimiento Informado. Agosto 2007

Historia Clínica Completa. (H.C.C.)

La escritura no reemplaza los actos médicos correctos.

Es un documento con valor médico legal. Se debe priorizar aspectos formales y asistenciales.

Puede parecer reiterativo pero aquél que va a juzgarlo no será otro médico sino un Juez. No habrá brechas en la confección de la H.C. que den lugar a dudas. Una de las primeras acciones que se ordenan es el secuestro de la H.C. con el objeto de sorprender y encontrar error u omisión que sirva a la causa. La H.C. es considerada un punto flaco del accionar médico al que se debe investigar.

Conductas Generales: (Código Penal)

Confirmar la identidad del paciente: En ciertas circunstancias el enfermo puede simular una identidad que no es la suya y que la ley cuestiona. (Delincuentes, los que buscan beneficiarse por una cobertura social a la que no pertenecen).

Conductas Específicas:

Ingreso: Es común la omisión por parte del profesional que se hace cargo del ingreso la omisión de fecha y hora del mismo. No ha sido raro que un paciente ingresado en día y hora determinados haya presentado complicaciones y aún muerto en el curso del mismo día y que la falta algunos datos o la brusca complicación determinaran una demanda que ha sido difícil de enfrentar. Sin fecha de atención la asistencia de la emergencia ha dejado en aparente evidencia la falta de atención en ese día. Muy cerca se está de pagar una culpa que no se tiene.

En los primeros párrafos de la H.C, se deberá asentar todos los datos de relevancia, y aún los que no lo sean, del estado clínico del paciente en el momento en que se toma el primer contacto con él. Sirva de ejemplos pacientes de sexo femenino que han culpado a profesionales no previsores de atentados al pudor y de intentos de violación; estos casos son numerosos en la bibliografía.

Obligación de Informar: El paciente que concurre a una consulta, el que recibe asistencia ambulatoria y el internado deben ser informados de sus dolencias y de todos los datos de interés en relación a sus enfermedades y de los hallazgos cualquiera sea su magnitud. Toda la información obtenida por el médico (examen clínico, exámenes complementarios, interconsultas, etc.) deben ser conocidos por el paciente y/o por sus familiares (en caso de menores e inhábiles desde el punto de vista jurídico). Ello no evita que familias ansiosas o simplemente preocupadas por los padecimientos del enfermo soliciten información de los médicos tratantes. Pueden ser inestimables colaboradores, como así sostenedores en situaciones críticas y traumáticas. Padres, hijos, cónyuges y / o parejas serán de inestimable ayuda.

Consentimiento informado: Es una regla ética fundamental. Desde fines de los años 60 se ha ido implementando progresivamente. Incluye numerosos elementos jurídicos que hacen al tema motivo de un trabajo independiente al presente. Baste mencionar su origen en: La Constitución Nacional, Convención de Derechos Humanos y Biomedicina (Oviedo, 1997).

Toda H.C. tiene entre sus hojas pro forma un escrito tipo. Ese escrito no tiene gran valor legal, no sirve a los fines aclaratorios que se han pretendido en su implementación.⁴

Pero no hacerlo implica habitualmente una condena desfavorable. Ese consentimiento, que bien fundamentado será útil, debe ser manuscrito por el médico tratante donde se aclarará diagnóstico, conducta terapéutica, riesgos y todo otro dato de importancia que al ingreso sirva de guía para el no médico y para el legista, en particular, en su búsqueda de la verdad. Se podrán hacer aclaraciones, siempre de puño y letra del médico de los datos omitidos. Serán rubricados por el médico y por el paciente o familiar en los casos en que corresponda.

No disminuye en absoluto la responsabilidad del médico frente a actos de impericia, imprudencia o negligencia.

⁴ Vázquez, R.A. El Consentimiento informado en la práctica médica. Agosto 2007.

El uso de los datos de la H.C. así como sus estudios complementarios o la copia fotográfica de algún elemento considerado propiedad del enfermo debe ser autorizado por éste y por escrito.

La custodia será compartida por el profesional tratante y la institución donde se han brindado las prestaciones. Ambos o la Sección Estadística y Archivo deberán conservar en guarda la H.C. durante 10 años. Luego de ese lapso de tiempo podrá ser conservada o destruida.⁵

Propiedad de la Historia Clínica

A pesar de los hábitos y costumbres que han reglado por muchos años las conductas médicas y en los que la H.C. era casi un patrimonio exclusivo de los médicos tratantes hoy sabemos que la propiedad de aquella es exclusiva del enfermo (el paciente tiene todos los derechos sobre ella). Puede solicitar su lectura, puede pedir retirar la misma o una copia. Puede hacer estos pedidos por sí o por terceros (debidamente autorizados) y nadie puede ni debe negarnos. A lo sumo se podrá sacar fotocopia de la misma, en lo posible autenticada, para nuestro control y archivo, difiriendo la entrega el menor tiempo posible. Se entregará bajo firma para que, en caso de necesidad, se pueda demostrar su entrega y pérdida (o suspensión temporaria) de guarda. La entrega incluye toda la documentación que se encuentre anexada y formando parte de la H.C. (protocolos de laboratorio, placas radiográficas, estudios ecográficos, tomográficos, resonancias

La Epicrisis

Habitualmente confeccionada en una hoja NO foliada y sin copia asienta datos básicos de la atención recibida por el enfermo. Ello es un error. Deberá ser un compendio acotado y fiel a todas las conductas terapéuticas a las que fue sometido el enfermo. Contará con un resumen del examen de ingreso y diagnóstico presuntivo en ese momento, estudios complementarios que acerca el enfermo al concurrir a la primera consulta y posteriores (todos estos datos están asentados en la H.C. ambulatoria), fecha de ingreso y egreso, estudios solicitados en internación y sus resultados, terapias instituidas, evolución y

egreso (alta, traslado u óbito). Será firmada por el médico tratante y el jefe de área o servicio. Llevará sellos aclaratorios del/los profesionales y de la institución en la que ha recibido asistencia.

Causas de los Juicios por Responsabilidad Profesional

Los grandes avances tecnológicos han hecho que muchos médicos sean infalibles ante la opinión pública. No puede el lego comprender que pese a dichos avances en muchas patologías y cuadros signo - sintomatológicos sea difícil llegar a un diagnóstico. Por supuesto que tampoco entienden que con un diagnóstico correcto las terapias no lleven siempre a la misma evolución.

Desaparición del Médico de Familia: La relación médico – paciente se ha visto modificada a través de los tiempos. Se concurre a sanatorios y hospitales para consultar

Algunos, recuerdan con nostalgia, la espera del médico de la familia: jofaina y jarra de cerámica preparados junto al jabón de tocador a estrenar, paño blanco, en lo posible de hilo, planchado y almidonado para auscultar al enfermo, la cuchara sopera para revisar a garganta, la cama con sábanas limpias, la habitación templada a estufa a leños o kerosene lógicamente perfumada, el enfermo higienizado y entalcado y con su pijama en mejor estado como vestido; la casa se limpiaba concienzudamente, incluso la bacinilla limpia debajo de uno de los laterales de la cama. La relación de tipo paternalista que se prolongaba desde el nacimiento hasta 20, 30 y más años después predisponía al grupo familiar a ver al médico en un rol incuestionable y casi divino, su palabra era santa y sus órdenes y consejos indiscutibles.

Deficiente formación profesional: No escapa a los médicos "viejos" el hecho conocido de que numerosos profesionales noveles desconocen conceptos básicos de la asistencia de los pacientes. El "qué", "cómo", "cuando" y "donde" no existe en el interrogatorio y de que numerosos profesionales "expertos" las omiten. Las generalidades son el común en la adquisición de conocimientos y muchas veces en dosis mínimas que han no capacitado en el ejercicio de esta noble profesión.

Empobrecimiento: No escapa a nadie que el deterioro de la clase media ha alcanzado a todos los profesionales y en especial a los médicos. Un gran número de ellos deben exigirse un elevado número de horas dedicadas a sus tareas. No les queda ni tiempo ni dinero para realizar un aprendizaje permanente. Y por si ello fuera poco se exponen a perder parte de su lucidez por agotamiento.

Es parte de un sistema perverso de remuneración. ¿Cómo no va a cometer errores un médico de guardia que cumple sus tareas habituales durante 24 horas y toma un reemplazo en las 24 horas siguientes para mejorar su magro salario?

Del Paciente.

Moda: Cuando las páginas amarillas y la pseudo información (Revistas, TV, Radiodifusión) científica se hacen eco de un tema como los probables errores médicos, los titulares son de tamaño mural, se entrevista a los supuestos "damnificados", se pide la opinión televisiva, radial o escrita de "expertos", que le agregan mayor confusión al tema, agregándole numerosos supuestos y teorías a los hechos que en realidad no conocen y la opinión pública se hace eco de las opiniones vertidas como verdades incuestionables. El profesional es condenado por los que nada saben.

¿Influirá a posteriori en la sentencia del Juez? Es posible, solo posible.

Luego, si el profesional es absuelto de culpa y cargo, la información se omite o acompaña en letra pequeña a la información necrológica de los diarios, esa que nadie lee. Razones psicológicas: el paciente y/o sus familiares buscan un culpable a las complicaciones. Habitualmente es el médico tratante.

Es habitual la pregunta ¿por qué a mí? O ¿por qué yo? Ante el informe de una enfermedad tumoral o de un diagnóstico no esperado.

En un número reducido de casos la demanda es justa y atribuible a culpas médicas. Los profesionales jóvenes se atreven a todo olvidando que deben capacitarse cada día y los mayores llegan a confiarse y a suponer que su

experiencia y antecedentes sirven para determinar todo con exactitud olvidando que son falibles.

Del Derecho.

Litigar sin gastos: Normalmente se gestiona y autoriza a iniciar juicios con todo para ganar y nada para perder.

Rentabilidad: otros fueros han perdido rentabilidad. El deterioro de la industria y el comercio; el cierre de numerosas empresas y los beneficios que se ha dado a la importación han hecho que el circuito financiero y el poder adquisitivo en general que muchos estudios jurídicos hayan orientado su actividad hacia este tipo de acción legal. Incluso a fomentarla. No es raro ver en las inmediaciones de los Hospitales cadetes repartiendo tarjetas de diferentes estudios. Algunos hacen repartir volantes ofreciendo sus servicios. En ciertas circunstancias ⁵contratan personal de la institución para hacer disimuladas propagandas en accidentes de tránsito, en demoras en la atención.

¿Cómo actuar frente a una demanda?

Se deberá ser prudente al informar. Estos hechos jurídicos afectan al médico y a su entorno. Se tiene que tratar de mantener un equilibrio familiar que se ve afectado. No le es fácil actuar con su medio ambiente, con su patrimonio. Ni siquiera sabe qué hacer con su vida. Y ese profesional piensa en absurdos y reacciones a la agresión que siente sufrir. ¿Qué hacer?, ¿A quién recurrir? ¿Seguir atendiendo enfermos?

Puede repercutir en la salud psicofísica del médico o de su familia. Debe ser acompañado y protegido.

En el caso del paciente que se halla en internación se debe tener una conducta positiva. Será visitado por el médico en forma permanente combatiendo la tendencia natural a alejarse y escapar.

⁵ Colegio Americano de Médicos, Manual de Ética, 1998.

Se dará respuesta a todos los interrogantes planteados, con una comunicación constante con el paciente y sus familiares.

En muchas oportunidades los familiares del enfermo que ha evolucionado mal agreden al médico. No se responderá en ningún momento de igual manera, se acentuarán las explicaciones y se tratará de mostrar convicción y compromiso, se darán argumentos y no disculpas.

Estadísticas

Es posible que con el devenir de los años y, con nuestro pesar, las estadísticas por demandas efectuadas por los pacientes y/o familiares y patrocinados por abogados desocupados o sub ocupados sean más nutridas en todo el mundo. Pero ninguna estadística ha sido fiel a la realidad que suponemos.

USA:

Año 1970	5
Año 1983	16
Año 1985	10.7
Año 1986	9.2
Año 1987	7
Año 1988	6.4 Juicios por cada 100 médicos.

Hemos tomado conocimiento que las demandas en curso abiertas en los últimos años han crecido. Por no ser confiables no son transcritas.

Francia:

Los expedientes abiertos a través de los años han crecido en forma exponencial. Los datos obtenidos, posiblemente incompletos son:

Año 1944.....	35
---------------	----

Año 1954.....	123
Año 1964.....	254
Año 1973.....	338
Año 1980.....	1158
Año 1985.	1543
Año 1988.....	2000
Año 1991.....	2676 nuevos expedientes.

Argentina:

El Primer fallo fue dictado el 14 de abril de 1910 por la Cámara Nacional del Crimen.

Segundo fallo: 20 de Abril de 1918, Cámara de Apelaciones de San Nicolás, Pcia. de Buenos. Aires.

Año 1935: Cuatro casos registrados.

Año 1999: Se estima un caso cada 50 o 60 médicos en Capital federal y Buenos Aires.

También se estima que en forma global será demandado un médico cada dos a través de toda la etapa que abarque el ejercicio de su profesión.

Ecuador

No existe estadísticas y se los llama cifras sombras, siempre están relacionadas con otras figuras de tipo penal.

EL EJERCICIO ILEGAL DE LA MEDICINA: LAS HIPÓTESIS DE RESPONSABILIDAD PENAL

El tema puede desdoblarse en dos grandes áreas:

Una primera situación de ejercicio ilegal es aquella donde una persona -sin tener el título profesional de médico desarrolla actividades curativas, terapéuticas, que incumben a la profesión médica.

La otra gran hipótesis y que es la que convoca mayor aplicación práctica- es la mala praxis. Es una modalidad del mal accionar del ejercicio legal punible en Medicina.

En realidad, aun cuando no hay ningún obstáculo para que un médico pudiese llegar a cometer un delito de carácter intencional o doloso, lo que se denomina mala praxis y que la realidad forense cotidiana demuestra que es la responsabilidad médica son situaciones vinculadas o bien a la omisión de asistencia culpable o a los delitos de homicidio o de lesiones culpables también. Es decir, que el común denominador de todos los supuestos de responsabilidad médica por mala praxis es, en definitiva, la culpa penal.

Sobre eso es que queríamos incursionar hoy con alguna reflexión. La culpa ha sido desde siempre un gran problema para el Derecho Penal. Y aunque hoy no suele recordárselos, existieron autores encumbrados que en los albores de las décadas del 20 y del 30 peleaban por erradicar la culpa inconsciente del Derecho Penal, y reservar las situaciones penales exclusivamente a los delitos intencionales o aquellos delitos que se cometen con culpa consciente.

Hay toda una corriente de opinión que entiende que las situaciones en que se delinque -no sólo un médico sino cualquier ciudadano en el ámbito de una conducta informada por culpa inconsciente no deben incumbir al Derecho Penal, sino que tienen que ser objeto de tratamiento por otras zonas del Derecho y de la Legislación: básicamente el Derecho Civil, las situaciones reparatoria y el Derecho Administrativo.

Como que la culpa viene a ser la unidad de gran desarrollo del Derecho Penal de los últimos 30 años.

¿Cuándo se incurre en una actividad de mala praxis culposa o culpable que le apareja responsabilidad criminal a un médico? Tanto en las hipótesis de la omisión de asistencia, cuanto en los eventuales casos de lesiones o aun de

homicidios, de muertes culpables, la culpa penal se configura cuando, a partir del ejercicio de una actividad lícita, por falta de previsión de vida o imprudencia, impericia, negligencia o violación de leyes o reglamentos, se deriva un resultado que era no obstante previsible, o sea un resultado no previsto.

En la fórmula legal Ecuatoriana, la mala praxis es una situación de impericia profesional donde el facultativo produce, con su conducta terapéutica o asistencial, un resultado que no previó, que no anticipó y que, sin embargo, era anticipable, representable y objetivamente previsible.⁶

LA MEDICINA NO ES INFALIBLE

En primer lugar, la necesidad de aceptar que la Medicina no es un actividad infalible y que, por ende, el error de diagnóstico es un componente necesario de la actividad terapéutica. Dentro de la ley debe admitirse que para determinado tipo de patologías existe un amplio margen de falibilidad y que el error de diagnóstico no es una situación que, más allá de contraponerse con la solución médica deseable, no puede tener por efecto derivar casi automáticamente la responsabilidad al médico en cuestión.

En segundo lugar, y es otro de los grandes contenidos que el Derecho Penal moderno maneja en el ámbito de la culpa, es menester aceptar los criterios del llamado riesgo permitido, es decir, reconocer que existen tratamientos terapéuticos que por sí mismos provocan una situación de riesgo, porque son de resultado incierto. La curación o sanación es un resultado eventual y posible pero no seguro o absoluto, y dentro de la evaluación que el Juez formulará, debe admitir entonces que existe una franja de riesgo permitido que obligadamente en ciertas patologías o ciertas situaciones tendrá que abordar como desafío el médico y que si el tratamiento resulta inadecuado y no tiene éxito, esto no es de por sí una actitud derivada de la culpa.

En tercer término, la culpa penal del médico por presunta mala praxis, del médico imperito, tiene que ser evaluada a la luz del lente del principio de división del trabajo.

⁶ Mora, G. Juez de lo Penal de Pichincha.

En la Medicina moderna, sobre todo en los centros hospitalarios, existe un trabajo médico en equipo y además existe un trabajo médico con sucesión o rotación de equipos. Y no puede llevarse la exigencia de valoración de la responsabilidad penal ignorando ese principio de división del trabajo; que funciona tanto en sentido horizontal, entre médicos, por ejemplo: cirujanos y anestesistas, o en sentido vertical, entre el médico y el personal paramédico o de enfermería donde cada uno, incluso el personal paramédico, injiere en actos asistenciales que son de carácter médico. Muy ligado casi la contracara del principio de división del trabajo- el llamado principio de confianza: en el trabajo médico en equipo o en colectivo necesariamente éste lleva a que el médico interviniente deba hacer fe en anotaciones de historias clínicas, en que determinadas indicaciones se cumplan de la manera en que él lo instruye.

No basta determinar con criterio médico naturalísimo si el resultado de lesiones o el resultado muerte fueron producto causalmente por la intervención del médico. La gran pregunta en Derecho Penal es si ese resultado puede o no ser imputado al médico interviniente.

El segundo concepto, que me parece clave para valorar no sólo la culpa sino toda la teoría de la culpabilidad, es el concepto de exigibilidad. Es un viejo concepto en la historia del Derecho y que al cabo de algún período hoy vuelve en la literatura contemporánea. Es un derivado necesario de la imputación e implica valorar la impericia, la mala praxis, no en función de lo que dice la literatura científica más moderna o más adecuada, sino de lo que resulta exigible, demandable al médico en el particular y específico contexto situacional donde tuvo que intervenir. Por ejemplo, la valoración de exigibilidad pasa necesariamente por los extremos que mencionamos antes: el riesgo permitido, la división de trabajo, el principio de confianza y, fundamentalmente, la disponibilidad de recursos que determinan que a un médico en un determinado centro asistencial puede serle exigible una determinada conducta que, sin embargo, a otro no pueda reclamársele en virtud de la disimilitud o gran diferencia que existe en la disponibilidad de recursos.

LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL: ENTRE LA LEGISLACIÓN Y LOS PRINCIPIOS ÉTICOS

¿Qué relación hay entre ellos? ¿La responsabilidad profesional, debe circunscribirse a las disposiciones legales?

En tanto los valores morales propios de un orden social determinado son fundamento de la legislación vigente en esa sociedad, en todo orden social es factible encontrar leyes consonantes con los principios éticos así como leyes que resulten divergentes; lo mismo puede decirse de las normativas de los códigos deontológicos.⁷

En la medida que estos códigos son redactados por una comunidad profesional en un momento histórico determinado, y estableciéndose por consenso, su normativa puede incluir, junto a principios éticos claros, intereses corporativos que respondan a valores propios de su época y resulten discordantes con la dimensión de la subjetividad.

A partir de esta distinción, sostenemos que el profesional de la salud mental debe tomar como horizonte de su práctica los principios éticos, es decir, el resguardo de la subjetividad, a la vez que debe promover una mirada crítica sobre aquellos otros aspectos que degradan lo humano condicionando su práctica y, por lo mismo, poniéndola en riesgo.

Conocemos situaciones de la práctica que enfrentan al terapeuta, a la circunstancia de tomar una decisión que excedería los límites del encuadre terapéutico; situaciones en las que se pone en juego el dilema del mantenimiento o la suspensión del secreto profesional.

¿Qué sucede cuando tal dilema se encuentra acentuado por la existencia de una legislación que especifica la obligación profesional?. En este caso la Ley 103 Ley contra la violencia a la Mujer y la familia, en su “Art. 13 De las medidas de Protección”, en el fuero penal, la comprobación del delito implica una sanción para el victimario, lo cual resuelve expeditivamente la cuestión. Pero, se ha reparado en que la prisión para el victimario resulta insuficiente

⁷ Collazo, E., CI en la práctica médica. Fundamentos Bioéticos y aspectos prácticos. Rev. Circ. Esp. 2002 (6) 319 – 24.
Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia. Art. 13.

como medida, ya que limita la intervención judicial a la exclusiva función punitiva.

La responsabilidad profesional es un terreno jurídico de singular complejidad y dinamismo, y está en pleno desarrollo teórico. Problemas como la naturaleza de la obligación surgida del contrato asistencial (de medios, de resultado, de seguridad), la existencia de la responsabilidad objetiva (sin culpa), el régimen de la responsabilidad (aquiliana o contractual), entre muchas otras cuestiones, reciben soluciones doctrinarias y jurisprudenciales diversas en el derecho comparado. Esta realidad genera una sensación de inseguridad entre los médicos, lo que se agrava por la incomprensión por razones de formación de las categorías manejadas por el derecho y por la existencia de una *“racionalidad diferente”* entre médicos y abogados.

LA CAPACIDAD DE LOS PACIENTES PARA TOMAR DECISIONES

El requisito de competencia o capacidad es uno de los elementos clave de un proceso de consentimiento informado.

Sólo si el paciente es competente podrá tomar decisiones autónomas sobre su salud. Sin embargo, éste es, con toda seguridad, el elemento del consentimiento informado que plantea mayores dificultades de valoración en el contexto clínico-asistencial, fundamentalmente porque todavía no existen criterios, estándares y protocolos consensuados para su adecuada evaluación. ¿Pueden y deben los profesionales evaluar la competencia o capacidad de sus pacientes para tomar una determinada decisión sanitaria?

La capacidad que puede evaluar un profesional de la salud es la capacidad de obrar natural o de hecho, también denominada competencia en el lenguaje habitual de la bioética, terminología recientemente incluida en la Ley 21/2000 sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica de Cataluña - España. Los profesionales no tienen potestad para establecer por su cuenta la capacidad de obrar legal de un paciente.

Así pues, las obligaciones jurídicas de los profesionales sanitarios sobre la evaluación de la capacidad parecen nacer fundamentalmente de las obligaciones de cuidado que tienen hacia sus pacientes, incluyendo sus obligaciones respecto al consentimiento informado. La posición de garante del

profesional respecto a su paciente le obliga a velar por su salud y, por tanto, a evitar que tome decisiones sanitarias que puedan perjudicarle y que no sean verdaderamente autónomas, por falta de voluntariedad, información o capacidad.

Es por ello que el marco ético-jurídico que sustenta esta obligación es, en buena medida, el mismo que el del consentimiento informado.

En este sentido conviene tener en cuenta, en primer lugar, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, del Consejo de Europa, denominado popularmente Convenio de Oviedo, y en vigor en España desde el 1 de enero de 2003. El artículo 6 y de dicho convenio versa sobre el problema de la falta de capacidad para consentir libremente. En el informe explicativo del convenio pueden encontrarse, además, amplios comentarios de dicho artículo.

En el artículo 10 de la Ley General de Sanidad de España⁸, siempre tan conflictivo desde el punto de vista jurídico, el requisito de capacidad o competencia aparece formulado negativamente, al definir el apartado 6.b su ausencia como una de las causas por las que no es preceptivo pedir al paciente su consentimiento informado: «Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas».

Obviamente será el profesional quien deba valorar si dicho paciente está o no capacitado en ese momento para tomar esa decisión concreta. Por tanto, hablamos, en primer lugar, de capacidad natural o competencia. Así lo establece la ley catalana sobre los derechos de información en su artículo 3.2: Si el paciente, a criterio del médico responsable de la asistencia, no es competente para entender la información, porque se encuentra en un estado físico o psíquico que no le permite hacerse cargo de sus situación, debe informarse también a los familiares o a las personas a él vinculadas.

En caso de que el paciente fuera ya a priori un incapaz de derecho por ser, por ejemplo, un menor inmaduro o un incapacitado judicial, quienes deberán tomar decisiones serán sus representantes legales, por ostentar la patria potestad o

⁸ Art. 10 de la Ley de Sanidad de España.
Art. 3.2 de la Ley Catalana. Ministerio de Salud 1997.

la tutela. Conviene hacer notar, en cualquier caso, que la incapacidad natural o legal del paciente no exime al profesional de realizar un proceso de consentimiento informado.

Solamente cambian los destinatarios de dicho proceso, que en tales casos serán los familiares o representantes legales de manera preceptiva. La ley Catalana, en su artículo 7.2, denomina estas situaciones como de «otorgamiento del consentimiento por sustitución». Pero esto no quiere decir que no se cuente con el paciente en función de sus posibilidades concretas. En su artículo 3.2, la citada ley establece que, «en caso de incapacidad del paciente, éste debe ser informado en función de su grado de comprensión, sin perjuicio de tener que informar también a quien tenga su representación ».

Todas las disposiciones legales de España, regulan específicamente determinados actos sanitarios, donación y trasplante de órganos, ensayos clínicos, técnicas de reproducción asistida, y en las que se especifican cuestiones relativas al consentimiento informado de los pacientes implicados en dichos actos, incluyen referencias al requisito de capacidad que, por tanto, todo profesional sanitario debe considerar. Sin embargo, la terminología utilizada para hacer referencia a dicho requisito es muy dispar, y a veces confusa. Así, se habla de «autonomía reducida», «competencia disminuida», «gozar de plenas facultades mentales», «ser plenamente consciente», «tener buen estado de salud psicofísica», «tener condiciones que le permiten comprender ».

El fundamento ético más importante de la obligación de valorar la competencia o capacidad de un paciente es el principio de no maleficencia, pues deben evitarse aquellas acciones que puedan generar un daño físico o moral a las personas. Y tan maleficente será permitir al paciente con incapacidad natural que tome decisiones sanitarias que pueden producirle daño como impedir al paciente capaz que ejerza su autonomía para decidir. Existe además la obligación de beneficencia de optimar la participación del paciente incompetente en la toma de decisiones por todos los medios posibles, con el objeto de revertir, si es posible, esa situación de incapacidad natural, o de proporcionarle la información que pueda asumir aun teniendo dicha

incapacidad natural, a fin de que participe en la decisión en la medida de sus posibilidades.

Por último, también los códigos deontológicos profesionales vigentes en España hacen referencia a la obligación ética del profesional sanitario de tener en cuenta la competencia de los pacientes para decidir. ¿Cómo se evalúa la competencia de un paciente?

El problema de las disposiciones legales y deontológicas que anteriormente se han señalado es que implícitamente establecen el deber del profesional de valorar la capacidad del paciente (explícitamente la recién estrenada ley Catalana sobre los derechos de información), pero no dan orientaciones explícitas sobre la manera adecuada de hacer esto, y tampoco sobre el momento y forma en que su obligación excede sus atribuciones y deben intervenir otras instancias, por ejemplo, los jueces. Para nuestro ordenamiento, la capacidad de una persona se mide por dos criterios complementarios, uno cognitivo (entendimiento) y otro volitivo-afectivo (voluntad), pero en ningún lado se establece claramente cuándo se satisfacen en un grado adecuado (estándares) ni cómo se miden (protocolos), dejándose por tanto al juicio profesional de los peritos en estas cuestiones, médicos, psicólogos, cosa por otro lado coherente y comprensible desde el punto de vista del ordenamiento jurídico. El problema es que ni siquiera los especialistas del ámbito forense han desarrollado y consensuado un procedimiento estandarizado de evaluación de la capacidad. El resultado es que los profesionales que a diario, en los centros médicos de Salud, se ven obligados a valorar sin demora posible la competencia de sus pacientes, carecen de guías claras acerca de la manera para hacerlo adecuadamente. Tampoco los psiquiatras, a quienes cada vez con más frecuencia se reclama en nuestros centros médicos de Salud para hacer tal tipo de valoraciones, poseen un entrenamiento específico en esta materia, pues no es lo mismo un diagnóstico de enfermedad mental que una evaluación de la competencia para tomar decisiones sanitarias. Lo mismo puede decirse de los psicólogos clínicos.⁹

⁹ Rojo, S. A., El Consentimiento informado en el ejercicio de la Medicina, Ponencia al II Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid 1995.

Este mismo problema es el que se planteó en Estados Unidos a finales de los años setenta, cuando los médicos norteamericanos comenzaron a aplicar sistemáticamente en su práctica clínica la teoría del consentimiento informado. Por eso durante la década de los ochenta cobró enorme auge la investigación de los médicos, juristas y bioeticistas acerca de los criterios y estándares de análisis de la competencia o capacidad y, ya en los noventa, sobre los protocolos de evaluación en la práctica clínica.

Una cuestión sobre la que tampoco existe total claridad es sobre el papel que debe tener la familia del paciente en la evaluación de la capacidad. Parece lógico implicarla en la medida de lo posible, sobre todo porque la familia puede sufrir también las consecuencias de las decisiones medicas que, en función de esa determinación, se adopten. En este sentido, resulta fundamental contar con el familiar que vaya a actuar como representante del paciente, familiar que sería conveniente tener siempre identificado explícitamente.

Si existe desacuerdo entre familiares y profesionales sobre la capacidad del paciente, quizá haya que buscar instancias intermedias que puedan facilitar los acuerdos como el Comité Asistencial de Ética que, aún siendo consultivo, puede realizar una labor de mediación que facilite la deliberación ante un conflicto antes de tener que recurrir al Juez. Aún más difícil de afrontar será la situación en que es el propio paciente quien está en desacuerdo con ser considerado incapaz. Será preciso extremar la prudencia en los juicios y afinar al máximo las habilidades de comunicación y consenso. Obviamente si no se resuelve la situación no quedará más remedio que la consulta a la autoridad judicial.

CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento informado en el área clínica tiene que entenderse como la aceptación por parte de un enfermo competente de un procedimiento diagnóstico o terapéutico después de tener la información adecuada para implicarse libremente en la decisión clínica. Los requisitos básicos son: libertad, competencia e información suficiente. Por lo tanto, tiene que entenderse como fruto de la relación clínica, siempre basada en dos pilares insustituibles e

inconfundibles: la confianza y el proceso de información más o menos complejo. Tendría que favorecer la comprensión del procedimiento propuesto, decir en qué consiste, las alternativas posibles, la oportunidad y los resultados esperados (con beneficios, secuelas y riesgos), con el fin de llegar a una decisión, ya sea de elección, de aceptación o de rechazo.

El consentimiento informado en el área de la investigación clínica se refiere a que los investigadores deben proporcionar toda la información respecto del experimento o trabajo que van a realizar, indicando al presunto participante los efectos secundarios que pueden sufrir; además el partícipe tiene el derecho de retirarse de la misma, cuando lo considere conveniente.

RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MEDICO EN ECUADOR.

Si las profesiones de toga negra , abogados y otros protagonistas de la justicia y bata blanca médicos y otros cultores de la salud, han cursado su larga vida en relación estrecha, hoy tienen razones de comunicación más frecuentes, numerosas, inquietantes y en ocasiones conflictivas. El antiguo trato pericial y servicial, que hizo de la medicina, desde la perspectiva de los juristas, una disciplina auxiliar de la justicia, se ha visto profundamente alterado en el sentido de ampliado, modificado. Esto es fruto del desarrollo de la vida social, que trae novedades generales, y de la práctica profesional de la medicina más la investigación en torno a la salud y la vida, que acarrea variaciones específicas cuya consideración culmina, cada vez con mayor frecuencia, en la legislación, la jurisprudencia y las doctrinas jurídicas, nacionales e internacionales. Otro tanto sucede en las letras médicas, que también analizan desde su propia perspectiva el actual enlace entre el derecho y la medicina.¹⁰

En suma, si dondequiera las cosas ya no son como fueron, las modificaciones ocurridas en este ámbito tienen un alcance y un calibre tales que han determinado la modificación total del horizonte conocido, en un periodo relativamente breve. Y seguramente aportarán variaciones crecientes y exigentes en los años venideros, como efecto de un proceso de ondas,

¹⁰ Moreno, E., Fiscal de Pichincha. Unidad de Delitos contra la vida. Ministerio Publico del Ecuador.

acentuadas y aceleradas transformaciones a las que no escapa ningún extremo de la vida social, y menos todavía el ejercicio de las profesiones palanca de la vida moderna, en torno al cual se han acumulado las expectativas y las exigencias. Acumulación particularmente intensa en lo que atañe a los profesionales que tienen en sus manos el cuidado de bienes del más alto rango, como es el de la vida, que supera y condiciona a todos los restantes.

Cuando me ocupo en estos temas suelo recordar una aleccionadora experiencia de hace pocos años, en oportunidad de la ceremonia de graduación de nuevos profesionales en la Universidad de Guayaquil. Entre los flamantes egresados figuraban los médicos y los abogados. Valía preguntarse por el destino de estos profesionales en un país donde los títulos proliferan y cada año se suman legiones de practicantes de ambas carreras. El rector de la Universidad reconoció estas preocupaciones y adelantó la solución redentora. Los médicos dirán proveerán trabajo a los abogados. Ni aquéllos carecerán de pacientes, ni éstos de casos que atender a partir de la práctica de la medicina.

Atrás de estas expresiones del rector de la Universidad de Guayaquil, más o menos festivas y bien documentadas por la experiencia, existe la copiosa realidad ecuatoriana que los casos contenciosos derivados del ejercicio de la medicina y la investigación en salud son abundantes, y constituyen un dato central en la práctica de aquélla y una cifra mayor en el desempeño de la abogacía. Algo semejante acontece en otros países y pudiera suceder en el nuestro, donde ya se observan los signos de la transición.

En el origen de la diferente relación entre derecho y medicina hay diversos factores. Uno de ellos, entre los más destacados, es la también distinta relación entre el médico y el paciente, que sigue y refleja con naturalidad el cambio en ciertos paradigmas de la vida política y social. Pensemos en el tiempo y el camino que van del modelo de la subordinación o de la benevolencia, al modelo de la bilateralidad que proviene de sucesivas insurgencias políticas y sociales cuya manifestación puntual es, en síntesis, el derrumbe del autoritarismo lo mismo el imperioso que el paternal y el surgimiento de la exigencia, fundada en la razón y en el derecho, que distingue al antiguo súbdito

del actual ciudadano. Desde luego, este es un tránsito en curso: el camino no se ha agotado, pero todo hace suponer que lo seguiremos recorriendo y que los viejos tiempos no volverán.

Si así ha ocurrido en el espacio de las relaciones políticas, laborales, familiares, culturales, también ha acontecido en el campo de la salud, animado por las mismas urgencias y provisto de los mismos resultados. La antigua y desfalleciente relación entre el facultativo y el paciente, casi familiar y frecuentemente amistosa, se ha visto desplazada por la medicina institucional y la atención masiva. Va quedando atrás la beneficencia a favor de la autonomía. A partir de ahí se hilan los hechos, los problemas y las soluciones, y desde ese punto se reconstruye el trato entre medicina y derecho, médicos y abogados.

Ahora el bien salud es el dato central de un derecho humano, y el motor de las obligaciones públicas y privadas de quienes tienen a su cargo preservar ese bien y amparar el bienestar de sus titulares, que somos todos. Aún se concibe el "derecho a la protección de la salud", algo diferente de un imposible "derecho a la salud", como un derecho de realización progresiva, tomando en cuenta los elementos que le confieren eficacia. Pero también se insiste, y este es un dato inherente a la teoría de la progresividad de los derechos humanos de segunda generación, en que el orden político y el sistema jurídico deben usar los recursos y tomar las providencias a su alcance, todas ellas, no apenas las cómodas y sencillas, para acercar sin demora la fecha y la circunstancia en que concluya la espera y se disfrute en plenitud el derecho.

No omitiré mencionar la aparición de nuevos obstáculos y tentaciones regresivas en este campo, como en otros, derivadas de la crisis del Estado de bienestar, tema que se debe seguir examinando con dedicación, porque de él depende que adquieran verdadero sentido, para millones de seres humanos en situación comprometida, las promesas del presente y los cumplimientos del futuro. Sucede que los problemas que trae consigo el financiamiento de la salud se ven extremados por las variaciones en el perfil de las enfermedades y la elevación en la expectativa de vida.

Paradójicamente, los éxitos de la ciencia y la medicina siembran de escollos la aplicación de ésta a sus destinatarios naturales, al menos en las condiciones que todos esperaban cuando se hallaba más alta la cresta de la ola en la doctrina del bienestar provisto con la mano visible del Estado, ya no con la invisible del mercado.

EL IMPREVISTO MEDICO¹¹

El art. 30 del Código Civil Ecuatoriano define a la fuerza mayor o caso fortuito como el imprevisto a que no es posible resistir. Es indudable que nadie debe responder como consecuencia de un resultado dañoso ocurrido por caso fortuito; sin embargo, debemos hacer ciertas puntualizaciones:

La definición del caso fortuito del código civil nos da dos elementos de juicio para establecer qué es caso fortuito o fuerza mayor.

Dice primero que se trata de un imprevisto, es decir, un suceso que no se ha representado el deudor.

Sin embargo nosotros debemos hilar más fino, puesto que en materia médica no sólo se requiere que ese suceso no se haya previsto, sino que de acuerdo a los avances de la ciencia, la “*lex artis*” y el estándar de atención médica, éste no haya sido posible de prever en condiciones normales, pues el médico tiene la obligación de prever todas las circunstancias peligrosas que fueren posibles en su situación.

Si el médico estuvo en condiciones de conocer tales factores, por el estado de la ciencia médica, y si pudo, empleando la debida diligencia, advertir el estado de salud preexistente o concomitante anticipando los efectos sobrevivientes, su responsabilidad es inexcusable.

Claro que si el médico afirma que usó de toda la diligencia necesaria para prever cualquier riesgo, por prudencia, deberá probar que lo hizo; en la medicina existen algunos pasos que se deben dar, de los que ya hablamos con anterioridad, como exámenes, interconsultas, el uso de las estadísticas puede

¹¹ Art.30 Código Civil Ecuatoriano.
Acosta Ramírez, p.403

ayudar aclarar la mente en este punto, a asegurarse de que no vayan a faltar herramientas ni sustancias necesarias, etc.

Luego el código señala que debe ser imposible de resistir; es decir, no sólo debemos conformarnos con que aquel acontecimiento haya sido imprevisto e imposible de prever, sino que además no haya estado el médico en la posibilidad de resistirlo, aún usando todos los medios que por el uso de suficiente diligencia tenía a su alcance, en consideración a la situación en que se encontraba, el medio y las herramientas que tenía a su disposición para poder tratar de *resistirlo*.

Entonces, puesto que alega el caso fortuito como excepción, el médico deberá proveer al juez de prueba que demuestre que usó de la suficiente diligencia en sus esfuerzos por preverlo y que además usó de suficiente diligencia para impedir sus efectos.

Se ha hablado de dos de los elementos del caso fortuito o casus, sin embargo, creemos que debemos mencionar que existe otro elemento adicional que es la imputabilidad¹². “La doctrina está acorde en que los elementos que configuran al caso fortuito son: i) La inimputabilidad; ii) La imprevisión, y iii) La irresistibilidad”; es decir, que el caso fortuito no sea imputable a las partes.

Una vez probada la imposibilidad de prever el daño y la imposibilidad de preverlo, será menester establecer claramente que esta imposibilidad de prever y/o de impedir no se debió a una acción u omisión del médico. Por ejemplo, si el médico no continuó actualizándose en sus conocimientos, o si la imposibilidad de resistir el daño se debió a que el profesional no tenía reflejos por haber estado en una fiesta la noche anterior; en estos casos se pone en tela de juicio la teoría del caso fortuito como fundamento de la defensa del médico.

Claro está que si no se puede establecer imputabilidad alguna al médico, el juez deberá pronunciarse a su favor.

¹² Acosta Ramírez., p.354

Ahora, no siempre es claro si esta imputabilidad existe o no, y para ello el juez deberá utilizar su cordura, pues sería un monumento a la injusticia pretender establecer todas las posibles medidas que un médico de la Capital de la República especializado en una universidad extranjera que tiene a su alcance una serie de seminarios importantísimos habría tomado y pretender aplicárselas al médico de una localidad rural de nuestra Amazonía, quien si bien está en la obligación de estar lo suficientemente capacitado, por obvias razones su capacitación normalmente distará de la capacitación y destrezas de aquel.

De la misma manera, no se podrá pretender encontrar las medidas que debió tomar un médico, aún las más favorables condiciones al calor de la oficina del abogado defensor con la cabeza fría y con los textos de medicina y los programas de software a la mano, cuando nosotros sabemos que las condiciones de estar viviendo estas situaciones son diferentes y por lo general no permitirán establecer los complicados razonamientos que se harán en el aula de clases en la universidad.

Tampoco deberá el juez aceptar razonamientos sobre temas que están en discusión o temas sobre los que no se tiene una idea clara. “La responsabilidad no comienza sino allí donde cesan las discusiones científicas”¹³.

Retomando el tema de la redacción de las autorizaciones de cirugía y tratamientos críticos, y de las exoneraciones de responsabilidad, a pesar de no ser necesario expresarlo, podrá eximirse el médico del caso fortuito, según ha sido tratado en este punto.

Datos recientes del Instituto de Medicina de la Academia Nacional de Ciencias de los Estados Unidos señalan que alrededor de 98,000 pacientes pierden la vida cada año en hospitales de ese país como consecuencia de errores médicos. Investigadores de Harvard mencionan, con respecto a una muestra representativa de personas tratadas en hospitales de Nueva York, que el 1% sufrió lesiones como resultado de negligencia médica y la cuarta parte de este

¹³ Achával; p.68.

número perdió la vida por el mismo motivo. Las cifras serían: 234,000 lesionados y 80,000 fallecidos. Según la National Association of Insurance Commissioners, los costos por seguro vinculado a la mala práctica médica han crecido en 52 por ciento desde 1987. Las demandas por este concepto fueron 90,212 en 1995; 84,741 en 1996; 85,613 en 1997; 86,212 en 1998; 89,311 en 1999, y 86,480 en 2000. Si queremos aliviar un poco esta información concentrada en el desempeño médico, traigamos a colación algunas correspondencias en la práctica de la abogacía en los Estados Unidos: En el 2004 hubo más de 35,000 demandas en contra de abogados que contaban con seguros por mala práctica legal; 12,000 demandas tuvieron éxito.

En México, el panorama de esta materia se halla en claroscuro, como el de tantas otras. Pero no está en la postración o en el olvido, como lo estuvo. Esto es más que algo: Es mucho. La protección de la salud quedó incorporada en la norma constitucional a título de garantía social, como se dijo en el proceso de reforma al artículo 4, que se ha procurado fincar en el enorme esfuerzo sanitario realizado por sucesivas generaciones de mexicanos, autores de la construcción del país a lo largo de los años transcurridos desde la Revolución mexicana hasta nuestros días. Hay un sistema de salud; operan importantes instituciones de esta competencia; ha crecido el régimen de seguridad social; ha mejorado la formación de profesionales y auxiliares; se ha desarrollado la investigación.

Nadie podría decir, sin embargo, que los objetivos acariciados en el artículo 4o. y anunciados en las proclamas políticas de buena fe han sido puntualmente alcanzados. Las actuales circunstancias de crecimiento demográfico, escasa generación de empleos, insatisfacción salarial, retroceso de las clases medias, entre otros datos que proclama la realidad, contribuyen a agravar la presión sobre los servicios médicos y a generar conflictos de diverso signo. La Comisión Nacional de Arbitraje Médico pondera la influencia que han tenido en nuevos esquemas de atención médica "el acceso limitado (a los servicios de salud), la distribución no equitativa de los recursos, el aumento en la demanda y el encarecimiento desmedido de la medicina a la par de la llamada crisis de la seguridad social".

Todo esto suscita problemas, aunque no se desconozca y sería injusto desconocerlo que el número de éstos debe ser apreciado dentro del marco general del sistema de salud, que en los términos de la información aportada por la secretaría del ramo, "otorga cada día un millón 221 consultas, da de alta a 21 mil 500 pacientes hospitalizados y realiza 18 mil intervenciones quirúrgicas". Ciertamente, es gigantesco el universo de los actos médicos. En él, no al margen, hay que apreciar los números gruesos de errores y conflictos, sin que por ello ignoremos la entidad específica de cada uno de éstos y los daños particulares que provocan, sin justificación alguna.

Hace tres lustros, cuando se fundó la Comisión Nacional de Derechos Humanos para frenar los desmanes de ciertos servidores de la procuración de justicia, aunque esa Comisión recibiera, por supuesto, atribuciones formales de mayor alcance, eran infrecuentes las quejas vinculadas con los servicios médicos públicos. En cambio, menudeaban las relacionadas con tortura, privación ilegal y arbitraria de la libertad, allanamientos ilícitos, y así sucesivamente. Esto no ha desaparecido, aunque quizás ha amainado. En cambio, en la estadística de la Comisión ha surgido una tipología diferente de violaciones, sea porque hay más hechos de este nuevo carácter, sea porque la conciencia del derecho mueve a los agraviados a formular denuncias que anteriormente no se presentaban.

En el 2004, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos formuló 92 recomendaciones. De estas, 19 se dirigieron a funcionarios de lo que denominamos el "sector salud" de la administración pública. Es decir, el 20 por ciento de las quejas, que no es un número deleznable, tienen que ver en esencia con la afectación del derecho a la protección de la salud anunciado en el artículo 4o. constitucional. La experiencia de las comisiones locales no se halla lejos de la nacional. En uno, que corresponde a la recomendación 2/2005, el paciente sufrió la amputación de cuatro dedos de las manos como resultado de la inadmisibles negligencia que hubo en su atención médica; en otro, que dio lugar a la recomendación 3/2005, el manifiesto error de tratamiento costó la vida del paciente. Son botones de muestra, que no agotan el catálogo.

En México hasta hace relativamente poco tiempo el estudio de la responsabilidad legal profesional del médico no ocupaba la atención de los juristas. Tampoco atareaba fuertemente a los tribunales y a las procuradurías de justicia. Las cosas cambiaron en el curso de una década, aproximadamente. Ya me referí a algunos factores de ese cambio. En él apareció la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y surgió un torrente de reflexiones orientadas a través de congresos, conferencias, coloquios, seminarios, simposios, algunos de los cuales tuvieron como sede al Instituto de Investigaciones Jurídicas. Entre los aciertos de éste, se halla el establecimiento del núcleo o programa sobre salud y derecho, dotado de autonomía con respecto a nuestras áreas tradicionales de investigación académica.

En el 47.7% (135 casos) prácticamente la mitad de los casos: no existió falta médica alguna por parte del médico actuante. En la quinta parte (el 20.84% con 59 casos) no se pudo dictaminar por falta de elementos, y en cerca de la tercera parte restante (31.44% con 89 casos), se dictaminó que sí existió algún tipo de falta médica (negligencia o impericia).¹⁴

En una sección de conclusiones específicas, derivadas de esta investigación, se advierte sobre los problemas de comunicación en la relación médico paciente y acerca de la negligencia, "la falta médica más frecuente en que incurre el médico", escribe la investigadora, que en la mayoría de los casos produce la muerte de los pacientes¹⁵.

La declinante prueba confesional y la discutible prueba testimonial no bastarían como tampoco la prueba documental, no siempre accesible, si no se contara con la luz que suministra el perito, tanto para el conocimiento inmediato de los hechos y la apreciación de sus características, como para la valoración de los medios de prueba con los que se pretende formar la convicción, a menudo elusiva, de quien habrá de resolver en definitiva. Es verdad que el perito no posee la capacidad de decidir, salvo cuando interviene en el propio tribunal, a

¹⁴ Placarte, R., Recomendación de la CONAMEC. Rev. México. Volumen 7, núm. 4. Enero . MAZRO 2003.

Utilización inadecuada de los servicios de urgencias hospitalarias. Oterino, D, Pereiro. Pág. 361 – 370.
¹⁵

título de escabino profesional, y debe limitarse a opinar, pero no es menos cierto que esta opinión pesará con fuerza en la conciencia del juzgador, a tal punto que tras el "perito de peritos"¹⁶, como se califica al titular de la jurisdicción, con más acierto formal que material, operará el experto sustraído de la deliberación pero no de la determinación.

Analizaremos acerca del expediente clínico, que constituye una pieza maestra del tratamiento médico y un instrumento *sine qua non*, o casi para la definición de la responsabilidad en que pudiera incurrir el practicante de la medicina, he procurado destacar dos datos del desempeño profesional que gravitan sobre aquélla: Las normas éticas, que en el ejercicio de la medicina tienen un doble valor explícito: Ético y jurídico y la *lex artis* que nutre el deber de cuidado.

El expediente clínico ilustra sobre el cumplimiento ético y la observancia del cuidado; además, da noticia acerca de otro extremo fundamental: el conocimiento informado. De ahí la extraordinaria relevancia, proyectada hacia todos los espacios de la atención médica, externo o institucional, general o especializada, clínica o quirúrgica. No sé si exista, pero ojalá la hubiera alguna investigación confiable acerca del grado de cumplimiento real que recibe esta regla, que no es una mera recomendación.

Difícilmente se podría abordar la responsabilidad del profesional de la medicina, entrañada en las cuestiones de la vida y la salud, sin colocar el marco en el que aquélla se mueve: Un marco en el que concurren ética y biología, valores éticos y hechos biológicos, cuyo destino separado, y peor todavía divergente o discrepante, sería ominoso para el porvenir de nuestra especie.

La necesidad de reaccionar adecuadamente, es decir, racionalmente, frente a la infracción. De ahí las categorías de responsabilidad: Civil, Penal, Administrativa, Laboral, con sus correspondientes sanciones o medidas que han sido acogidas en una extensa serie de ordenamientos

¹⁶ Jara, R. Muñoz, G. Prueba piloto sobre consentimiento informado. Ecuador 2005.

La atención médica a testigos de Jehová, que invita a pensar en otros casos de tensión o colisión entre valores y bienes, culturas y derechos, cada uno con sus propias modalidades y fenomenología y el examen histórico, normativo y práctico de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico. En lo que respecta a esta última, que constituye el instrumento más reciente para la atención de problemas en el ámbito de la responsabilidad profesional médica, la obra que ahora comento llega a conclusiones positivas. Su impacto en la actividad del médico, así como en las tareas de las procuradurías de justicia y los tribunales "ha sido trascendental en forma favorable"

"Ciertamente, ningún profesional maneja valores más preciados que el médico, y ninguno llega a tener mayor influencia en la vida de sus semejantes. Por ello es tan importante hacer hincapié en lo que es y lo que debiera ser la práctica médica". Y se hace necesario mencionar el célebre juramento hipocrático que reiteran.

Tomar conciencia de esos valores humanos que el médico y los profesionales de la salud deben tener y aplicar en la práctica de su profesión, constituye un paso fundamental hacia la realización de una verdadera medicina practicada con vocación, con amor, con sabiduría, con responsabilidad y con el profundo deseo de ayudar al ser humano en su vida y salud, en la enfermedad, en el sufrimiento¹⁷

Nuestro ordenamiento jurídico

Dado al papel tan importante que juega un profesional de esta clase dentro de la sociedad, se ha considerado necesario regular su ejercicio, que como hemos visto, involucra la más grande de las responsabilidades, sin desmerecer obviamente a las otras profesiones.

Es así que, para ello nuestro ordenamiento jurídico contempla las siguientes regulaciones principales:

¹⁷ Cechetto, S. Decisiones medicas y participación Familiar. Los rumbos del Consentimiento informado.

Constitución de la República del Ecuador¹⁸

- Dentro del capítulo de los derechos civiles, en el Art. 23 numeral 20, dice que el Estado reconocerá y garantizará a las personas el derecho a una calidad de vida que asegure la salud.
- En el Art. 35 numeral 10, sobre el derecho de trabajo, prohíbe la paralización a cualquier título, la paralización de servicios públicos entre los que está la salud.
- En el capítulo de los derechos económicos, sociales y culturales, encontramos reconocido en la sección cuarta, al derecho de salud, Arts. 42 al 46, donde se establece la forma en la que el estado garantizará dicho derecho.

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

En el Art. 25 manifiesta que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar.

En cuanto a los profesionales de la salud, los Arts. 174 y 175 señalan los requisitos que deben cumplir para poder ejercer legalmente su profesión: haber obtenido el título correspondiente, otorgado o revalidado por las universidades del país e inscritos en el Registro de la Dirección Nacional de Salud, y anotados en la jefatura Provincial de la circunscripción territorial en la cual ejerza su profesión. Para obtener la inscripción, los médicos cirujanos, odontólogos, obstétricas y enfermeras deben realizar un año de medicina rural en los lugares a que fueren destinados por la autoridad de salud.

- El Art. 82, contempla que el profesional que ampara con su título o que con su firma el ejercicio de las profesiones médicas, así como las afines y conexas, a personas no autorizadas, será sancionado con la suspensión del ejercicio profesional, hasta por un año, según la gravedad de la falta, a juicio de la autoridad de salud.

¹⁸ Art. 23 numeral 20; Art.35 numeral 10 y Arts. 42 al 46 de la Constitución de la Republica del Ecuador Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Ley de Federación Médica de 1979 y reformada en 1989

- El Art. 34 va de la mano con los Arts. 174 y 175 ibídem, sobre la necesidad de título profesional registrado e inscrito.¹⁹
- El Art. 46 expresa sobre la obligación de inscribir en los registros de la Federación, los títulos para ejercer cargos en entidades de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública.

Código Penal

- El Art. 436 del capítulo de los delitos contra la salud pública, hace referencia a médicos, boticarios o cualquier persona que, por falta de precaución o de cuidado, recetaren, despacharen o suministraren medicamentos que comprometan la salud, serán penados con prisión de seis meses a un año; si causaron alguna enfermedad, la pena aumenta de uno a tres años y si causaron la muerte será la prisión de tres a cinco años.
- En tanto que el Art. 437 por su parte expresa que el médico que preste su nombre a quien no tenga título para ejercer su profesión, será reprimido con prisión de un mes a un año, más una multa.

Consecuentemente, podemos darnos cuenta que todos los profesionales de la salud en sí, dentro de los cuales se encuentran no sólo los médicos cirujanos como se cree, sino también los odontólogos, las obstétricas y las enfermeras, asumen la gran responsabilidad de hacer efectivo el derecho a la salud de los ciudadanos, que menciona nuestra legislación, la cual como hemos visto, además de garantizar este derecho, vigila la actuación de sus profesionales.

Procedimiento de juzgamiento y sanción de infracciones

El Código de la Salud es el principal cuerpo normativo que regula el ejercicio de las profesiones médicas, afines y conexas, y al ser éste una ley especial, la autoridad competente para juzgar las infracciones que se cometan en esta área

¹⁹ Art. 34, 46, 174 y 175 de la Ley de Federación Médica.

serán en su orden: Comisarios, Jefes Provinciales, Directores Regionales, Subdirector Nacional, Director Nacional y Ministro de Salud.

El momento en que se cometa alguna infracción penada por el Código de la Salud, el lesionado deberá presentar una denuncia ante el Comisario de la Salud, quien dictará un auto inicial que contendrá la relación circunstanciada de los hechos, la forma en la que llegaron a su conocimiento, las órdenes de citar al denunciado, de agregar la denuncia al expediente y de practicar diligencias si fuere necesario, señalará un día y hora para la audiencia de juzgamiento y designará al secretario que actuará.

Con este auto se le citará personalmente al denunciado o indiciado en su domicilio, en caso de no ser encontrado, se dejará la boleta a uno de sus familiares y si tampoco hubieren éstos, a uno de los vecinos cercanos y conocidos.

El día de la audiencia se le oirá al denunciado, por sí o por su abogado y se recibirán y agregarán todas las pruebas que presente, dejando constancia de ello en el Acta²⁰; el denunciado puede solicitar que se abra la prueba por seis días hábiles, si no se solicita tal cosa y si el comisario tampoco pide de oficio la realización de diligencias probatorias, dictará la resolución correspondiente, resolución que en caso de haberse abierto término de prueba, tendrá previo informe sobre la infracción cometida del Jefe del Servicio de Salud. Las resoluciones del Comisario de Salud podrán ser apeladas ante el Ministerio de Salud Pública, dentro de los tres días de su notificación.

Sin embargo, vale mencionar que por su carácter de antiguo, el Código de la Salud está próximo a reformarse, pues existe un Proyecto en el H. Asamblea Nacional que pretende ponerlo acorde a la realidad actual, y según el cual además de contemplar los requisitos para llegar a ser un profesional de esta rama, expresa que, la Autoridad Sanitaria será a quien le corresponda la investigación y sanción de la práctica ilegal y la negligencia en el ejercicio de las profesiones de la salud, sin perjuicio de la justicia ordinaria cuando corresponda (Art.187).

²⁰ Art.436 y 437 del Código Penal Ecuatoriano vigente.

Para conocer, juzgar e imponer sanciones referentes a la rama, se reconocerán como autoridades al Ministro de Salud, Director General, Directores Provinciales y Comisarios de Salud, quienes podrán actuar en base a una denuncia o de oficio, pero si constituye delito, remitirán la investigación a la autoridad competente que será el Fiscal o Juez de lo penal. Toda infracción sancionada por el Código de Salud y sus reglamentos, será sin perjuicio a sanciones civiles, administrativas o penales a que de lugar.

El procedimiento es similar al del código actual y les corresponderá conocer, juzgar y sancionar de acuerdo a su competencia en primera instancia a:

- Comisario de Salud: infracciones que serán penadas con multas desde 72 dólares hasta 14362 (calculadas en base a remuneraciones básicas mínimas unificadas del trabajador en general que para el tiempo de presentación del proyecto estaba en 143,62 dólares y actualmente se subió a 218 dólares con efecto retroactivo desde enero del 2005), clausuras temporales o definitivas y decomiso, dependiendo cada caso.
- Director Provincial de Salud: infracciones sancionadas con multas desde 1436 dólares hasta 143.632 dólares (de igual forma habría que tomar en cuenta que hoy la remuneración mínima es de 218 dólares), decomisos y clausuras.
- Director General de Salud: infracciones penadas con multa desde \$1436 dólares hasta \$1436 dólares, clausuras temporales o definitivas y suspensión del ejercicio profesional.
- Ministro de Salud Pública: para apelación de última instancia.

La queja ante la Defensoría del Pueblo

Adicionalmente a las reclamaciones mencionadas ante las diversas autoridades de salud, puede presentarse una queja ante la Defensoría del Pueblo, para que investigue sobre la violación del derecho fundamental, cuando estén involucrados particulares que prestan el servicio público de salud. Dicha queja deberá contener:

- Nombres y apellidos del quejoso y de la persona contra la cual se formula la queja.
- En caso de representación de una comunidad o grupo de personas, el quejoso acompañará la constancia escrita de su delegación para este efecto.
- Las circunstancias en las cuales se produjo la violación o inobservancia del derecho (lugar, fecha y autoridad o persona particular responsable) cuya tutela se reclama.
- El domicilio del quejoso y de la persona presuntamente responsable.
- La medida reparatoria que se pretenda.
- Las pruebas documentales y testimoniales que fundamenten la queja.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que dicho organismo no tiene poder coercitivo, no dicta sentencias, ni impone sanciones sino que puede promover o patrocinar la acción de amparo, defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza, como es la salud, y observar la calidad de los servicios de salud públicos.

Concluyendo, puedo manifestar que el conocimiento y comprensión de los derechos que gozamos y las leyes que nos protegen a todas las personas, ayuda a evitar su atropello, ya que, la falta de información es una de las razones para la violación; y este desconocimiento no viene solo por parte del paciente sino lo que es más grave, por parte del profesional de la salud, ya que, desde sus inicios no se les instruye sobre la legislación que regula el ejercicio de su actividad ni tampoco sobre las consecuencias que ciertos actos podrían acarrear, consecuencias que pueden ir desde una amonestación, multa o suspensión del ejercicio de la profesión hasta la privación de la libertad. Lamentablemente, al parecer, nos hemos olvidado de uno de los efectos de la ley sobre el hecho de que su ignorancia no excusa a persona alguna.

Base legal en Ecuador

En nuestro país la Constitución de la República del Ecuador, no hace una referencia específica al Consentimiento Informado, pero en la Ley Orgánica de la Salud, y en el Código de Ética Médica del Ecuador, se detalla en forma clara sobre el consentimiento informado.

La Ley Orgánica de la Salud dice: “Art. 7.- Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos: 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;”

El Código de Ética Médica del Ecuador²¹ dice lo siguiente: "Art. 6.- El Médico desde que es llamado para atender a un enfermo, se hace responsable de proporcionarle todos los cuidados médicos necesarios para que recupere su salud. Su responsabilidad mayor será la conservación de la vida del enfermo". Y Art. 15.- El Médico no hará ninguna intervención quirúrgica sin previa autorización del enfermo, y si éste no pudiera dárla recurrirá a su representante o a un miembro de la familia, salvo que esté de por medio la vida del paciente a corto plazo. En todos los casos la autorización incluirá el tipo de intervención, los riesgos y las posibles complicaciones. Art. 16.- Igualmente, los casos que sean sometidos a procedimientos de diagnóstico o de terapéutica que signifiquen riesgo, a juicio del médico tratante, deben tener la autorización del paciente, de su representante o de sus familiares. También lo hará en caso de usar técnicas

²¹ Art. 6, 15 y 16 del Código de Ética Médica del Ecuador.

o drogas nuevas a falta de otros recursos debidamente probados como medios terapéuticos y salvaguardando la vida e integridad del paciente.”

El consentimiento Informado en Clínica

El consentimiento informado²² en el área clínica, tiene que entenderse como la aceptación por parte de un enfermo competente de un procedimiento diagnóstico o terapéutico después de tener la información adecuada para implicarse libremente en la decisión clínica.

El principio de autonomía es el fundamento del consentimiento informado que tiene gran importancia en la praxis médica actual. El médico tiene la obligación de informar al paciente de una forma adecuada e inteligible de los potenciales riesgos y beneficios de los tratamientos que se va a efectuar y de los exámenes auxiliares de diagnóstico que va a utilizar.

El uso adecuado de este principio previene o disminuye la posibilidad de errores, negligencia y coerción, promueve en el médico su autocrítica. Pero su principal propósito es establecer la autonomía del paciente, promover su derecho a la autodeterminación y proteger su condición como un ser humano que se respeta a sí mismo.

El propósito del consentimiento informado es habilitar al paciente para considerar, de forma equilibrada, los beneficios y las desventajas del tratamiento médico propuesto, con el fin de que el paciente tome una decisión racional al aceptar o rechazar dicho tratamiento.

El consentimiento Informado en Investigación:

En relación al consentimiento informado en la regulación de los ensayos clínicos surge de la necesidad de conciliar los diferentes derechos que puedan entrar en colisión. En efecto, con el fin de que la ciencia pueda avanzar y de

²² Manrique, J. L.; Consentimiento informado. San Martín - Argentina 2007.

que puedan encontrarse nuevos remedios a las enfermedades, hay que investigar; pero eso no puede ir en contra de los derechos de las personas.

Antes de otorgar el consentimiento, el sujeto sometido a ensayo tiene que haber sido informado de forma exhaustiva por el profesional sanitario que lleva a cabo la investigación sobre la naturaleza, la importancia, el alcance y los riesgos del ensayo. El profesional que da la información tiene que asegurarse de que esta información es entendida por el sujeto. La persona que participa en el ensayo puede, en cualquier momento, revocar su consentimiento sin tener que explicitar la causa.

En los estudios que impliquen la recogida de muestras para el análisis genético, estas pueden hacerse sólo si los participantes otorgan su consentimiento después de recibir información apropiada. En caso que el estudio esté incluido en un proyecto que tenga objetivos más amplios tiene que haber un consentimiento a parte para el estudio genético y la obtención de muestras orgánicas. Hay que prever que se darán a conocer los resultados de la investigación a los participantes en caso de ser relevantes para su salud o la de su descendencia. En cualquier caso, los participantes tendrán que ser informados de las implicaciones de una eventual renuncia a conocer información sobre sus rasgos genéticos.

Requisitos

Como requisitos del consentimiento informado, se deben cumplir por lo menos los siguientes:

Voluntariedad: Los sujetos deben decidir libremente someterse a un tratamiento o participar en un estudio sin que haya persuasión, manipulación ni coerción. El carácter voluntario del consentimiento es vulnerado cuando es solicitado por personas en posición de autoridad o no se ofrece un tiempo suficiente al paciente para reflexionar, consultar o decidir.

Información: Debe ser comprensible y debe incluir el objetivo del tratamiento o del estudio, su procedimiento, los beneficios y riesgos potenciales y la

posibilidad de rechazar el tratamiento o estudio una vez iniciado en cualquier momento, sin que ello le pueda perjudicar en otros tratamientos. El intercambio comunicativo entre ambos (profesional – paciente), basado en la confianza, ampliará las posibilidades de comprensión de los resultados del tratamiento por parte del paciente.

Comprensión: Es la capacidad de comprender que tiene el paciente que recibe la información.

Mala práctica Médica” vs Control de Calidad

El término “Mala Práctica Médica”, ha sido acuñado en español en base al término utilizado en inglés: “Mal practice”, que a su vez utiliza un “españolismo” con la palabra “mal” y del inglés “practice” que significa “práctica” se lo usa indiscriminadamente para referirse a cualquier daño o agravamiento de la salud de un paciente y, que criterio de los familiares, de un abogado o del propio paciente se supone causada por un error, deficiencia o negligencia del médico que atendió el caso.

Alcance:

De entrada debemos admitir que esta definición es un error que conlleva una gran injusticia, ya que un resultado desfavorable en la evolución de un tratamiento médico no puede ser atribuido exclusivamente al médico, pues, como veremos a continuación hay un sinnúmero de factores involucrados en la atención médica.

Causas:

La alteración de la salud de un paciente, en parámetros fuera de lo esperado por las normas médicas, tiene múltiples causas, debidas a múltiples factores dependientes del criterio, preparación o error del personal, o de factores relacionados con el entorno que rodea a la atención médica. Se consideran por ejemplo las siguientes:

- Deficiencias del servicio en personal, normas de atención, equipamiento, etc., que pueden impedir un buen manejo del caso por parte del profesional o que pueden ocasionar complicaciones, como es el caso de las “infecciones nosocomiales”.
- “Latrogenia” que abarca las interacciones y efectos secundarios de los medicamentos o procedimientos que, dada la naturaleza del organismo humano y, a pesar de los controles nacionales e internacionales, no pueden ser controlados totalmente y, es un riesgo inherente que el médico debe evaluarlo en función de lo conocido como “costo/beneficio”.
- Otras complicaciones del tratamiento fuera de la acción profesional, por ejemplo intervención de familiares o amigos que lo visitan.
- Insatisfacción del/a paciente con sus expectativas sobre la recuperación de su salud, que en ocasiones, hay que reconocerlo, puede deberse a una mala información del profesional al asumir el tratamiento del caso (ejemplo cirugía plástica y estética).
- Resultado adverso del tratamiento fuera de las expectativas normativas, por efecto de las reglas que regulan la atención médica y que está dentro de los parámetros estadísticos y que debe ser conocido por el/la paciente, antes de programar un procedimiento o intervención.
- Error médico que puede ser:
 - Involuntario
 - Por falta de preparación y/o especialización.
 - Negligencia médica en el cumplimiento de sus deberes profesionales
 - Acción dolosa (acto criminal voluntario)
- Agravamiento y sobredimensión de los factores anteriores por intereses mezquinos de tipo económico (de pacientes y abogados inescrupulosos) o de “dramatización” exagerada de los medios de comunicación, con fines de atraer la atención de los lectores o audiencia de sus programas y,
- Finalmente la falta de ética médica al referirse a sus colegas con el afán de lograr mayor credibilidad o incrementar sus pacientes.

Consentimiento Informado (CI) "Consiste en la explicación a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación antes de ser sometidos a procedimientos. "2. Su concepto fue utilizado como tal por primera vez en la "legislación de 1957, como un recurso judicial en California USA. Varias sentencias posteriores hicieron que el CI se convierta en un derecho de los pacientes y un deber de los médicos".

CI, en los hospitales públicos, la mayoría de las veces este procedimiento²³ se realiza como un trámite más de la atención, por medio de la firma de documentos estándares o en blanco, por parte de los cirujanos pero nunca ejercitado por parte de los anestesiólogos, sin entregar previamente y en forma clara la información necesaria para que las personas decidan sobre su salud. Hecho incontrovertible, el CI es ajeno a la tradición médica clásica, nunca se ha consensuado su aplicación a lo largo de la historia ecuatoriana, especialmente en las entidades públicas, pese a que en la actualidad constituye un puntal esencial de la relación médico-paciente y su aplicación en nuestras leyes "redundará en una significativa mejora de la calidad asistencial". Sus factores condicionantes para el cabal cumplimiento del CI son: ausencia de coerción o engaño, capacidad mental, claridad y autonomía del sujeto consultado para tomar decisiones. Sus fundamentos se basan en los: Fundamentos éticos, médicos, legales y fundamentos y

Fundamentos éticos.- Constituidos por principios como: Principio de no maleficencia, la obligación de optar por conductas encaminadas a lograr el alivio del paciente, expresa el principio de beneficencia. El "principio de autonomía reconoce la individualidad del paciente, de su unicidad como persona, de su alteridad." Principio de justicia fundamenta la pretensión de que se brinden a todos los individuos las mismas oportunidades de lograr la atención médica que necesiten. La concepción clásica al respecto se refiere a dar a cada uno lo suyo. Decidir consiste en optar por un camino en condiciones

²³ Técnicas cualitativas en investigación 2001

de incertidumbre, las acciones diagnósticas y terapéuticas constituyen decisiones.

Fundamentos médicos.- "En la consulta médica se establece una relación interpersonal íntima, directa, inmediata y única entre dos seres humanos en trance, uno de enfermedad y el otro de prueba y deseo de servir. ***El tiempo insumido por la tarea constituye una inversión redituable para el médico, el paciente y su familia.***" Actualmente el aumento de los juicios a mansalva en contra de los médicos constituye una preocupación universal, acompañándose de pena y daños económicos sustanciosos para los médicos. "La escasa relación entre médicos y pacientes, el trabajo a destajo, el desmerecimiento del interrogatorio y el examen clínico en favor de la tecnología, subsumidos en los cambios societarios descritos, subrayan a nivel universal, la necesidad de recuperar la relación del médico con su paciente, Los juicios por mala práctica están causados tanto por negligencias percibidas como por negligencias supuestas."

Fundamentos legales.- Principio de libertad es trascendente respecto de la formación del contrato. Se reconocen desde el punto de vista legal dos tipos de consentimiento: tácito, cuando resulta de hechos o de actos que lo presupongan, tal como la aceptación de la continuación de la intervención del médico que asiste en una emergencia al paciente y el expreso, cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos, como la concurrencia al consultorio o el llamado al médico.

El consentimiento del paciente integra el ***acuerdo de voluntades*** y cabe al médico respetar la voluntad del paciente, excepto en condiciones extremas, donde esté en juego la vida de aquél y no pueda dilatarse la decisión; en tales casos, el médico puede proceder aún en contra de la voluntad del paciente y/o de su familia, pues de otro modo se violarían los deberes médicos y se estaría aceptando de modo indirecto e impasiblemente una muerte o suicidio.

Fundamentos y opiniones doctrinarias.- Abonan a favor de la aplicación del CI opiniones de juristas argentinos y algunos fallos recientes. Opinión de Alberto Bueres "en principio, el médico no puede efectuar ningún tipo de

tratamiento sin recabar el consentimiento del paciente". Esta directiva se impone por contener aspectos más salientes de la libertad personal y asimismo el enfermo dispone genéricamente de su cuerpo," a pesar de que, según Jorge Tobías "el individuo jurídicamente no puede disponer de su cuerpo como si fuera un objeto, ni destruirlo bajo el amparo de la libertad para sí mismo."⁶ Respecto de las instituciones, afirma una decisión judicial que La responsabilidad de los establecimientos de asistencia médica es contractual."

Ausencia del CI, puede esgrimirse contra el médico. Pero este **no constituye protección ninguna frente a lesiones atribuibles a negligencia, impericia o imprudencia**. "Debidamente complementado, protege contra la acusación de que el paciente fue sometido a tratamiento o intervención sin permiso y desmiente la frecuente queja de que no estaba avisado de estas consecuencias".

Límites que evidencia el CI o excepciones de su uso, en la Ley General de Sanidad de 1986 en España, son los siguientes: "Peligro para la salud pública, urgencias, incompetencia, privilegio terapéutico, imperativo legal, rechazo explícito de toda información." Limitaciones a considerar en la futura aplicación consensuada en el Ecuador. Con el uso del CI, en España "apostaron decididamente por impulsar un modelo asistencial centrado en la humanización de los servicios sanitarios que mantuviera el máximo respeto por la dignidad de la persona y la libertad individual". Su reconocimiento es expreso en todas las leyes supremas. **"De ello se deriva que el derecho al consentimiento informado esté catalogado entre los más importantes derechos humanos"**.

Metodología

Estudio cualitativo, basado en la opinión de Anestesiólogos/as distribuidos en grupos focales, en el hospital "Enrique Garcés" y entrevista a profundidad a experto clave de jurisprudencia de la ciudad de Quito en el 2007²⁴. Los dos grupos focales fueron semiestructurados, se trató de una entrevista de la

²⁴ Anestesiología en el Hospital Enrique Garcés de la ciudad de Quito. Grupos Focales. Médicos tratantes de Anestesiología. 2007.

persona moderadora al grupo, que permitió explorar un conjunto de temas en relación al CI. Incluyeron entre 4 y 6 personas (médicos/as) para análisis y comentarios de los temas bajo discusión, en cuanto a los participantes fueron médicos anestesiólogos de planta, con un alto nivel científico, graduados en diferentes universidades. Entrevista en profundidad a informante clave: En un ambiente de confianza mutua y de interés para los juristas, se exploraron con mayor profundidad las áreas del CI.

Criterios de inclusión: Del Grupo focal.- Médicos anestesiólogos jefe de Servicio, tratantes en general en las intervenciones anestésicos - quirúrgicas. De las Entrevistas en profundidad a informante clave.- Abogados o Doctores en ciencias jurídicas expertos en delito contra la vida de la ciudad de Quito.

Resultados

Se realizó una prueba piloto con una encuesta a los pacientes y/o familiares durante agosto y septiembre del 2005, en 112 procedimientos anestésicos-quirúrgicos, en los hospitales de especialidades "Eugenio Espejo", Gineco - Obstétrico "Isidro Ayora" y en el hospital Pediátrico "Baca Ortiz" de Quito, durante las guardias del postgrado, encontrándose que el 100% de los pacientes no fueron informados previos a la anestesia, por tanto, no pudieron decidir, mucho menos hacer uso de sus derechos, es decir, no se les aplicó un CI exclusivo para anestesia¹⁰. Ellos o sus familiares permitieron la anestesia habiendo firmado solamente la autorización especial del MSP-HCU form. 024, u otros formatos. Estos antecedentes, permitieron realizar un estudio cualitativo, con los profesionales de anestesiología del hospital Enrique Garcés, para conocer sus opiniones referidas a la aplicación del CI, así como de sus opiniones para su implementación.

RESULTADOS DEL ESTUDIO CUALITATIVO

Derechos de los pacientes en las cuestiones de salud, según la Constitución del Ecuador. Es importante indicar que existen algunos anestesiólogos con poco conocimiento de los aspectos referidos a los derechos de los pacientes en

las cuestiones de salud, planteados en la Constitución del Ecuador, así se pudo encontrar comentarios que reflejan la molestia de que sea un requisito el C.I., y además, su desconocimiento hace que mezclen artículos de la Carta Magna con artículos de leyes secundarias de la salud. Más, a pesar que esa no fue la característica general, se encontró que la duda y el silencio frente al interrogatorio fue la característica de la mayoría de los médicos. Con respecto a los profesionales de Jurisprudencia, el conocimiento de la Constitución de la República, así como de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es mucho más amplio y seguro, y sus contestaciones incluyen terminología específica. Si se toma en cuenta, el contexto de la entrevista con los abogados fue enfocado también hacia los derechos de los pacientes, por ello, el derecho a la vida es el principal tema de referencia.

Sanciones por no cumplir los derechos de los pacientes.- Los comentarios se enfocaron hacia la inaplicabilidad del CI, así como de las sanciones que existen en caso de los pacientes de emergencia, situación que no tiene nada que ver con la violación al derecho de los pacientes a ser informados y en base a esto poder decidir. Demostrando de esta manera, la resistencia a la aplicación del CI. Mas se encontró poco conocimiento del Código Civil o Penal y algunos reglamentos que pueden afectar a las instituciones de salud, así como también a los profesionales en su ejercicio, cuando no se cumple con los derechos de los pacientes.

C.I. y Contrato de Adhesión²⁵.- El hacer firmar el formato del CI es un procedimiento que tiene varios pasos que deben ser cumplidos, con la finalidad de conseguir la firma de autorización y que se realicen los procedimientos necesarios en cualquier especialidad especialmente en Anestesiología. El Ministro Fiscal opina "que el CI requiere una interacción de personas adultas en plena capacidad emocional, de plena capacidad de conciencia para decidir sobre los procedimientos que le van a realizar, y en caso de no existir esa capacidad de responsabilidad sobre el cuerpo, entonces, hay necesidad de informar a los familiares más cercanos en consanguinidad."

²⁵ Art. 27,28 y 41 Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Ley No.21. RO/Sup-116 de 10 de Julio del 2000.

Según la opinión de los Anestesiólogos, existe en la actualidad formatos para llenar, sobretodo en el sector público que permite el consentimiento de todos los procedimientos que se tienen que realizar, tanto para cirugía como para anestesia. (MSP HCU Form. 024) demostrando la falta de CI exclusivo para anestesia. Algunos consideran que los formatos existentes no son CI que tengan validez a nivel legal, mas bien, son "hojas de recolección de información, que pueden ser llenados en corto tiempo, y que no dicen los peligros y beneficios a ocurrir."

La resistencia a implementar un formato de CI se puede encontrar en los comentarios de que "tomaría mucho tiempo el realizarlo, y los tiempos de contratación de los médicos tratantes (4 horas al día) impiden cumplir. Plantean que es el sistema de salud pública lo que está fallando." Inclusive son de la opinión que el CI debería implementarse y ser realizado con especificidad por otras especialidades médicas, según el servicio en donde se encuentre hospitalizado el paciente. 13 Se indagó una segunda opción legal y es que el CI no puede ser "interpretado como un convenio de adhesión."

Proceso legal.- Es importante conocer que en Ecuador no existe una Ley de mala práctica médica, por tanto no existe delito, sin embargo el fiscal ante la muerte de un paciente intenta sancionar a la clase médica desde un Código Penal con espíritu de sanción a delincuentes, lo que tendrá que cambiar.

El CI no es un documento de salvación.- Se debe tener en cuenta que: "Aun teniendo el CI del paciente y teniendo la conversación con los familiares, si el paciente fallece en el acto anestésico, aquí viene el gran problema más para el Anestesiólogo. Para esto es necesario calificar si la muerte del paciente se produce por negligencia, impericia o dolo, entonces se somete a un proceso judicial penal Para mi, el Código Penal no establece que el Anestesista tenga que haber hecho firmar el CI, no es un agravante de responsabilidad por no haber hecho firmar, mas bien sí por equipos obsoletos, estresado o por haber ingerido licor". "El CI, puede ser dentro de un proceso, un arma de doble filo"

Importancia del CI en un litigio médico legal.- La defensa del profesional Anestesiólogo se encamina a demostrar sus cualidades de cuidado,

profesionalismo y responsabilidad, y para ello el CI es un documento importante, pues, si no lo tiene, entonces es difícil demostrar su correcto actuar: "Si es un documento que de entrada va a defender o garantizar en gran parte el desenvolvimiento profesional del Anestesiólogo, sin decir que porque firmó ya está libre de culpa".

Quien debería entonces realizar el CI.- "En este aspecto no hay duda en que la visita pre-anestésica y el CI debería en principio ser realizado por el Anestesiólogo que va a dar la anestesia" Mas la dificultad es lograr el tiempo para esa visita y que coincida con la organización hospitalaria y la de los médicos tratantes. Ante ello, una de las posibilidades es que sea el médico residente del postgrado o asistencial de anestesia que participará como ayudante en ese acto anestésico quien lo haga, preparándolo adecuadamente y bajo la autorización expresa del médico tratante, ya que, él será el responsable legal. Si el médico residente asistencial o postgradista firmaría el CI junto con el paciente y no es él quien le va a dar la anestesia, servirá ese CI siempre que exista también la firma del Jefe del Servicio, quién compartiría la responsabilidad legal del acto en caso necesario.

En Ecuador, la falta de médicos tratantes durante las 24 horas en los hospitales públicos, permite que la medicina sea ejercida directamente por personal no calificado como estudiantes de medicina, internos rotativos, médicos rurales, y en el mejor de los casos por residentes asistenciales o postgradistas sin o con un grado relativo de experiencia.

En el caso de la práctica especializada de anestesia se va contra los reglamentos de aplicación de la ley 2002-84 de ejercicio profesional de los médicos anestesiólogos actualmente en vigencia: "Todas las instituciones relacionadas con el sector de la salud, en las que hubieren centros quirúrgicos y necesidad de anestesiólogo, deberán contar con médicos especialistas en anestesiología, las veinticuatro horas al día, los trescientos sesenta y cinco días del año. En los centros de formación y entrenamiento de la especialidad, los médicos residentes que se encuentren bajo éste régimen y los llamados

asistenciales, sólo podrán administrar anestesia bajo la supervisión y tutoría del especialista.

Responsabilidad institucional²⁶.- Instituciones públicas, semipúblicas, privadas y de diferente complejidad en su organización; en caso de muerte o discapacidad del paciente por algún proceso anestésico, la responsabilidad es de toda la institución, diferenciando las condiciones de trabajo existentes, por lo que "las instituciones hospitalarias deberían contar con un representante legal, y determinar responsabilidades hacia el director de área, jefe de servicio, médico tratante, médico residente". Especificando que dentro de la institución de salud, ya la denuncia y sanción será sobre el equipo profesional de anestesiología, si así fuera el caso.

Momento para realizar el CI.- La mayoría de tratantes indicaron que el CI debería realizarse antes de entrar al quirófano, cuando se realiza la visita pre-anestésica.

El CI para un proceso legal debe considerar los siguientes aspectos: Se firmará en presencia del Anestesiólogo, debe recoger el número de cédula de identidad, usar voz alta para dar garantía de fidelidad y pureza"

Derechos del paciente.- Se planteó la circunstancia en que el paciente tiene derecho a opinar o elegir sobre el tipo de anestesia a recibir, tanto por su conocimiento como por su experiencia. En ese caso, entre el médico tratante de Anestesiología y el paciente se puede llegar a acuerdos de procedimientos. Este tema también es parte integrante del CI. "Los derechos de los pacientes son tomados en cuenta al momento del proceso legal, en la circunstancia de dolor, desconocimiento, angustia, que pueden haber influido para que no comprenda lo que está firmando, mas, hay que hacer lo posible, porque el o sus familiares lo entiendan".

Contenidos legales del CI.- Los Juristas hacen referencia a cierta información básica, como lo indica la siguiente frase: *"por lo menos el CI debería notariarse con reconocimiento de firma y rúbrica del otorgante, debería ser*

²⁶ Art. 36 y 38 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

sine qua non, ustedes están amparándose solamente en el CI, que es un documento privado que puede transformarse en documento público, pero ¿qué pasa si el paciente después de haber dado su CI cae en la imposibilidad de hacerlo por descerebramiento o por muerte?, ¿quién le reconoce ese documento si para transformarlo en documento público?. Necesita reconocerlo ante un Juez o un Notario público,"

CI como proceso, o documento.- El CI es un formato o documento que lleva a plasmar un proceso por el cual el médico anestesiólogo informa al paciente o a su familia, en voz alta, el tipo de anestesia que va a suministrar, con sus posibles riesgos y ventajas. Y luego de preguntar si comprendió, le solicita su firma en manifestación de acuerdo. Así lo manifiestan los profesionales del derecho, pues en un juicio, preguntan por todo este proceso.

CI para todo tipo de anestesia.- La opinión de los médicos anestesiólogos está dividida por la practicidad del procedimiento. Algunos opinan y estarían de acuerdo con realizarlo previo a cualquier procedimiento anestésico. La resistencia en algunos médicos anestesiólogos se manifiesta en pensar que los pacientes cuando sepan los riesgos que pueden tener, no acepten ser intervenidos quirúrgicamente por las complicaciones anestésicas. Mas la opinión jurídica es que debe realizarse antes de cualquier procedimiento anestésico.

Reivindicaciones y propuesta de sanciones.- Algunos médicos anestesiólogos sienten que su rol dentro de las especialidades médicas se ha venido a menos, por lo que el CI sería una estrategia de los usuarios y los medios de comunicación para enfrentar futuros juicios y sanciones y obtener más ventas. Por lo tanto, sugieren que el inicio de este proceso sea generalizado y en forma oficial para que en todas las instituciones de salud se cumpla en forma simultánea, y que se impongan ciertas sanciones administrativas para quienes no acaten estos procedimientos, hasta que se haga un modos operandi de obtención del CI, tal cual es la visita pre anestésica, al final de la cual se firmaría el CI.

Cuándo empezar con el procedimiento del CI.- Una vez que se dialogó de la importancia y las formas de defensa legal que permite el CI, la actitud de los profesionales de la anestesiología cambió a ser parte de los que estarían a favor de implementarlo lo más antes posible, sugiriendo formas organizativas para ello.

Aprendizaje en las universidades y postgrados.- La enseñanza interdisciplinaria y multidisciplinaria tiene que incluir el conocimiento de la ética, los derechos humanos, la jurisprudencia, el manejo de recursos humanos y la relación con los pacientes y familiares.

Tema en discusión

La aplicación consensuada del CI en Anestesiología, en todas las unidades hospitalarias del Ecuador beneficiaría su práctica. Los médicos anesthesiólogos tratantes conocen en parte o desconocen casi en su totalidad la Constitución del Ecuador, leyes secundarias, inclusive los derechos y obligaciones que tienen los pacientes con respecto a la salud. Pero si aún existiera la figura del CI, los derechos no se cumplirían porque la mayoría de los pacientes no exigen o desconocen totalmente sus derechos.

En Anestesiología debe de haber un CI exclusivo. Y quien lo cumplimentaría es exclusivamente el médico tratante de la especialidad. Lo que conllevaría a una mejor calidad de atención médica, pues, en las 24 horas sería realizada por profesionales tratantes o expertos en dicha especialidad, lo que redundará en más plazas de empleo para profesionales de salud especialistas²⁷. Por tanto según el Art. 20 de la Constitución Cáp. I de los principios generales: "las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos (riesgo quirúrgico 1) o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados

²⁷ Art. 20 de la Constitución de la Republica del Ecuador.

que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios.

La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes". Cada institución debería tener un buró de abogados especialistas en el tema de los deberes y derechos de los profesionales médicos.

La variabilidad de aplicación a nivel universal y la falta de consenso en la aplicación en nuestro país, habilitan la propuesta y conduce a su cristalización. En cirugías electivas, en emergencias que lo permitan, pero no en una urgencia el médico especialista debe, hacerle comprender a los usuarios que los anesthesiólogos, hacen lo humanamente posible, pero no está en ellos poder determinar y estar seguros ciento por ciento de quién tendrá una complicación y quién no la tendrá, debido a que existen imponderables que no se puede controlar. En el campo de lo inintencional, el CI es tan importante como el desenvolvimiento profesional del Anesthesiólogo, tan importante como que la institución tenga los aparatos necesarios y que estén en perfecto estado, y como que el anesthesiólogo los revise previo uso de una anestesia.

El CI formaría parte de los elementos o de las evidencias que recoge el fiscal para iniciar o no un litigio médico legal, si es que se habla de un elemento básico de descargo, entonces estaría desvinculándole al profesional de un gran porcentaje de una negligencia profesional, caso contrario podría acarrearle un enjuiciamiento.

Desde el punto de vista ético, médico, y jurídico en Ecuador se intentará pasar del principio de beneficencia al de autonomía. El CI no debería realizarse en 5 minutos y mucho menos en un pasillo. Según Guillermo Firman de Ínter medicina, en Argentina se debe insistir en que no basta como información que el paciente lea el consentimiento. Es el especialista que va a realizar el procedimiento quien debe explicar convenientemente al paciente y familiares sobre los diferentes tópicos indicados. Es él y no otro quien debe hacerlo ya que otros médicos no suelen tener experiencia quirúrgica y hasta minimizan los riesgos de una intervención y/o proceso anestésico.

Esta información no debe hacerse en una charla, en lugares públicos o en encuentros casuales, sino con la debida privacidad, necesaria para tal fin. Como lo es el recinto privado, la consulta médica que establece una relación interpersonal íntima, directa, inmediata y única entre dos seres humanos." Por tanto una de las limitaciones de aplicación o uso que tiene el CI en la práctica anestésica, en España, es la urgencia médica, aquel paciente que amerita una intervención quirúrgica inmediata. Es aquí donde el CI está implícito, el hecho es que el paciente moribundo, necesita un acto anestésico-quirúrgico para intentar salvarle la vida. Y el estudio presente plantea la presencia de un notario en quirófanos las 24 horas, para que el CI implícito tenga efecto vinculante jurídico.

Pero en Ecuador existe una falta total de consenso en cuanto a su aplicación y uso del CI, debido a su desconocimiento doctrinario. Ya que para ciertas cirugías como el trasplante es indispensable, pero supone ser opcional para ciertos procesos terapéuticos o diagnóstico, como es el caso del acto anestésico. Cuando uno de los imprevisibles, imponderables o efectos secundarios de este acto puede ser la muerte, per se el CI debe ser obligatorio en Anestesiología.

El CI carece de "eficacia si la causa de la operación fuese ilícita como en casos de aborto provocado o esterilización sin haber agotado todos los recursos de conservación de los órganos reproductores, excepto en indicación terapéutica perfectamente determinada". O el CI no constituye protección ninguna frente a lesiones atribuibles a negligencia, impericia o imprudencia. Debidamente cumplimentado, protege contra la acusación de que el paciente fue sometido a tratamiento o intervención sin permiso y desmiente la frecuente queja de que "no estaba avisado de estas consecuencias."

En este marco en el presente estudio, se discuten y esbozan los derechos y deberes de los pacientes, de los médicos y el papel del CI como un instrumento que reconoce todos estos, ya que "El CI se constituye en un elemento de respeto al paciente y a su vez una nueva forma de trabajo médico"²⁸.

²⁸ Art. 14 Código Penal Ecuatoriano

Sanciones a los Anestesiólogos en caso de perder un conflicto médico legal son estipuladas desde el Art. 14 del Código Penal ecuatoriano, por la defensa de los derechos de los médicos no debería suceder la sanción mediante este instrumento injusto, desde donde se pretende integrar una ley de mala práctica médica. En Ecuador se debería legislar en este sentido y cambiar de lo penal a un código de la salud, que estipulen cómo sancionar a un médico no especialista, o a un especialista.

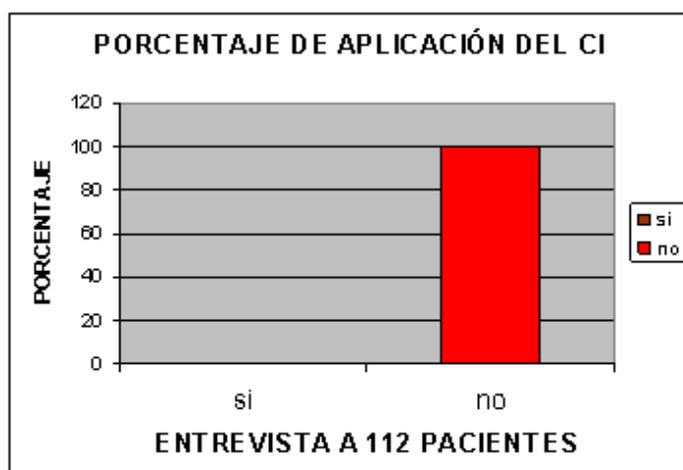
La misión al hacer firmar el formato del CI, en la práctica anestésica, será que los pacientes entiendan bien los riesgos, beneficios e incluso la posibilidad de muerte, que pueda experimentar un paciente: sin riesgo, con riesgos, peor si es una urgencia en el momento del acto anestésico. Siempre se ofrece medios y se hará todo lo posible, por tanto hay buena práctica. Debería tomarse en cuenta este acápite en la enseñanza y pensum académico de los nuevos médicos generales y/o anestesiólogos como materia de medicina jurídica.

El CI que se implemente observará las disposiciones del presente trabajo, y que su diseño privilegie la utilización de principios reguladores pro-derechos humanos, pro-derecho constitucional de la vida y respeten los principios de neutralidad, no discriminación y debido proceso, para permitir una ley reformativa a la salud o las leyes de salud del Ecuador.

En las urgencias médicas es donde se debe hacer constar en la historia clínica el CI implícito, es en estos casos precisamente porque, debido al estado del paciente donde con cirugía o sin cirugía el paciente puede morir o posteriormente presentar secuelas muy graves, el representante debería autorizar a dar la anestesia, para operar o no operar. Razón por la que el Juez recomienda que se deba notarizar cuando el caso lo permita. Entonces quien materializa lo implícito del CI en las urgencias, aquí se debería realizar la notarización de un formato de CI, con la presencia de un notario, lo que compacta el espíritu del CI, quien debería permanecer las 24 horas del día aledaño a centro quirúrgico o sala de operaciones, es decir en el hospital. Los notarios al estar las 24 horas en los hospitales le ayudarían a los usuarios en caso de cirugía programadas que no se demoren horas o días en notarizar el CI.

Respecto de prácticas hospitalarias: el uso del CI de Anestesia diferenciaría una cirugía de emergencia, de una cirugía electiva lo que permitirá descongestionar los QX de emergencias, a sabiendas que aproximadamente el 70 % de la atención en el servicio de emergencias no tienen criterios de emergencias.

Para determinar cómo se está cumpliendo el uso del CI se haría mediante la elaboración de un Indicador en donde se procese el número de anestias dadas por c/u de los anesthesiologos, por el número de CI firmados, lo que podría indicar el nivel de cumplimiento del servicio de anestesiología, y diferenciar por responsabilidad jerarquizada.



Análisis algunos de casos de Mala práctica

Con mucha atención leo que está tramitándose en la Asamblea un proyecto de ley sobre la mala práctica médica, y también la advertencia de algún lector, según el cual, si se lo aprobara, serían las compañías de seguros las más beneficiadas, porque los médicos se protegerían contratando con ellas; lo cual, a su vez, les daría un buen pretexto para incrementar más sus honorarios, que ahora mismo son, en algunos casos, abusivos. Esto de la mala práctica médica se ha convertido en un tema recurrente en cualquier reunión, desde las que se dan en las funerarias precisamente con ocasión del fallecimiento de alguna de las víctimas de este fenómeno perverso cada vez más extendido, hasta la

parrillada alrededor de la cual se reúne la familia por el fin de semana. Siempre hay alguien con un cuento fresco, cuyo asunto es algún drama o tragedia, provocados por un médico ignorante o irresponsable, y, por supuesto, hay muchas personas que hemos vivido de cerca los efectos de esta situación, que a veces bordea la estafa, y, lo peor es que el escenario suelen ser los hospitales más caros y los protagonistas, ciertos galenos con muchos pergaminos pero deshumanizados.

Ellos han olvidado el juramento de Hipócrates y se han rendido al culto de Mercurio, el dios griego del comercio y otras artes que es mejor no decir. Pero cuando vamos al abogado para demandar por mala práctica a uno de estos médicos que son un peligro público, se nos advierte que todas las normas de las asociaciones, federaciones, etc. del ramo corren a favor de aquellos, y que, amén del tan traído y llevado espíritu de cuerpo claro, no contamos con una ley como la que está tramitándose. De modo que el paciente se halla absolutamente indefenso e inerme. ¿Pero qué hay detrás de esta situación? La falta de ética, por supuesto. Pero sobre todo una codicia desmedida, que, de otro lado, se ha generalizado en todos los sectores de la sociedad. La esposa de un médico honesto, que por fortuna sí los hay, piensa que es el status social que estos profesionales se han atribuido, lo que les obliga a proceder como lo hacen (prescribiendo exámenes, hospitalizaciones u operaciones innecesarios, por ejemplo; o usando en casos de ortopedia y traumatología materiales diversos a los convenidos, etc., etc.), a fin de mantener un alto estándar de vida, a costa de sus pacientes. Y claro, cuando estos se contaminan en el quirófano con una bacteria que puede ser mortal, dicen, muy sueltos de huesos, que la señora debe de haber venido ya con el estafilococo, y tan tranquilos.

NO EXISTE UNA SANCION DIRECTA POR NEGLIGENCIA MEDICA.-

Andrea Saá ingresó al Hospital Militar por una intoxicación alimenticia. Según Hugo Lanás, esposo de Andrea, a ella le administraron de forma intravenosa una medicina que era para inhalar, por lo que murió en cuestión de minutos. Aun así, en caso de comprobarse que hubo fallas médicas, **no se castigaría la negligencia del profesional de la salud**, pues en el Código Penal no está

tipificada esta figura. "A los señores asambleístas se les olvidó regular la mala práctica médica", señala Daniela Camacho, agente fiscal de la Fiscalía Provincial de Pichincha. Según señala, no se puede juzgar la negligencia sino que se puede denunciar por concepto de lesiones u homicidio no intencional. Esta opinión es compartida por el abogado Mauricio Aguirre, el que explica las posibles sanciones. "Si se comprueba la negligencia como agravante de muerte o lesión accidental, se tendrá que pagar todo lo que gastó a la persona afectada, daños y perjuicios, una multa de \$500 y honorarios del abogado".

Explica que, cuando hay un muerto, **le corresponde una multa de entre \$8 y \$77 y prisión de entre seis meses y cinco años.** Dice que, sin embargo, no existe la negligencia en el Código Penal, pues el delito está tipificado en la Ley de Defensa del Consumidor.

Denuncian mala práctica médica en hospital de Chone

La mañana de hoy murió en el hospital Napoleón Dávila Córdova, de Chone, Angélica Cedeño Figueroa. La mujer oriunda de la ciudadela Santa Martha, tenía 24 años y esperaba su primer bebé. La madre Amelia Figueroa junto a otros familiares y conocidos señalaron que Angélica murió por negligencia médica.

Los familiares, mientras retiraban el cuerpo pidieron una investigación exhaustiva y que se aclare el caso ya que para ellos la mujer no recibió la atención necesaria para tener un alumbramiento exitoso, además de que gastaron 6.000 dólares y aún así no lograron salvarla. Esta denuncia hizo recordar el caso de los neonatos fallecidos entre enero a mayo del año anterior en el mismo hospital. Hoy la directora de salud de Manabí, Iris Mendoza conoció el caso y tenía previsto llegar a Chone para realizar las investigaciones de primera mano, sin embargo hasta el cierre de esta edición no llegaba. Versión hospitalaria. La directora del hospital, Kerty Alcívar, señaló que la paciente tiene antecedentes muy importantes que merecen ser analizados para no hacer una denuncia tan a la ligera. Explicó que Angélica Cedeño, llegó al hospital el 28 de abril derivada de un consultorio particular en donde estuvo

bajo tratamiento. Agregó que la mujer llegó con 36 semanas de gestación y con problemas hepáticos grave “estaba con los ojos amarillos y tenía mucha fiebre” dijo. Destacó que inmediatamente le realizaron estudios y descubrieron que el feto estaba muerto por lo que indujeron a un parto vaginal el cual se dio el 29 de abril. Luego de eso la mujer empezó sangrar en tal cantidad que los ginecólogos al no parar la hemorragia decidieron practicar una histerectomía (sacar el útero) el cual estaba en muy mal estado, dijo El proceso infeccioso también era grave y tenía apenas 30.000 plaquetas cuando lo normal es 150.000; ante tal cuadro llegó a terapia intensiva y por la complejidad recomendaron trasladarla a otro hospital más completo y así el 14 de mayo la trasladaron hasta el hospital Luís Vernaza de Guayaquil a donde fue un poco mejor con 124.000 de plaquetas. En Guayaquil la mujer empeoró y el 18 de abril los familiares deciden regresarla a Chone en dicho hospital les explicaron que la señora era una paciente muy delicada pero igual los médicos estuvieron prestos para al atención que le deban 24 horas y hasta sábados y domingos, dijo Alcívar. La mujer finalmente falleció 9 de la mañana. Las autoridades del hospital sospechan que murió por problemas hepático del cual nunca se recuperó.

EL CARMEN.- Niña muere por supuesta mala práctica médica: Jhon Vinicio Álvarez y Johanna Armijos denunciaron la muerte de su hija Arlenin Álvarez Armijos, de dos años, quien según ellos, se debió por una mala práctica médica en el hospital de Santo Domingo de Los Tsáchilas.

Denuncian Mala Práctica Médica en Quito.- Publicado el 11/Abril/1997.- Quito. 11 abril 97. Un nuevo caso de mala práctica médica saltó a la luz pública luego de la paraplejía ocasionada por supuestos errores cometidos en la administración de anestésico a tres madres asiladas en el Hospital Regional Ambato para alumbrar a sus hijos y dos mujeres que hace mes y medio fueron intervenidas quirúrgicamente en esta casa de salud. La denuncia de la presunta negligencia médica la presentó Ligia Guadalupe Paucar Valle, hermana de Clemencia Susana Paucar Valle, quien falleció el 14 de marzo del presente año luego de cuatro intervenciones quirúrgicas realizadas en el Hospital Indígena Atocha, cuyo tratamiento costó más de 20 millones de

sucres. Según Ligia Paucar, su hermana ingresó a esta casa asistencial el 3 de marzo para ser operada de la vesícula. "Nos sorprende que por una simple vesícula, enfermedad de la que aparentemente se recuperaba, se diagnostique pancreatitis y se la someta a tres operaciones más", exclamó. Por su parte, el director del hospital, Medardo Silva, desmintió la denuncia con un testimonio médico que deslinda la responsabilidad del hospital en la muerte de Clemencia Paucar. (DIARIO HOY).

Miércoles, 3 Septiembre 2008 22:06

Mariana Álvarez dijo que la madrugada del jueves llevó a su hija hasta el hospital de El Carmen, con problemas respiratorios y que luego de ser tratada en ese centro asistencial fue transferida a Santo Domingo. Expresó que todo médico que la revisaba prescribía una receta diferente a la anterior y que nunca recibió explicación de los verdaderos problemas de salud que la menor presentaba. En esas circunstancias, la madrugada del viernes, a las 04h00, le informaron que anestesiarían a la pequeña para colocarle el sistema de respiración artificial, pero cinco minutos después falleció. El afligido padre recordó que pidió el paso a otro hospital en Quito o Guayaquil pero que siempre tuvo trabas. Asegura que si lo hubiera hecho aún viviera la segunda de sus dos hijas. Mencionó que no tiene dinero para seguir una acción legal contra el hospital de Santo Domingo, pero desea hacer público el calvario y dolor que le ha tocado vivir por las circunstancias en que murió su pequeña Arlenin, situación que no desea se siga registrando en otra familia

Manta.- Denuncian negligencia

Miércoles, 29 Julio 2009 22:28

Los familiares de la parturienta Viviana Elizabeth Quiroz Mendoza (26), dijeron que fue llevada a una filial de la clínica para que la atendieran, ya que tenía dolores de parto. Acotando que el personal se negó diciendo que no era tiempo y que tenían que prepararla. La mujer recién ayer a las 09h00 fue ingresada al quirófano, en donde alumbró a su hijo, pero muerto. Estos responsabilizan del hecho al médico Luis Alfredo Villacís Borbor. El personal del policlínico dijo que el caso se trató de un bebé orbitado, que significa desprendimiento de la

placenta. Debe existir una ley sobre mala práctica médica. Se podría adoptar como modelo las leyes de otros sectores como la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control o la Ley General de Bancos. Estas leyes muestran que un asunto especializado debe ser analizado previamente por quienes conocen la materia. Así, en el caso de mala práctica médica, el tribunal de honor debe enviar el análisis y juzgamiento de un caso al juzgado para que se proceda penalmente y no en forma contraria como establece la Federación Médica actualmente. El dictamen del Colegio de Médicos puede servir como principio de prueba para el juez penal.

Dado que el trabajo de los miembros del tribunal de honor requiere de tiempo y cuidado, éstos deben ser bien remunerados ara que puedan sacrificar el tiempo de sus consultas privadas.

Responsabilidad Penal del Médico en las diversas épocas.

A través de las diferentes épocas y culturas, y de acuerdo con las concepciones de la medicina, ha variado el enfoque o apreciación de la responsabilidad de los médicos por sus errores o faltas y las exigencias de pericia, cuidado y prudencia en el ejercicio de su arte o profesión.

Así, el Código de Hamurabi, alrededor de 2.000 años antes de Cristo, en Babilonia, fijó ya reglas sobre la responsabilidad del médico y se establecieron penas severísimas por presuntos errores profesionales. Por ejemplo, dicho de cuerpos de leyes prescribía que “si un médico hace una grave herida a alguno con el cuchillo operatorio y lo mata a tal médico le deberán cortar las manos. Si un médico le hace una herida grave al esclavo de un hombre libre y lo mata, deberá resarcir con un esclavo la pérdida del esclavo....”.

En Grecia, por otra parte, se fijaron también reglas de responsabilidad sobre bases racionales y, se fue afirmando lentamente el principio de que la culpa del médico no se podía presumir por el solo hecho del resultado infausto, sino que debía analizarse e individualmente sobre la base de la conducta seguida en concreto.

En Roma, la lex Aquilia fijó normas sobre la culpa y sus graduaciones y se hizo referencia a diversos hechos a cargo de médicos como el abandono del

enfermo, la no prestación de servicios, las actuaciones inexpertas (impericia) y los experimentos peligrosos (negligencia). Las Instituciones de Justiniano recogen las siguientes máximas: “Si un médico, después de haber operado a tu esclavo, abandona el cuidado de su curación y el esclavo muere, hay culpa. La impericia se cuenta también como culpa; por ejemplo, si un médico ha matado a tu esclavo por haberlo operado mal, o por haberle administrado inoportunamente algún medicamento.”

La conclusión de esta breve referencia histórica no es otra que la simple constatación de que en todas las épocas se ha planteado el problema de la responsabilidad penal de los médicos, por supuesto, existiendo muy diversos enfoques.

La responsabilidad Penal del médico u odontólogo

Abordar el tema de la responsabilidad penal del médico y del odontólogo es algo difícil y complejo por sus problemas intrínsecos y técnico jurídicos, por lo que, al emprender esta tarea tengo plena conciencia de las limitaciones del enfoque (derecho penal y procesal penal), y de los riesgos en las aseveraciones que afectan a la odontología y a su ejercicio profesional.

Mi cometido fundamental es plantear y precisar de breve manera los problemas más importantes que suscita en el ámbito penal la actuación médica u odontológica, con algunas orientaciones destinadas a que el médico u odontólogo obtengan un adecuado marco de referencia y unos lineamientos para su actuación frente a las exigencias de la ley penal, en materia de culpabilidad.

Varios conceptos penales:

A efectos del presente artículo, se hace necesario hacer una pequeña referencia a dos conceptos de gran importancia en el Derecho Penal: El dolo y

la culpa²⁹. En la legislación penal ecuatoriana, tal como lo señala el Art. 14 del Código Penal, la infracción puede ser dolosa o culposa.

El Dolo.- El dolo es el designio o intención de causar daño por parte del agente; y aplicado al campo médico u odontológico es la maquinación o artificio para dañar a otro, para engañarlo o perjudicar su salud.

El Código Penal Ecuatoriano establece que la infracción dolosa puede ser de dos tipos: **intencional o preterintencional**, entendiéndola por intencional cuando el acontecimiento dañoso o peligroso realizado por el agente, fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su acción u omisión; y, se entiende por preterintencional cuando de la acción u omisión se deriva un acontecimiento dañoso o peligroso más grave que aquel que quiso el agente. Ahora, si bien la inmensa mayoría de los juicios en los que se invoca la “mala praxis médica u odontológica” se refiere a la culpa de los profesionales, no faltan los supuestos en que interviene una concreta voluntad tendiente a la producción del perjuicio.

La Culpa.- Previo a abordar las cuestiones específicas que pueden plantearse en materia de culpa médica y odontológica, se hace necesario referirnos al tema general de la culpa y su tratamiento en el derecho penal.

La imputación de un hecho a una persona, a título de culpa, en nuestro ordenamiento jurídico se da tal como lo señala el inciso 5 del Art. 14 del Código Penal que en su parte pertinente señala que: “ ... La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la Ley, reglamento u órdenes. “

Ahora bien, la culpa en su esencia, de acuerdo al autor Alberto Arteaga, consiste en la voluntaria inobservancia de aquellas normas de conducta que imponen al hombre que vive en sociedad la obligación de obrar con prudencia y diligencia o con el cuidado debido, a fin de evitar determinados resultados de daño o de peligro para los intereses jurídicamente protegidos. Una vez

²⁹ Art. 14 del Código de Penal Ecuatoriano

establecido el concepto de culpa y la definición que hace nuestro Código Sustantivo Penal, observamos de ellas las formas básicas de culpa, en diversas figuras de delitos donde se hace referencia a la imprudencia, negligencia, impericia, inobservancia de la ley, reglamentos u órdenes.

De lo expresado así, en forma general podemos concluir que el delito culposo exige los siguientes elementos:

1. **Un comportamiento voluntario:** Lo cual es exigencia fundamental para que se configure un delito culposo, la acción u omisión del sujeto sea voluntaria, esto es, que ponga de manifiesto tal comportamiento a la intervención del ser humanos como tal. Este es un elemento común a todos los delitos, dolosos o culposos, y es la mínima exigencia para que un hecho tenga importancia penal.
2. **La involuntariedad del hecho:** En segundo lugar, Para que se configure el delito culposo se requiere que el hecho producido o el resultado sea involuntario, diferenciándose en este aspecto con el delito doloso en el que existe el primer elemento y además hay la voluntad del agente para que se produzca el resultado.
3. **Relación de causalidad entre el hecho no querido y el comportamiento voluntario del sujeto:** En tercer lugar, si bien en el delito culposo el hecho no es querido, este debe ser consecuencia de la acción u omisión voluntaria del sujeto.
4. **Que el hecho no querido se verifique por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la Ley, reglamentos u órdenes:** Se requiere, por último, que el hecho que se produce sea la consecuencia de un comportamiento imprudente, negligente, imperito o que materialice la trasgresión de normas expresas legales, reglamentarias o emanadas de los particulares.

Interesa, por supuesto, precisar y aclarar tales conceptos:

- a) **La imprudencia:** Este concepto no puede definirse sino en relación con la prudencia, que de acuerdo al diccionario de la real Academia de la Lengua es el discernimiento, el buen juicio, la cautela, la circunspección, la precaución. Prudente es, entonces, quien actúa con tales cualidades o virtudes, e imprudente, quien carece de ellas y actúa con desprecio por las consecuencias que se puedan derivar de su conducta.

- b) **La negligencia:** Por su parte, la negligencia implica el descuido, la omisión de los actos debidos, la desatención, la pereza psíquica. Se trata de la no realización de los actos a que se está obligado o de su realización desatenta, haciéndolo por ello reprochable tal comportamiento.

- c) **La impericia:** Este concepto se vincula al ejercicio de una profesión, arte o industria que exigen determinados conocimientos y habilidades y por ello suponen la sujeción de las reglas que impone la ciencia o práctica y experiencia, considerándose perito quien se sujeta a tales reglas y es por ello sabio, experto, práctico y hábil, e imperito, quien no las observa. Algunos autores la colocan bajo el concepto de temeridad profesional.

Hay que indicar que un profesional, en su ejercicio, puede incurrir simplemente en imprudencia, negligencia o inobservancia, sin cuestionarse su sabiduría, práctica o habilidad como por ejemplo en el caso de un profesional muy experto o hábil que realice un acto estando ebrio (imprudencia), o que incurra en fallas de atención u olvidos (negligencia), o que no observare normas destinadas a evitar daños a terceros (inobservancia).

ANALISIS DE LA “MALA PRACTICA MÉDICA Y ODONTOLOGICA” EN EL DERECHO PENAL ECUATORIANO:

Para empezar a tratar este tema hay que señalar categóricamente que en el Código Penal Ecuatoriano no está tipificado como delito la “mala práctica médica u odontológica”, sin embargo de lo cual, la culpa médica y odontológica puede adecuarse a varios tipos penales contenidos en el Capítulo I de los delitos contra la vida, contenido en el Título VI de los delitos contra las personas, Libro Segundo del Código Penal, que a continuación vamos a observar:

Homicidio inintencional: El artículo 459 del Código Penal reza: *“Es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por **falta de previsión o de precaución**, pero sin intención de atentar contra otro.”* La falta de previsión o de precaución determina que se trata de un delito culposo. La sanción que el legislador ha previsto para este delito es de tres meses a dos años.

Lesiones inintencionales: El artículo 472 señala: *“Es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o de precaución, y será reprimido con prisión de ocho días a tres meses y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, si el acto no estuviere más severamente castigado como delito especial.”* En este caso, también se trata de un delito culposo que se verifica por negligencia.

Hay que señalar que estos delitos culposos³⁰ se convierten en dolosos, y por ende reciben una mayor sanción, cuando lejos de lo que indican estos dos artículos a los que me he referido, el agente delictuoso, que puede ser un odontólogo, actúa en su práctica profesional con la intención de causar daño a su paciente.

³⁰ Art.459 y 472 del Código de Procedimiento Pena Ecuatoriano.



Procesos de denuncia

Los mecanismos para buscar condenas por errores médicos no basan su figura en la mala praxis, sino en el homicidio accidental.

FISCALÍA



Sanciona con base en:

CÓDIGO PENAL
Arts. 434, 456
459 y 460

LEY ORGANICA
DEL CONSUMIDOR
Arts. 33 y 75

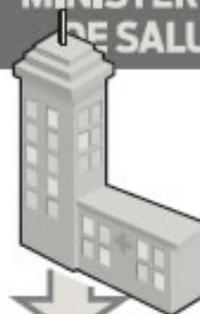
DEFENSORÍA DEL PUEBLO



Investiga y elabora un informe que asigna al Colegio de Médicos, a la Fiscalía o al MSP.

CONSTITUCIÓN
Arts. 215 y 44

MINISTERIO DE SALUD



Crea una comitiva que asigna la sanción y juzga con base en:

LEY ORGANICA
DE SALUD
Art. 202

SANCIONES

Máxima sanción
\$100 a \$500
por errores en la práctica que no causen la muerte.

\$8 a \$77
más prisión de 6 meses a 5 años en caso de muerte.

La Defensoría no puede sancionar sino, únicamente hacer veedurías.

Máxima sanción
20 salarios mínimos más lo que determine la comisión.



Fuente: Defensoría del Pueblo, MSP, Fiscalía. Elab.: CM/Diseño editorial/HOY

Conclusiones

La misión fundamental del médico, sea en área clínica o de investigación, es procurar el bien del paciente por todos los medios éticos a su alcance. El médico debe rechazar cualquier actitud o acción que lesione, de inmediato o en el futuro, la dignidad del paciente y su propia dignidad, ya que todo acto médico clínico o de investigación, es un acto humano entre dos personas, investidas con igual absoluta dignidad. Esto nos obliga a aceptar, que el bien del paciente implica también el respeto de su libertad, pero nos crea al mismo tiempo una enorme responsabilidad, al dejar a nuestro juicio si la opción que aquel hace sobre su salud y su existencia sí es de verdad libre, bien informada, conscientemente asumida. Es el médico quien, por el conocimiento que debe poseer de su paciente y, obviamente, por su adecuada preparación académica, se convierte en juez que evalúa si la decisión del paciente es o no autónoma, si cumple los requisitos del acto libre denominado consentimiento informado, lo que con frecuencia no es fácil de determinar.

Pero no para aquí la obligación ética del médico. Ante la duda de que no todos los elementos que hacen idónea, valedera esa opción, integren realmente la decisión de su paciente, de que su elección no es un acto libre por cualquier circunstancia, tiene, para cumplir correctamente su misión, mediante la persuasión, informando con lenguaje comprensible, al alcance del desarrollo intelectual de su paciente o de sus representantes, sobre cuál es el verdadero bien para este, desde el punto de vista de su dignidad y su libertad y desde el punto de vista de la medicina, echando mano de su autoridad moral y académica³¹.

Es importante recalcar que el consentimiento informado debe ser solicitado al paciente, y que debe ser otorgado por el paciente o su representante legal, para cada acto individual médico o de investigación, que no se puede otorgar para siempre, pues las circunstancias existenciales cambian durante el curso de una misma intervención médica o de una investigación científica, con mayor

³¹ Universidad de los Lagos. Comisión Nacional de Pregrado. Chile Mayo 2007.

razón en las diferentes etapas de la vida, y que solamente en casos muy especiales y en situaciones de emergencia, puede actuarse sin la expresa manifestación de dicho consentimiento.

Es necesario tener siempre presente que el enfermo o en su defecto, su legítimo representante legal, es la primera persona responsable de su vida y de su salud; el médico que acepta ayudarlo toma el papel de quien colabora con el sujeto principal en una relación sinérgica, en la cual el mejor objetivo se logra solo cuando existe la cooperación entre el paciente y el profesional, y que como médicos somos los mayores y más responsables artífices de esa indispensable cooperación.

Este consentimiento informado no puede versar sobre cualquier cosa. Respecto de esto el Derecho ha establecido principios que lo regulan. El Código Civil Ecuatoriano ha establecido que el consentimiento no podrá versar sobre un objeto contrario a derecho, al orden público, a la moral o a las buenas costumbres. Es decir, no será eficaz el consentimiento sobre un aborto ilegal, tampoco será eficaz en las cirugías realizadas para el tráfico de estupefacientes, ni para la perpetración de ningún otro acto delictivo. Esto constituirá notoriamente una ilicitud en el objeto, que producirá consecuentemente la nulidad absoluta del contrato.

Tampoco podrá versar sobre exenciones de responsabilidad contrarias a derecho; tampoco se presume que con el consentimiento para la realización de una cirugía o tratamiento crítico tales exoneraciones estén legitimadas. Respecto de este punto, también constituye un problema el tema de los derechos sobre los cuales se puede dar el consentimiento. Se dice en principio que el consentimiento informado sólo puede darse respecto de bienes disponibles; pero este problema no es tan sencillo en tratándose del tema que nos convoca, puesto que al hablar de cirugías o de medicina crítica, estamos necesariamente refiriéndonos a bienes muy delicados como la vida, la integridad física.

No creo que se pueda decir que es una situación librada totalmente al arbitrio de la persona el permitir que le entierren un bisturí y le saquen el apéndice, sin

embargo, ya hemos explicado aquí entra a operar una suerte de estado de necesidad en virtud del cual se pesan o se priorizan los bienes jurídicos personalísimos que están en peligro y se sacrifica al menor para salvaguardar al mayor³²

Este consentimiento así formado constituye uno de los elementos esenciales del contrato de autorización de cirugía, de tratamientos clínicos críticos y de las exoneraciones de responsabilidad, constituye un requisito sine qua non, cuya falta produce la inexistencia del contrato.

Este consentimiento, según las reglas generales, debe ser emitido libremente y espontáneamente, sin vicio alguno que lo desnaturalice. “Denominamos vicios de los actos jurídicos a ciertos defectos congénitos de ellos, susceptibles de motivar la invalidez de los actos que lo sufren”³³. Siguiendo estas reglas generales de nuestra legislación, encontramos tres vicios del consentimiento, a saber, error, fuerza y dolo.

El error es la concepción errada de lo que se contrata, o como dice Luis Claro Solar, “La falsa noción que se tiene de una cosa o de un hecho. Consiste por lo tanto, en ese estado intelectual en que la idea de la realidad está oscurecida u ocultada por una idea falsa”³⁴, no podemos señalar que se trata de ignorancia, pues como dice el profesor Claro Solar, la ignorancia es la ausencia de la idea, y el error es la idea falsa.

Cuando un paciente y un médico entablan una relación contractual sin haber seguido los pasos necesarios para formar correctamente el consentimiento, no podrá el paciente aducir que debido a su ignorancia técnica quedó viciado el consentimiento; nosotros no conocemos que exista tal vicio del consentimiento, es ilógico, puesto que nadie contrata en la ignorancia, esto sería propio de los legalmente incapaces, y la ley da el régimen legal de protección para ellos.

³² Rodríguez Martín, Jorge A, González Aguilar, Pardo Hugo, Yazde Yamil. Consentimiento Informado. ¿Un dilema Ético o Legal? Ref. Argentina. Círculo. 1999.

³³ Jorge Alberto Zago, EL consentimiento en los contratos y la Teoría de la Lesión, Bs. As., Universidad, 1981, p. 103.

³⁴ Claro Solar, p. 139

Sin embargo, el error, que como ya mencionamos no se produce por la falta de conocimiento del campo en que se contratará, está constituido en esta materia por la idea equivocada que de la operación que se va a realizar tenga el paciente o su representante, sea por acción u omisión del médico o no, pues este paciente dada su ignorancia técnica comprenderá equivocadamente las cosas y eso hará que el médico se forme una idea y el paciente otra, de suerte que el primero dará el consentimiento para un fin diferente del que el segundo tenía en mientes. Éste vendría a ser el error regulado en el art. 1497 del Código Civil, o error sobre la sustancia o calidad esencial sobre el que versa el acto o contrato. El art. 1498 del mismo cuerpo legal establece el error respecto de la persona con la que se quiere contratar, que vicia el consentimiento en los contratos *intuita persona*. El art. 1496 del ya mencionado código instituye el error como vicio del consentimiento, respecto de la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra. Este error que aparentemente no tendría mayor significación en este estudio, tiene repercusiones enormes, puesto que si el paciente creyó que se le iba a hacer un tratamiento y el médico le realiza una cirugía, o se contrató una cirugía y se le realiza la ablación de un órgano, podemos imaginar la consecuencias terribles que se podrán derivar de estos actos.

No vamos a tratar del error de Derecho porque éste no vicia el consentimiento.

La fuerza es otro de los vicios del consentimiento, que con mucha facilidad puede instalarse en las relaciones contractuales de los médicos. Según el art. 1499 del Código Civil ecuatoriano, es todo género de acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos a ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable o grave.

Decisiones terapéuticas del paciente a partir del consentimiento informado y sus repercusiones jurídicas.

He analizado sobre el consentimiento informado y de la necesidad de que exista la relación de alteridad para poder elaborarlo correctamente. También

hemos hablado de que a causa del carácter contractual de la relación médico-paciente, corresponde al paciente decidir qué tipo de tratamiento o intervención va a permitir que se realice en un su cuerpo a efectos de mejorar su salud, y que tratamientos, cirugías y sustancias no va a permitir que afecten su organismo.

Este es un tema muy complejo que admite una discusión de fondo amplísima, de la que vamos a esbozar sólo ciertos aspectos relacionados con nuestro tema.

Diremos para empezar que se trata de un derecho fundamental, inherente a la persona, garantizado por nuestra legislación nacional y por los tratados y convenios internacionales.

La Constitución Política de la República del Ecuador, en el art. 23 garantiza, entre otros derechos civiles, en el numeral 3, el derecho a la igualdad ante la ley, estableciendo que todos gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación por razones, entre otros, de religión, orientación sexual, etnia, origen, estado de salud, etc., en relación con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la Asamblea General de las Naciones Unidas³⁵, que garantiza este derecho, en el artículo 26 de la siguiente manera:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social

Esta garantía establece que sin importar las condiciones ni creencias de la persona, ésta tiene derecho a tomar sus decisiones, sin que por estas razones se le discrimine.

³⁵ Art. 26 numerales 11 y 21 de los Derechos Civiles y Políticos de la Asamblea General de las Naciones Unidas

Si relacionamos esta garantía con lo que dispone el numeral 21 que garantiza el derecho a guardar reserva sobre sus convicciones políticas y religiosas, nos damos cuenta de que el paciente ni siquiera tiene la obligación de dar cuenta al médico de las razones por las que ha tomado tal o cual decisión respecto de su tratamiento, si el paciente se opone a cualquier alternativa terapéutica, podrá oponerse sólo diciendo no acepto y nada más; no debe motivar su decisión, no está obligado a tolerar que el médico le interrogue al respecto.

En el numeral 11 garantiza la libertad de conciencia expresada en forma individual o colectiva, en público o en privado. Las personas practicarán libremente el culto que profesen, con las únicas limitaciones que la ley prescriba para proteger y respetar la diversidad, la pluralidad, la seguridad y los derechos de los demás. Se ha dicho mucho sobre este punto, pero la verdad es que no se respeta; la persona debe ser respetada en sus creencias religiosas, por constituir estas una parte importantísima y muy delicada de la personalidad; esto va más allá de esta vida y nadie que no profese esa misma convicción podrá comprender realmente la envergadura de estos sentimientos.

No obstante la norma ha impuesto límites a esta garantía, que al igual que la misma garantía, son de enorme importancia; límites sin los cuales esta garantía degeneraría, y en lo que respecta a nuestro tema, dice relación con el respeto a los derechos de los demás de lo que hablaremos más adelante.

Ahora bien, ¿podemos pensar en que un criterio de perjuicio para la salud podrá ser fundamento suficiente para establecer los límites de esta garantía?, ¿será sólo de índole fisiológico?, ¿será suficiente esta norma para legitimar intromisiones por parte del médico que impliquen un quebrantamiento de sus convicciones? Nosotros consideramos que pretender establecer los límites de esta garantía con este criterio es contrario a los principios de derechos por las razones que expondremos más adelante.

Por otro lado, la Declaración de los Derechos del Paciente de la Organización Mundial de la Salud, garantiza el derecho que tiene toda persona a elegir el tratamiento que crea conveniente para su salud, estableciendo la estrecha

relación que existe entre este derecho y el derecho a la información, efectos de poder ejercer el primero.

3. Derecho a la Autodeterminación: a.) El paciente tiene derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en relación a su persona. El médico informará al paciente las consecuencias de su decisión. b.) El paciente adulto mentalmente competente tiene derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia. El paciente tiene derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones. El paciente debe entender claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento. c.) El paciente tiene derecho a negarse a participar en la investigación o enseñanza de la medicina³⁶.

El literal c del artículo antes transcrito, también establece otro derecho fundamental, que consiste en que nadie puede ser obligado a someterse a investigaciones científicas, ni aún a pretexto de la importancia o necesidad de ellas; derecho que es de vital importancia a causa del adelanto de la ciencia y para evitar las injusticias las injusticias que se pueden cometer en su nombre.

En este sentido, el Art. 6 de la Ley de Derechos y Amparo al Paciente, dice: Derecho a decidir.- Todo paciente tiene derecho a elegir si acepta o declina el tratamiento médico. En ambas circunstancias el centro de salud deberá informarle sobre las consecuencias de su decisión.

Hay dos derechos garantizados en esta norma, primero el derecho a aceptar o rechazar el tratamiento; y el segundo, garantizado y establecido como requisito sine qua non del primero, a saber, el derecho a la información adecuada.

Recalcamos que no estamos diciendo que toda decisión es potestad exclusiva del paciente, pues nuestra posición es que ambos tienen libertad para tomar la decisión que mejor les parezca para poder llegar a ese sentimiento mutuo que debe existir antes de la realización del acto quirúrgico o del tratamiento crítico.

³⁶ Art.6 Declaración de Derechos del Paciente

Aclaremos que “se requiere libertad de los sujetos, tanto del médico como del paciente, respecto de las decisiones que se deben tomar para efectuar el acto médico”³⁷, sino que en este apartado queremos resaltar la importancia que tiene el derecho del paciente a auto determinarse.

Este es un derecho que no debe ser respetado únicamente por la gran cantidad de cuerpos normativos en los que se han garantizado, sino porque realmente constituye un derecho fundamental de la persona; efectivamente, aquí entran consideraciones de orden filosófico, psicológico, moral y espiritual, puesto que no estamos frente a un objeto, sino frente a un ser humano con una realidad y vivencias propias.

Sin embargo, este derecho no puede ser ejercitado en detrimento de derechos de terceros; esta autonomía o autodeterminación del paciente no puede llevarse al extremo de desconocer los derechos del médico ni a obligarle a éste a efectuar intervención o tratamiento alguno en contra de su propia voluntad y/o convicciones, de tal suerte que este derecho a la autodeterminación no es ilimitado ni absoluto (El ejercicio del derecho a la autodeterminación si es absoluto en el sentido de que es un derecho *erga omnes*, sin embargo aquí nos referimos a que no puede tomar decisiones absurdas invocando este derecho, como la realización de actos ilícitos o simplemente dejarse morir).

Además este derecho no obliga al médico a hacer cuanto el paciente le pida; máxime cuando se trate de intervenciones o tratamientos ilícitos, ya sea para consumir alguna infracción a las leyes que tengan como medio u objeto la muerte del paciente, o peor aún en los casos en que el objeto o el medio de estos actos implican la muerte, pues si el ordenamiento jurídico no necesariamente establece sanciones para los individuos que se autolesionen y por obvias razones no castiga al suicida.

Cuando existe la participación de un tercero, por mínima que esta fuere, incurrirá en responsabilidades civiles y penales; si bien el médico, por un lado,

³⁷ Fernando Guzmán, De la Responsabilidad Medica – Medellín – Rosaristas 1995. Pág. 38

no debe hacer más de lo que el paciente permite, por otro lado no debe hacer todo lo que éste le reclama.

Este principio tiene una salvedad que la constituye la emergencia, aquí tiene que actuar por disposición de la ley y debe hacerlo con la terapia más aceptada que tenga a su disposición no obstante sus convicciones.

Ahora bien, el derecho a decidir que tiene el paciente, enmarcado dentro de las consideraciones establecidas en el párrafo anterior, debe ser expresado sin interferencia alguna, salvo la necesaria información y conversación con el médico. “La decisión que tome el enfermo es absolutamente personal e individual. Se presume que está escogiendo entre dos riesgos: (dejar progresar la enfermedad al no aceptar tratamiento o someterse al riesgo que éste implica)”.

Si el médico, por razones de su vocación tan noble, de su preocupación por la vida de la persona, de su amor por la vida de sus pacientes, interfiere de manera alguna en la decisión del paciente, no sólo que estará viciando el consentimiento, sino que abusivamente le estará despojando de éste derecho, aún a pesar de sus motivaciones tan nobles, pues aquí ni los fines justifican el resultado, ni el resultado los fines.

Además, ¿quién es el médico para poder juzgar mejor que el paciente cuáles son sus mejores intereses?, ¿quién es él para pretender arrogarse el carácter de deidad y pretender saber mejor que el paciente qué es lo que le conviene mejor, qué tratamiento debe hacerse, y a veces, decirle en qué debe creer? Ni aún Dios se ha tomado esa atribución tan arbitraria, optando por dotarnos a todos sus hijos del albedrío y respetando nuestras decisiones aún a pesar de las consecuencias.

Creemos que en muchas ocasiones cada profesional de la salud, al tratar de determinar cuáles son los mejores intereses del paciente, los confunde con los intereses de la ciencia o disciplina a la cual pertenece (dichos intereses no coinciden), y, a su vez, concibe la ciencia de acuerdo con su parecer o con su creencia de la misma. Finalmente, termina interpretando los mejores intereses

del paciente de acuerdo con sus propias convicciones y opiniones, y no con las que realmente tiene el paciente³⁸.

En principio, es el paciente el único capacitado para poder tomar las decisiones del tratamiento que el prefiera para mejorar su salud, y esta enunciación es muy fácil, bonita y poética; sin embargo la lírica se nos cae cuando esas decisiones entrañan cirugías o tratamientos críticos.

Como ya hemos mencionado, normalmente no se requiere cirugías para curar enfermedades como una tos, y en cuanto a los tratamientos críticos, es obvio que aquí hay un real e inminente peligro de muerte. Claro está que tales decisiones ya no son sencillas y el cambio del tratamiento ya diagnosticado por el médico implicará aumentar el riesgo de muerte y en ocasiones será una visa al más allá. Todo esto se complica mucho más cuando entran consideraciones de orden religioso y cultural.

Por supuesto que el ejercicio de este derecho no es absoluto, es decir, no podrá ser invocado a fin de cometer actos ilícitos como sacrificar a alguien o cometer suicidio por poner algunos ejemplos; sin embargo, creemos que aquí no se resume todo el problema, porque las opiniones contrarias jamás han sostenido que se trate de derechos cuyo ejercicio sea absoluto.

Algunos autores han justificado un actuar oficioso del médico, en contra de este derecho, fundamentándose en la supremacía del derecho a la vida, que está por sobre todos los demás derechos, opinión que también admite una discusión de fondo. Para citar a uno tenemos lo siguiente:

Muchas veces la determinación del estado mental del paciente es una cuestión de hecho. Cuando la negativa a someterse a un tratamiento médico obedezca a motivos religiosos, por ejemplo; consideramos que el médico, aun sin solicitar autorización judicial, puede actuar y justificar su actitud si es reprochado, pues no cabe duda de que la vida es el bien supremo tutelado por el ordenamiento, y

³⁸ Castaño de Restrepo, Bogotá. 1997, pág. 6.

esto no puede ser soslayado por el profesional que se topa con la resistencia de un enfermo, cuya voluntad está obnubilada por sus creencias³⁹.

Pensamos que esta sugerencia es muy ligera, dada la situación de inseguridad a la que expone al profesional de la salud; adicionalmente, esta opinión tiende a confundir la naturaleza de la relación médico-paciente, volviéndola de tipo paternalista, lo cual, según ya hemos explicado, actualmente no tiene razón de ser.

Considero que el respeto a la garantía de las personas de poder decidir por sí mismas, debe ser respetado, aún en situaciones realmente críticas; obviamente, poniendo como límite al ejercicio de esta garantía las situaciones de naturaleza suicida.

La razón es que, si se le concede el derecho a la persona de auto determinarse, no hay criterio jurídicamente coherente para quitarle ese derecho cuando cambian las circunstancias; si el derecho fuera así de voluble iríamos camino al naufragio del caos y el irrespeto de los derechos fundamentales del hombre.

Cuando tenemos tos, tenemos los mismos derechos que cuando tenemos pulmonía. Se podría tachar esta idea por descabellada, y decir que no es juego hablar del derecho supremo a la vida; sin embargo, nosotros preguntamos: ¿Con qué criterio podemos establecer que la vida es el bien que hay que precautelar sin importar que para conseguirlo atropellemos todos los demás derechos que son muy importantes? ¿De qué sirve la vida sin libertad?

Tanto se ha hablado de los miembros de la congregación religiosa Testigos de Jehová, ¿de qué sirve obligarles a recibir una transfusión sanguínea, si con ello los están matando en vida, haciendo su vida miserable, como consecuencia de haberlos hecho infringir una regla que ellos creen muy profundamente que es verdadera?, además, si la medicina no es exacta, ¿están en capacidad los médicos de prometer el resultado de su curación total con este tratamiento?

³⁹ Bueres, I, p, pág. 242.

“El Papa Juan Pablo II ha sido terminante en este sentido, al declarar que el obligar a alguien a que viole su conciencia ‘es el golpe más doloroso que se puede infligir a la dignidad humana. En cierto sentido es peor que causar la muerte física, que asesinar”⁴⁰.

Decía el maestro Kelsen en su *Teoría Pura*, que el derecho no admite consideraciones de orden mental jurídico; sin embargo, preguntamos, si el derecho es un producto social, que regula a la sociedad ¿sería justo, sería eficaz para regular el convivir humano, si olvida aspectos tan fundamentales para la persona?

El médico deberá respetar la decisión del paciente, una vez que ésta ha sido conocida por él y no existirá medio legítimo posible para que se desconozca su decisión libre y espontáneamente expresada, de suerte que el médico no podrá desconocer tal decisión; los jueces no podrán actuar en detrimento de este derecho so pena de incurrir algún tipo penal.

En nuestro país, se afirmó que tratándose de personas capaces con total lucidez hay que respetar la libertad de conciencia (por sobre la vida). Ningún precepto constitucional obliga a no autolesionarse si de ello sólo queda comprometido *un bien exclusivamente personal*. El área de intimidad en estos casos de fuertes connotaciones religiosas se sustrae a la actividad estatal y queda reservada nada más que a Dios⁴¹.

Ley a favor del paciente es letra muerta. Publicado el 12/Septiembre/2008. Según la Dirección de Salud de Pichincha, ningún hospital o clínica ha sido sancionado por estas causas

En lo que va del año 2009, la Defensoría del Pueblo recibió 17 quejas por cobros excesivos y falta de atención oportuna, esta entidad no tiene potestad para sancionar esas irregularidades solo son mediadores. Los únicos llamados a juzgar son las autoridades de Salud, en razón que los afectados buscan una solución inmediata, no se interesan en las sanciones posteriores.

⁴⁰ Ravinovich – Berkerman, pág. 26.

⁴¹ Bueres, I, p 246

Las quejas por lo general son verbales, y la entidad de salud tampoco actúa de oficio y sin denuncia escrita están impedidos de actuar

La negligencia médica en atención a, los pacientes por no presentar garantías económicas para recibir a un paciente son las denuncias más frecuentes pero no pasa nada.

Entre las denuncias que reposan en la Defensoría del Pueblo, tres citan a hospitales públicos por negarse a recibir a un paciente.

No existe regulación en las clínicas privada, el paciente está sujeto a sus condiciones.

Ley de Derechos y Amparo al paciente.- La normativa no se cumple

Pese a que la Ley de Protección al Paciente fue aprobada el viernes 3 de febrero de 1995, en la presidencia de Sixto Durán Ballén, hasta el momento no se ejecuta por falta de un reglamento. La normativa consta de cinco capítulos, 17 artículos y un artículo final. Pese a que el artículo 17 determina que del Presidente de la República dictará el reglamento de aplicación de esta Ley dentro del plazo de 90 días, aquello no se concreta hasta el momento. Esta Ley establece, entre otras cosas, que un paciente con un estado grave en su salud puede ser recibido en el área de emergencias sea público y privado, sin necesidad de pagar previamente y garantizar "un servicio de salud digno, con respeto esmero y cortesía". Además, establece que todo paciente tiene derecho a todo tipo de información sobre su estado y prohíbe a los servicios de salud exigir un cheque u otro documento como condición para ser atendido. En caso de incumplimiento, el infractor será sancionado con prisión de 12 a 18 meses y, en caso de fallecimiento, prisión de 4 a 6 años.

El artículo 54 del inciso segundo de la Constitución de la República prevé la responsabilidad de la mala práctica en el ejercicio de su profesional, arte u oficio, en especial de aquellas que pongan en riesgo la integridad o la vida de las personas. Por ello, es necesario establecer sanciones de carácter no

solamente en el ámbito civil, sino penal, de las conductas que causen daño a los consumidores, clientes, o beneficiarios del servicio, cuando éste causa un daño o afectación económica, física, psicológica o en la vida misma del ofendido por la existencia de negligencia, impericia, Imprudencia; y más aún, si el daño causado, es realizado con dolo por parte del profesional.

A más de lo estipulado en la Constitución de la República, es imperioso tomar en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sancionado al Ecuador por la inexistencia de normativa que regule y sancione la mala práctica profesional, en concreto la mala práctica médica, en el caso Albán Cornejo de 22 de noviembre de 2007. En dicho caso, el Ecuador se allanó debido a que era indefendible e inexplicable la ausencia normativa al respecto, lo que generó un compromiso por parte de nuestro país para con el sistema interamericano, mismo que consiste en la adopción de una normativa que regule y sancione dichas conductas calificadas como mala práctica médica.

Los profesionales de la medicina, por su parte, no deben tener mayor preocupación ya que en estos casos, rige el principio general del derecho de que “Quien invoca la producción del daño debe probar la efectiva responsabilidad de los agentes de la salud intervinientes en la producción del daño“. Esta condición deriva del principio general del derecho vigente, que establece a cargo de quien invoca un daño y un perjuicio, la obligación de probarlo y acreditarlo. Sin perjuicio de ello, existen pautas de conducta profesional que deben ser siempre adoptadas por dichos profesionales, para procurar su mejor defensa ante la acusación. De tal manera y para responder ante las acusaciones de imprudencia, impericia o negligencia, los agentes de la salud, según lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben llevar a cabo, entre otros elementos importantes, una clara, completa y secuenciada Historia Clínica, la que debe contener además las pertinentes observaciones de quien las redacta. Otro elemento hábil en la defensa del agente de la salud, será el previo consentimiento informado del paciente y/o sus responsables, acerca de las conductas terapéuticas que se vayan implementando, así como la razón que las aconseja. El consentimiento

informado por escrito, es legalmente exigible en todos los casos de trasplantes de órganos y es siempre, en todos los juicios derivados de "mala praxis", un antecedente evaluado por los jueces.

Respecto de la mala práctica profesional la Constitución de la República en su Art. 54, determina la responsabilidad de quienes ejerzan profesión arte u oficio en especial quienes pongan en riesgo la integridad o la vida de las personas, en este sentido es fundamental que la Comisión de Legislación y de Fiscalización y la futura Asamblea actualicen el Código penal en concordancia con la Norma Suprema, en un tema que en la última época ha sido una demanda ciudadanía constante. La impunidad médica se ha terminado. Los métodos paternalistas también. Ello no nos impide considerar que los valores tradicionales de la relación Médico – Paciente (MP) se hallan tan vigentes como antaño.

En ese elemento: la consulta médica, muchas veces desprestigiada, se basa la mejor "defensa" del médico en su accionar ante el enfermo y la Sociedad. No es un método de defensa sino de prevención que, como en toda la actividad sanitaria, puede anular el accionar judicial antes de que el mismo se inicie. Es un método de "vacunación" aún efectivo.

Los pacientes tienen derecho a conocer toda la información disponible sobre cualquier actuación en el ámbito de su salud, con leyes y reglamentos aun siendo que es mandato constitucional, no se cumple y sigue siendo letra muerta

Toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada.
(Salvo casos excepcionales)

La información, se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades. El enfermo, el paciente, ha dejado de ser un sujeto pasivo para desempeñar y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

Los ciudadanos tenemos derechos a conocer los problemas de salud de la colectividad, cuando impliquen un riesgo para la salud pública o individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Leyes en materia de Salud.

Los pacientes y los usuarios de los centros de salud públicos o privados, tenemos derecho a recibir información sobre los servicios y unidades asistenciales disponibles, su calidad y los requisitos de acceso a ellos.

Los centros de salud públicos como privados deben disponer de guía o carta de los servicios en la que se especifiquen los derechos y obligaciones de los usuarios, las prestaciones disponibles, las características asistenciales del centro o del servicio, y sus dotaciones de personal, instalaciones y medios técnicos. Se facilitará a todos los usuarios información sobre las guías de participación y sobre sugerencias y reclamaciones.

Los usuarios y pacientes debemos tener derecho a elegir libremente al centro médico, e igualmente centro, con arreglo a los términos y condiciones que establezcan los centros de salud competentes.

Las partes debieran elaborar las situaciones que pueden presentarse en un determinado diagnóstico, tratamiento o intervención, para que así el paciente esté en condiciones de aceptar o rechazar el contrato y quizás modificarlo en

los aspectos que no violenten la actuación y móviles del médico, cuando ellos se inspiren en los principios de la ciencia que ejerce⁴².

Tal vez, sería saludable estipular cierta discrecionalidad al médico ante circunstancias sobrevivientes, lo cual deberá expresarse también en el contrato, de esta manera salvaríamos la dificultad de patologías descubiertas durante una intervención quirúrgica.

También deberá especificarse la posibilidad de la revocatoria del consentimiento por parte del paciente. Dar el consentimiento para un tratamiento no quiere decir que no se puede retractar de la decisión tomada. El paciente no sólo puede rechazar el tratamiento propuesto, sino que puede además cambiar de médico en cualquier momento

Es importante hacer constar la voluntad del paciente de autorizar a proceder a realizar la operación o el tratamiento especificando en qué consiste, con las palabras que fueron usadas para que el paciente comprenda correctamente la cirugía o tratamiento a practicarse. De esta manera se asegura el médico que el paciente no se excepciones alegando que los términos en los que se le explicó no fueron accesibles a su comprensión.

También se debe hacer constar también los riesgos previsibles que le fueron explicados, detallándolos en los términos que le fueron explicados, y hacer constar expresamente la voluntad del paciente de asumir tales riesgos, en consideración de que se trata de una decisión suya la de autorizar la intervención quirúrgica o tratamiento crítico, por supuesto, siempre que no medie circunstancia iatrogénica alguna.

Otro de los aspectos importantes que se debe hacer constar es el tipo de anestesia que se usará, sus efectos y riesgos. También deberán constar los exámenes que se practicaron para determinar alergias a la misma.

⁴² Acosta Ramírez, Vicente, De la Responsabilidad Civil Medica; Santiago de Chile, 1990, pág. 134.

Es conveniente que suscriban las partes involucradas, con la presencia de un testigo del paciente que certifica que realmente se llevó a efecto la charla de información entre el médico y el paciente.

Respecto de las cualidades del testigo⁴³, en este caso nos apartaremos del criterio establecido por el Código de Procedimiento Civil para la tacha de los testigos idóneos.

Consideramos que las razones que llevaron a la redacción del art. 220 del antes mencionado cuerpo legal es que se trata de establecer la verdad en un procedimiento judicial a través de una persona imparcial; aquí no se trata de establecer la verdad, sino de alguien cercano al paciente que de fe con su firma, de la celebración del contrato y de que efectivamente se dio su formación en los términos mencionados en el documento por él firmado.

No considero que, en la elaboración de los formularios, se deba hacer una enumeración taxativa de los riesgos ya que estos pueden ser de diferente naturaleza y dependerán de las circunstancias; tampoco se debe poner ejemplos, puesto que esto no garantiza ni prueba nada, de suerte que resulta mucho mejor la elaboración de las autorizaciones con espacios en blanco.

Lo mismo ocurre con las preguntas que hará el paciente, con la forma en la que se le explicó el tratamiento, etc.; en estos casos el espacio en blanco es lo más conveniente para que sean los partícipes de la relación quienes pongan las palabras que crean convenientes luego de su charla. Considero además conveniente que se realice con tres copias; una para la historia clínica, otra para el médico y otra para el paciente.

Llevar a la práctica este proyecto no es tan sencillo, pero ese es el verdadero reto de este trabajo.

⁴³ Art. 220 Código de Procedimiento Civil

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Paoletta, A. Bioética, Consentimiento informado. Marzo 2007
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General, 217, diciembre. 1948.
- Peña, L., Informe de gestión 2000 representante legal de SCARE.
- CENDOC. FUNDE, El Salvador, 1998 Junio 2007.
- Colegio Americano de Médicos, Manual de ética, 1998
- Rincón, G. H. Derechos y obligaciones en el Sistema General de Salud y Seguridad Social (SGSSS), El Consentimiento Informado agosto 2008.
- Vázquez, R. A., El consentimiento informado en la práctica médica. Agosto 2007.
- Martínez-Pereda R, J.M.: La responsabilidad del anestesista y el deber de información, "Actualidad del Derecho Sanitario", No.19, 1996.
- Manrique, J. L., Consentimiento informado, San Martín. Argentina. Agosto 2007.
- Jara, R., Muñoz, G. Prueba Piloto sobre el consentimiento informado, Ecuador - 2005.
- Ceccheto, S.: Decisiones médicas y participación familiar. Los rumbos del consentimiento informado en neonatología.
- Moreno, E., fiscal de Pichincha, unidad de delito contra la vida, Ministerio Público Ecuador.
- Estudio Cualitativo de la Aplicación del Consentimiento en la Práctica Anestesiológica en el Hospital "ENRIQUE GARCÉS" de la ciudad de Quito. Grupos focales Médicos tratantes de anestesiología. 2007.
- Mora, G., Abogado y Juez de lo Penal de Pichincha.
- Reglamentos de aplicación de la ley 2002-84 de ejercicio profesional de los médicos anesthesiólogos.
- Collazo, E., CI en la práctica médica. Fundamentos bioéticos y aspectos Prácticos Rev. Cir. Esp. 2002;71 (6):319-24

- Plancarte, R. et al.: Recomendaciones de la CONAMED Rev. Méx. Vol. 7, núm. 4, Enero-Marzo, 2003.
- Rodríguez Martín, Jorge A; González Aguilar, Osvaldo; Pardo Hugo;

Yazde Yamil. "Consentimiento Informado. ¿Un dilema ético o legal?". Rev Argent. Cirug., 1999

- **Rojo S, A.** El consentimiento informado en el ejercicio de la medicina. Ponencia al II Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid. 1995.
- Universidad de los lagos.: Comisión Nacional de Pregrado, Chile. Mayo 2007.
- Utilización inadecuada de los servicios de Urgencias Hospitalarias. Oterino,
- D. Peiró, S. Gaceta Sanitaria. Septiembre 1999. Vol. 13- Nº 5. P 361- 370.
- **Villalobos, J.:** **Técnicas cualitativas en investigación, 2001,** <http://www.investigalia.com/cualitativas.html> Marzo 2007
- Congote, A., Salazar, JC., Rincón, G. H., El consentimiento informado de la Fundación Clínica Valle del Lili, Rev. Colom. médica ISSN1657-9534. Vol. 30 No. 2 1999.
- Cárdenas, E .Z., Los derechos de los pacientes y el consentimiento informado en Perú, Rev. ISSN versión electrónica 1609-7263 Cusco – Perú 2003.
- Acosta Ramírez, Vicente, *De la responsabilidad civil médica*; Santiago, Jurídica de Chile; 1990, p. 134).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Achaval, pag. 68.
- Teoría general de la responsabilidad civil, p. 408, nro. 1439, en Bueres, Responsabilidad civil de los médicos 2, p. 382, nota al pie de página número 18.
- Constitución de la Republica del Ecuador.
- Código penal Ecuatoriano. En vigencia Libro Primero: De las Infracciones de las Personas responsables de las infracciones y de las Penas en general
- Leyes orgánicas ordinarias, extraordinarias y especiales del Ecuador.

12. Anexos

Por favor el archivo debe imprimir directo porque está en otra presentación.