



Universidad San Gregorio de Portoviejo

Departamento de Posgrado

Programa de Maestría en Derecho Penal

Artículo profesional de alto nivel

Ortotanasia en Ecuador y la criminalización del personal asistencial médico por atención de pacientes paliativos

Autora:

Abg. Abg. Orfa Estefanía Peralta Bernal

Tutora:

Ab. Gyomar Beatriz Pérez Cobo. Ph.D

Portoviejo, 2022

Ortotanasia en Ecuador y la criminalización del personal asistencial médico por atención de pacientes paliativos

Orthothanasia in Ecuador and the criminalization of medical care personnel for palliative care

Autora: Abg. Orfa Estefanía Peralta Bernal¹

Resumen

Fijar una posición científica acerca de la ortotanasia es un desafío académico que involucra una discusión de orden filosófico-jurídico que escapa del objetivo de este producto académico que se centra en apenas una arista del problema, cuando se aborda el conflicto que debe afrontar el personal médico asistencial de pacientes en cuidados paliativos en el Ecuador ante la potencial criminalización de su conducta. La relevancia científica y humana del estudio se asienta en la evolución de la ciencia médica que reconoce a estos pacientes el derecho a morir dignamente. La investigación con enfoque cualitativo se centra en documentos jurídicos especializados. En cuanto a los resultados es fácil colegir que, en el Ecuador, no existe norma que admita la ortotanasia, por el contrario, el personal médico asistencial, tiene el riesgo de ser criminalizado por homicidio culposo por mala práctica en el ejercicio de su profesión, empero, la revisión de los elementos normativos del tipo penal permite concluir que la determinación de responsabilidad contradice los principios de la *lex artis*. En consecuencia, los operadores de justicia tienen el deber de conocer los parámetros recogidos de la ciencia médica en las guías y protocolos de salud vigentes al momento de aplicar la ley.

Palabras clave: Cuidados paliativos; deber objetivo de cuidado; Ortotanasia; personal asistencial; responsabilidad penal.

Abstract

Establishing a scientific position on orthothanasia is an academic challenge that involves a philosophical-legal discussion that goes beyond the objective of this academic product that focuses on just one edge of the problem, when it comes to the conflict that medical personnel must face. care of patients in palliative care in Ecuador in the face of the potential criminalization of their conduct. The scientific and human relevance of the study is based on the evolution of medical science that recognizes these patients' right to die with dignity. Research with a qualitative approach focuses on specialized legal documents. Regarding the results, it is easy to infer that, in Ecuador, there is no rule that admits orthothanasia, on the contrary, medical assistance personnel have the risk of being criminalized for manslaughter due to malpractice in the exercise of their profession, however, the review of the normative elements of the criminal type allows us to conclude that the determination of responsibility contradicts the principles of the *lex artis*. Consequently, justice operators have the duty to know the parameters collected from medical science in the health guidelines and protocols in force at the time of applying the law.

Keywords: Palliative care; objective duty of care; Orthothanasia; care staff; criminal liability.

¹ Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador. Cursante del Programa de Maestría en Derecho Penal. II Cohorte. Universidad San Gregorio de Portoviejo, Manabí, Ecuador. Correo electrónico: stefa_610@hotmail.com

Introducción

La Constitución de la República del Ecuador, establece un catálogo amplio de derechos ciudadanos que son de aplicación directa e inmediata en el territorio, es decir, son plenamente ejecutables, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 *eiusdem*. En este contexto es indudable el reconocimiento el derecho a la dignidad humana, de cuyo concepto se derivan otros derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad (cuya base se funda en la posibilidad de tomar decisiones), el derecho a la integridad física y psicológica, el derecho a la salud, el derecho a la calidad de vida, entre otros que deben armonizarse con eje el transversal del buen vivir o Suma Kawsay que es el sustento filosófico donde descansa el modelo de Estado acogido en el año 2008.

También, la norma constitucional ofrece amplias garantías para el ejercicio pleno de estos derechos, así como mecanismos ante su vulneración o desconocimiento, como se desprende del Título III, denominado Garantías Constitucionales, en sus Capítulo primero “Garantías normativas”, Capítulo segundo “Políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana” y el Capítulo tercero “Garantías jurisdiccionales”, que desencadenan responsabilidades de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

De ello, en el presente estudio se reflexiona acerca de la ortotanasia o buena muerte, que sin lugar a duda, genera inquietudes académicas en distintos órdenes del conocimiento científico, sin embargo, la mirada se centra en los potenciales conflictos jurídico-penales asociados a la criminalización del personal médico asistencial especializado en cuidados paliativos, ante la pretendida imputación de infracción al deber objetivo de cuidado conforme lo establecido en el artículo 146 de Código Orgánico Integral Penal que se promulga en el Ecuador en el año 2014, con última reforma en el año 2021.

En ese sentido, se destaca que la ortotanasia es considerada en distintas normas técnicas especializadas bajo el tópico de los cuidados paliativos en el mundo y dentro del contexto jurídico del Ecuador, por lo que habría que analizar la correspondencia entre la pretensión de algunos operadores del Sistema de Administración de Justicia Penal, de dictaminar responsabilidad penal para el personal médico asistencial y la actuación que despliegan estos servidores, a fin de constatar si se han conducido dentro de la esfera de su deber que se manifiesta en el desarrollo y evolución de la ciencia y que se recoge a través de *lex artis*, normas que condensan los parámetros científicos reconocidos por la medicina.

Por otro lado, es indudable que este concepto de buena muerte o muerte digna, desde tiempos remotos y en la actualidad genera discrepancias entre la ciencia médica y la ciencia jurídica, y en este caso fijamos posición adelantada, al considerar que es injustificable todo criterio (moral, religioso, etcétera) que lleve a la comprensión de que es correcto encarnizar la vida de una persona con una enfermedad terminal, al tratar de mantenerla con vida, incluso con tratamientos terapéuticos que atentan su dignidad humana y su calidad de vida. Nada más contrario a la filosofía del buen vivir y al deber del personal médico asistencial.

En esa línea, esta investigación se concentra en el enfoque cualitativo del análisis sucinto de la normativa legal vigente del país que reconoce los derechos de autonomía de la voluntad del paciente, a través de distintas resoluciones, modelos y guías de práctica clínica emitidas por el Ministerio de Salud del Ecuador, pero por otro lado, no descuidamos el contenido normativo que funda la responsabilidad por homicidio culposo por mala práctica en el ejercicio de su profesión de acuerdo con lo estipulado en el artículo 146 de Código Orgánico Integral Penal.

Ante esto el estudio se centra en fijar una posición científica acerca de la ortotanasia, reconociendo que es un desafío académico que involucra una discusión de orden filosófico, sociológico, religioso y jurídico que escapa de los objetivos, fines y extensión de este producto

académico. Por esta razón se centrará en apenas una de las aristas del problema, cuando se aborda el conflicto jurídico de orden penal que debe afrontar el personal médico asistencial de pacientes en cuidados paliativos en el Ecuador ante la potencial criminalización de su conducta.

La relevancia de este estudio es que se debatirán aquellos aspectos relativos al campo científico y al humanístico; ya que la evolución de la ciencia médica, por un lado reconoce a estos pacientes el derecho a morir dignamente, y la ciencia jurídica por el otro, anclada en el modelo de Estado constitucional, se presenta como la herramienta idónea para canalizar estas demandas ciudadanas que tienen su asiento en el reconocimiento pleno de las libertades humanas.

Esta investigación tiene un enfoque cualitativo debido a que el análisis, interpretación y posterior reflexión se centra en documentos jurídicos especializados, que nos permitió reconocer que en el país no existe norma dentro del ámbito penal que tipifique como tal la ortotanasia – derivado de la eutanasia, pero tampoco una cultura jurídica que reconozca, sin cortapisa, que la determinación de la responsabilidad penal, no puede centrarse únicamente en el resultado dañoso a la vida, sino que se debe tomar en cuenta que morir dignamente es también una expresión importante de la dignidad humana del paciente paliativo.

Finalmente, queda claro que con lo expuesto es necesario que, el personal sanitario administrativo y técnico, la función legislativa y judicial, hagan un estudio profundo de los parámetros límites y alcances de la ciencia médica, antes de aplicar técnicamente la norma o interpretarla erróneamente.

En este contexto se presenta la inquietud académica que sirvió de sustrato de esta reflexión, misma que queda formulada en estos términos: ¿El contenido normativo que funda la responsabilidad por homicidio culposo por mala práctica en el ejercicio de su profesión de acuerdo con lo estipulado en el artículo 146 de Código Orgánico Integral Penal es óbice para la aplicación de la ortotanasia en el Ecuador por el personal médico asistencial, cuando estos despliegan la actuación dentro de la esfera de su deber que se manifiesta a través de *lex artis* en pacientes en cuidados paliativos?.

Análisis y discusión

1. La protección legal de la dignidad Humana y la autonomía del paciente en el contexto jurídico ecuatoriano.

El Ecuador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución de la República, se consagra como un Estado constitucional de derechos y justicia, cuyo principal cometido es el desarrollo y protección de los Derechos Humanos, y especialmente de su dignidad; estableciendo, una serie de garantías y mecanismos encaminados al reconocimiento de estos, especialmente de los denominados derechos del buen vivir, de las personas y grupos prioritarios y de libertad, mediante los cuales se reconoce la libertad de decisión sobre la vida, que entre otros involucra la calidad de vida y el “acceso permanente oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud” y otros que sustentan el buen vivir, de conformidad con lo previsto en el artículo 32 de la carta fundamental.

En el marco internacional, la Declaración de Universal de Bioética y Derechos Humanos, marca directrices o pautas sobre la ética médica. Bajo esas competencias, en su artículo 5, dispone el respeto a la “Autonomía y Responsabilidad Individual” de las personas. Para efectos de este estudio, resulta interesante y pertinente, traer a colación el concepto de dignidad humana, establecido en la jurisprudencia de Colombia mediante la sentencia constitucional Nro. T-291/16 del 07 de julio del año 2016, que dispone:

“Entendido como derecho fundamental autónomo, la Corte ha determinado que la dignidad humana equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda

persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado” (párrafo 23).

En la Constitución de la República del Ecuador, como norma fundamental de reconocimiento de derechos, se reconoce la dignidad humana, y el artículo 84 ordena que:

“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano...”

Como un derecho derivado de la dignidad humana, en el artículo 66 numeral 5 se garantiza a las personas: “El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que el derecho de los demás”; el artículo 11 numeral 7 de la Constitución de la República, reconoce de la misma forma como principio, el reconocimiento de los derechos derivados de la dignidad humana de las personas, hecho que guarda relación con la necesidad de que todo acto que realicen los órganos con potestad normativa deben adecuarse con el valor y principio fundante del ordenamiento jurídico como es la dignidad humana.

Ante esto el artículo 362 del texto fundamental es taxativo al disponer que: “Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes”. En efecto, el Código Civil del Ecuador, sobre la capacidad legal de consentir, en el artículo 1461, prescribe que toda persona puede obligarse por sí misma sin la injerencia o autorización de otra.

De ello, la legislación secundaria especial es la Ley Orgánica de Salud, dispositivo legal que también dispone en su artículo 7 literal d), referente a los derechos y deberes de las personas y del Estado con relación a la salud, el respeto a la dignidad, autonomía, privacidad e intimidad, entre otros. Igualmente, reconoce en el literal h del artículo previamente citado, el poder de las personas para ejercer la autonomía de su voluntad y tomar decisiones respecto a su salud.

En esa línea de análisis, la Ley de Derechos y Amparo del Paciente, en su artículo 6, dispone: “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”, lo cual revela uniformidad con el mandato constitucional supra expuesto.

Este aparato normativo –entre otros -, dentro de la esfera de estudio, tiene importancia para la reflexión académica, ya que por medio de este, se determina la existencia de normas legales fundamentales y secundarias, encaminadas a la protección y efectivo ejercicio del valor y principio de la dignidad humana, que se coloca como sustrato de actuación de la ortotanasia, ya que para su realización es imprescindible el respeto de otros principios o derechos como la autonomía de la personalidad, ligada al poder y capacidad de decisión que tenemos las personas sobre nuestra vida, sin ministerio e injerencias de terceros, siempre y cuando no se violenten los derechos de los demás.

Fijamos posición ante este conjunto de textos normativos, ya que, en nuestro criterio, cumplen un papel fundamental en el tópico asistencial médico y las responsabilidades derivadas del ejercicio de la medicina, reconociendo que antes de la vigencia del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, que tipifica el homicidio culposo por mala práctica en el ejercicio profesional, se creía que se materializaba esta responsabilidad médica únicamente ante la ejecución de prácticas visibles y palpables a los ojos de un tercero (juez).

Inclusive en la actualidad esta forma de pensamiento sigue vigente, tanto, en el personal inmerso en salud como en los operadores de justicia, pues, en la mayoría de los casos no se comprende, como lo hemos estimado, que la violación al derecho al libre desarrollo de la

personalidad, a la dignidad humana o a la capacidad de decisión de un paciente, de igual manera puede llegar a generar una agresión o daño a la persona, cuando se haga caso omiso de sus decisiones (autonomía de la voluntad) y se pretenda alargar la vida, sin importar las consecuencias físicas o psicológicas que generen a la persona y su entorno.

2. La asistencia médica, el consentimiento informado y la relación médico - paciente como atributo del reconocimiento de la dignidad humana del paciente en cuidados paliativos.

En este acápite es importante hacer un breve recuento del consentimiento informado, el cual guarda estrecha relación con el reconocimiento de la dignidad humana como valor y atributo de los pacientes en cuidados paliativos.

En primer lugar, es importante reconocer el contenido de la Ley Orgánica de Salud, la cual en el artículo 7, determina como derechos del paciente: “el estar informado sobre el estado de su salud, recibir asesoría antes y después de cualquier etapa de atención por escrito en un lenguaje comprensible; así como, el derecho a aceptar y decidir sobre esta información”.

Por su parte, el Código de Ética Médica, bajo esos preceptos, en el artículo 15, establece la obligatoriedad del médico en no realizar ninguna intervención sin previa autorización o aceptación del paciente (capaz) o su representante (incapaz); con las excepciones del caso que más adelante se desarrollarán. De igual manera, esta norma en diversos artículos -16, 19, 20, 21, 25- establece la forma y condiciones de cómo se debe entregar la información al paciente, sin que influya en su decisión de aceptar o declinar determinado tratamiento terapéutico.

Del mismo modo, el artículo 5 de la Ley de Derechos y Amparo del Paciente, establece el derecho de todo paciente a ser informado de manera oportuna, clara y comprensible, antes del desarrollo de las diferentes etapas de la atención médica al paciente; y, su artículo 6 reconoce el poder de decisión de los pacientes en aceptar o declinar determinado tratamiento. En ambas situaciones el centro de salud -público o privado- debe informarle al paciente sobre las consecuencias derivadas de tal decisión, por medio del personal médico asistencial.

Esta información, está relacionada al diagnóstico de su estado de salud, pronóstico, tratamiento y sus alternativas existentes, duración probable de incapacitación, riesgos a los que medicamento está expuesto, el cuidado, etcétera, en términos que el paciente pueda razonablemente entender y estar habilitado para tomar la decisión sobre el procedimiento a seguirse, sin presión o persuasión del médico o un tercero.

Dentro del marco legal del Ministerio de Salud Pública de Ecuador, se encuentra vigente el “Acuerdo Ministerial MSP-5316-AM”, publicado en el Registro Oficial Nro. 510 de 22 de febrero del 2016, que establece el “Modelo de Gestión de Aplicación del Consentimiento Informado en la práctica asistencial”. En contexto, este documento técnico – legal, define al consentimiento informado, como el “proceso de comunicación y deliberación, que forma parte de la relación de un profesional de salud y un paciente capaz, por el cual una persona autónoma, de forma voluntaria, acepta, niega o revoca una intervención de salud”.

Además, para efectos de este estudio, es importante resaltar que esta guía clínica, ha cambiado el modelo asistencial del Ecuador, que pasó de ser de un modelo paternalista – en el que se consideraba al paciente o enfermo como incapaz moralmente, donde estaba limitada su capacidad de decisión por el juicio moral de la enfermedad misma y el médico tenía dominio sobre el paciente-, a ser un modelo autónomo interpretativo, mediante el cual prima la autonomía del enfermo y más aún cuando se trate de un paciente paliativo, siendo el deber del médico el respetar los derechos que funda la dignidad humana y la toma de decisiones de su paciente.

Finalmente, podemos asentar sobre el consentimiento informado, que su fundamento ético es el respeto a la autonomía del paciente, y se debe cumplir con los siguientes principios de la bioética, plasmados en esta guía, tales como:

“el profesional aporta sus conocimientos científico técnicos y su experiencia para establecer la indicación adecuada; el paciente autónomo aportará sus valores, sus preferencias y sus creencias. Se respeta la autonomía, se actúa por beneficencia del paciente, evitando prácticas maleficentes y asignando criterios de justicia para la práctica clínica que se propone. Lo que “debe hacerse”, resulta de ponderar el respeto a la autonomía, a la beneficencia, en un marco preestablecido por la no-maleficencia y la justicia”.

Esta comprensión nos deriva en otro ámbito, que es primordial especificar como antecedente, antes del análisis propuesto sobre las consideraciones de la relación médico – paciente, la cual también se sustenta sobre el marco de los principios de la bioética.

Desde la antigüedad en la medicina prima un principio que ese encuentra estrechamente ligado a la bioética, nos referimos al principio de no maleficencia, derivado en el Manual de Seguridad del Paciente Usuario, en el cual el numeral 1.3-, refiere el principio hipocrático *primum non nocere* que significa “ante todo, no hacer daño”, además dicha norma establece que éste, “conmina a evitar cualquier daño al paciente, pero también a poner todos los medios necesarios para evitar que ocurran eventos adversos, o lo que es lo mismo, disminuir el riesgo en la asistencia sanitaria”.

Queda regulado, entonces la obligatoriedad del galeno en no producir y prevenir el daño o el mal, del cual se derivan otros principios relacionados a la bioética, como el de beneficencia y justicia. De ello, colegimos que una buena relación médico paciente, permite entender que el galeno o personal médico asistencial, debe respetar en el marco de la autonomía moral de su paciente, la gestión de su propio cuerpo y sus decisiones vitales.

Es muy importante esta relación al momento de expresar la información al paciente, la cual se plasma en el consentimiento informado. Entonces otra característica del referido consentimiento no es que se trata de un mero formulario de cumplimiento obligatorio, sino que sea una expresión escrita de la confianza y entendimiento precisamente de esta relación de respeto entre el paciente y el médico.

Este concepto es materia de múltiples estudios en la legislación comparada, por lo que, hemos traído a colación una síntesis de las características principales de la relación médico – paciente, dispuestas en la legislación colombiana, específicamente en la Ley Nro. 23 de 1981, que normaliza las pautas en materia de ética médica del país vecino, y que bien nos sirve en el presente tópico de estudio; que son:

1. Por decisión voluntaria y espontánea, tanto del paciente, como del médico.
2. Por acción unilateral del médico en casos de emergencia.
3. Por solicitud de un tercero, como el caso de los menores de edad o incapaces.
4. Por haber adquirido el médico el compromiso de tratar a determinados pacientes que están a su cargo, como los servidores públicos. En este caso se habla también de una relación institucional.

Se reconoce de este contenido los fundamentos que sirven de base para la comprensión de la relación médico- paciente bajo el reconocimiento de la dignidad humana de los pacientes con cuidados paliativos.

3. Consideraciones legales de la ortotanasia en el Ecuador derivadas del contexto jurídico penal.

Del estudio, análisis y desarrollo de la ortotanasia, es indispensable aclarar y explicar los siguientes términos conceptuales.

En la conceptualización del término eutanasia, para el doctrinario Behar (2007), el significado de la palabra eutanasia se deriva de la raíz griega “eu”, cuyo significado es “buena”; y, del vocablo thanatos, que corresponde a muerte” (p. 1). Ante esto, es menester señalar lo que la doctrina entiende por eutanasia, según Esparza Reyes (2019) se reconoce como:

“toda conducta de un médico, u otro profesional sanitario bajo su dirección, que causa de forma directa la muerte de una persona que padece una enfermedad o lesión incurable con los conocimientos médicos actuales que, por su naturaleza, le provoca un padecimiento insoportable y le causará la muerte en poco tiempo. Esta conducta responde a una petición expresada de forma libre y reiterada, y se lleva a cabo con la intención de liberarle de este padecimiento, procurándole un bien y respetando su voluntad acciones (u omisiones) realizadas deliberadamente por un médico, u otro profesional sanitario bajo su dirección, que tienen como objetivo provocar directamente la muerte a petición expresa, voluntaria y reiterada de un paciente capaz que presenta un sufrimiento intenso, físico o psíquico, a consecuencia de una enfermedad terminal o irreversible y que el propio paciente experimenta como algo inaceptable, insoportable e indigno.” (p. 26)

De ese concepto se deriva la ortotanasia que “se origina del prefijo orto: cierto y thanatos: muerte, y es empleado con el significado de muerte apropiada, en el tiempo cierto. Consiste en la no utilización de procedimientos innecesarios e inhumanos con el fin de superar el proceso natural, que implicaría un aumento de sufrimiento. No significa negligencia o abandono del paciente. Se trata de un proceso terapéutico que se rige por la humanización, en el cual los cuidados se destinan a proporcionar calidad de vida y de muerte al paciente.

De esta forma, la práctica de la ortotanasia para Rimet & De Freitas Melo (2018) caracteriza la manifestación de la muerte buena o deseable, en el tiempo cierto, sin interrupción de tratamientos necesarios para aliviar el dolor” (p. 529), concepto que se apega a la buena muerte o muerte digna, en apego al reconocimiento de los derechos desarrollados en el presente trabajo; y la distanasia que según los autores citados:

“se refiere a una de las prácticas más comunes en los campos de la salud. Es una palabra de origen griego, cuyo prefijo “dis” significa “alejamiento”, indicando la prolongación exagerada de la muerte de un paciente. Se refiere a procesos de tratamiento inútil que buscan combatir la muerte a cualquier precio y prolongar la vida de un paciente terminal, aunque sea necesario someterlo a sufrimiento intensivo. En ese caso, se prolonga el proceso de morir, no la vida” (p. 529).

Bajo esas denominaciones colegimos que la eutanasia, es la buena muerte bajo la siguiente clasificación:

- 1) Por acción prolongada de un tratamiento médico innecesario que en nada surte frutos en mejora o eliminar la patología terminal, el resultado igual será dañino, simplemente se alarga el proceso de sufrimiento hasta la muerte. – distanasia.
- 2) En contrario la ortotanasia, se concentra en el no establecimiento de prácticas innecesarias que prolonguen el sufrimiento de los pacientes en cuidados paliativos, que vaya a desmejorar aún más su calidad de vida física y psicológica, reconoce como principio fundamental la dignidad humana y autonomía, que son los puntos

fundamentales de análisis de este trabajo, para llegar a las conclusiones que se plantearán más adelante.

En ese sentido, dentro del contexto legal en el Ecuador, -como antes se describió- se reconoce el derecho a la autonomía de la persona, ligado estrechamente a su potestad de decidir sobre su vida, dentro del marco de la dignidad humana. Ahora bien, es necesario determinar jurídicamente cuando es el fin de la existencia de las personas.

En respuesta a ello, se colige que el Código Civil ecuatoriano, recoge el principio legal sobre la existencia de las personas, ya que, en el Título II, artículo 60, hace referencia que esta existencia comienza desde el nacimiento de las personas. Del este modo, se establece en el artículo 64 de este texto normativo, que el fin de la existencia se materializa en el momento mismo de la muerte.

Siguiendo ese contexto; y, haciendo un análisis jurídico se puede establecer que si el nacimiento de una persona, -por lo tanto el inicio de su vida-, le hace dignatario del ejercicio y protección de derechos y garantías constitucionales y legales, encaminados a la protección de su dignidad humana, la autodeterminación de su vida propia y el poder de decisión en el caso de sufrir una enfermedad terminal (consentimiento informado) que conlleve la disminución de su calidad de vida y su integridad física y mental; también se podría desprender que, precisamente los seres humanos investidos de estos derechos fundamentales, igualmente tendríamos la capacidad de elegir- bajo estas circunstancias de disminución de su salud -, la forma digna de nuestra muerte, considerada como el momento final de la existencia, bajo el precepto legal antes citado.

Los cuidados paliativos en pacientes con enfermedades consideradas como terminales dentro de la normativa técnica – legal del Ecuador, y el deber del personal médico asistencial en respetar la dignidad humana y los derechos que les asisten a esta categoría de pacientes, reconocen la ortotanasia. Es así como la Guía de Práctica Clínica sobre Cuidados Paliativos vigente y de aplicación obligatoria para toda la Red Integral de Salud – RPIS, en su numeral 4.1 sobre los cuidados paliativos, expone:

“La Organización Mundial de la Salud (OMS) (...) define los cuidados paliativos (CP) como "el enfoque que mejora la calidad de vida de pacientes y familias que se enfrentan a los problemas asociados con enfermedades amenazantes para la vida, a través de la prevención y el alivio del sufrimiento, por medio de la identificación temprana y la impecable evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicosociales y espirituales". (...).”

Además, reconoce que los pacientes con otras enfermedades diferentes al cáncer, cuyas características sean como irreversibles, progresivas y en fase terminal, también se pueden beneficiar de la atención en salud bajo los parámetros científicos de esta Guía Clínica; tales como: enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC), demencia, insuficiencias de órganos vitales, enfermedades neurológicas, -entre otras establecidas como catastróficas huérfanas o raras-.

Esta Guía de Cuidados Paliativos, en cuanto a la calidad de vida, establece que ésta se centra en aspectos ligados al “(...) bienestar físico, psicológico, social y espiritual (...)”, conceptos que sin lugar a duda están intimados con el concepto de integridad –física, psicológica- y la dignidad humana. Bajo esa premisa, en este momento se hace importante, los conceptos y características de la asistencia médica, consentimiento informado y relación médico paciente, para la formación de la voluntad del paciente y bajo su autonomía valorar la decisión vital sobre si el pronóstico de la enfermedad, tratamiento y alternativas terapéuticas, son necesarios para su vida y la de su entorno familiar más cercano.

El fin, de este método de sedación en pacientes paliativos es el alivio del sufrimiento, por medio de la reducción de su nivel de conciencia, consiste en la administración de fármacos, “(...) en las dosis y combinaciones requeridas para reducir la conciencia de un paciente con enfermedad

avanzada o terminal, tanto como sea preciso para aliviar adecuadamente uno o más síntomas refractarios y con su consentimiento explícito (...). La sedación en la agonía es un caso particular de la sedación paliativa, y se define como la administración deliberada de fármacos para lograr el alivio, inalcanzable con otras medidas, de un sufrimiento físico o psicológico, mediante la disminución suficientemente profunda y previsiblemente irreversible de la conciencia en un paciente cuya muerte se prevé muy próxima (...)” establecido en el numeral décimo de la guía de cuidados paliativos en mención.

Es decir, que bajo el amparo normativo, existen pacientes en estado refractario consciente en capacidad de establecer su consentimiento informado de manera verbal o escrito, que debe ser valorado por el médico de cabecera y un equipo asistencial de soporte. Empero, es importante en el presente estudio, esta norma técnica reconoce también la posibilidad de la sedación si el paciente se encuentra en estado de inconciencia, bajo la decisión conjunta del médico con la familia del paciente, bajo un correcto diagnóstico de la enfermedad y pronóstico del final de la vida del enfermo.

4. El marco constitucional y legal y la necesidad de entender los parámetros técnicos para reconocer la ortotanasia en el Ecuador desde la visión desde la vida digna a la muerte digna.

Como se estableció en líneas anteriores, existen excepciones al consentimiento informado, las cuales también están encaminadas a la prevalencia de los derechos que tienen protección constitucional e internacional, -dentro de éstas-, analizamos los siguientes escenarios.

Dentro del protocolo que establece esta Guía de cuidados paliativos en estudio, están bajo nuestro criterio, los siguientes pasos que deben seguir el personal médico, para no ser sujetos de criminalización en el marco del Código Orgánico Integral Penal en pacientes sin competencia para decidir:

1. Verificación de decisiones anticipadas; en caso de que no existan corresponde al equipo médico de cabecera, establecer y valorar los deseos del paciente. Estas decisiones o deseos implícitos del paciente pueden estar recogidas por el personal asistencial, en una o varias consultas médicas donde se formule la relación – medico paciente y, se plasme el consentimiento informado, sobre todo el derecho recibir la información del estado de su salud o, en lo anotado e identificado por el personal asistencial en la historia clínica del paciente, de forma clara y precisa.
2. Si el paciente es incompetente o existe su decisión de privilegio terapéutico, el tratamiento de sedación debe ser determinado por el medico a través del consentimiento informado efectivo, suscrito y autorizado por la familia del enfermo. Hecho que se deriva el numeral 1) del presente título, pues puede ser identificado bajo diversas manifestaciones a lo largo de la relación médico – paciente, en la atención asistencial.
3. Derivado de lo anterior, en el caso que el paciente por su autonomía de la voluntad decide no ser informado del tratamiento, la decisión corresponde de la misma forma al equipo médico con el consentimiento expreso de su familia. Esta situación es conocida como el privilegio terapéutico, este mecanismo puede manifestarse independientemente si el paciente paliativo se encuentra en estado de conciencia o no.

Se desprende de estas consideraciones una relación específica del cuerpo normativo especializado en atención del paciente y del tipo penal que recoge el Código Orgánico Integral Penal, que regulan las acciones del personal médico asistencial.

5. La pretendida exigencia de responsabilidad penal del personal médico asistencial frente al cuidado de enfermos bajo la figura paliativa, por tener una enfermedad de carácter terminal.

El Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, en su artículo 18, dispone que la infracción penal se estructura a partir de los elementos: “conducta típica, antijurídica y culpable”, respecto de las acciones u omisiones que se encuentran tipificadas expresamente en esa norma, precisamente, en respuesta al principio constitucional de legalidad dispuesto en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

Del análisis y estudio de la ortotanasia, observamos que esta conducta no se encuentra tipificada taxativamente como delito en marco jurídico penal ecuatoriano, pero tampoco se establece como justificante de las acciones del personal médico asistencial. Lo que observamos es la referencia al cumplimiento de la *lex artis*.

En este contexto, el artículo 90 de su Código de Ética Médica, textualmente dispone: “El médico no está autorizado para abreviar la vida del enfermo. Su misión fundamental frente a una enfermedad incurable será aliviada mediante los recursos terapéuticos del caso”. Podemos deducir, que del análisis de este Código de Ética Médica, existe una relación conceptual con la Guía de Cuidados Paliativos, pues ambos determinan, ante una presencia de enfermedad incurable en una persona (cuidados paliativos), hay la posibilidad de aplicar dentro de los protocolos médicos previamente establecidos, la administración de recursos terapéuticos (sedación), que no significan una violación de un parámetro científico médico.

Incluso, este Código de Ética Médica, en su artículo 92, otorga la posibilidad al médico bajo su criterio técnico y *lex artis* –conocimiento de la ciencia-, el poder suspender procedimientos que causen más sufrimiento al paciente por la prolongación de su vida, que atenten a la dignidad humana y autonomía del paciente (distanasia); siempre y cuando, se cuente con el consenso de la familia del paciente o en su defecto, de existir discrepancias entre las partes, el médico puede recurrir al criterio de tres médicos especialistas homólogos, bajo la realización de una Junta Médica, en donde se pueda dirimir la controversia suscitada.

Esto, hace referencia a la limitación del esfuerzo terapéutico (ortotanasia), como acciones o tratamientos acordes con la situación actual del paciente, es decir, son situaciones integrales que buscan prevenir o aliviar el sufrimiento del paciente, mejorando su calidad de vida desde la proporcionalidad con el punto de vista terapéutico y el sufrimiento del paciente. El objetivo de esta norma en referencia es evitar la realización de actos fútiles que no aportan en nada a la sobrevivencia del paciente paliativo; e, impide el encarnizamiento terapéutico conocido como distanasia.

Antagónicamente, a estas definiciones aceptadas en la práctica médica asistencial del Ecuador, es importante analizar su contraparte partidaria de pretender de establecer sanciones penales al personal asistencia de pacientes con enfermedades paliativas, cuyo tipo penal está consagrado en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, mediante el cual el legislador, a dispuesto:

“Homicidio culposo por mala práctica profesional.- La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley. Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

“1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.

2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.

3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.

4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho”.

A la luz de lo dispuesto en la sentencia Nro. 001-14-SEP-CC, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, respecto al artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal- antes citado- ratifica que:

“Artículo 1.- El Código Orgánico Integral Penal, que en su artículo 146, establece los tipos penales simple y calificado de homicidio culposo por mala práctica profesional, debe ser comprendido en su integridad.

Artículo 2.- Se entenderá que el homicidio culposo simple por mala práctica profesional, tipificado en el inciso primero del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado, conforme a su inciso final.

Artículo 3.- Se entenderá que el homicidio culposo calificado por mala práctica profesional, tipificado en el inciso tercero del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado; y, además, por la concurrencia de las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas”.

En concordancia con esta redacción, analizaremos, grosso modo, algunos elementos vitales para la comprensión de los elementos normativos del tipo penal en examen, los cuales deben articularse con las normas previamente abordadas para su correcta interpretación y aplicación por los operadores del Sistema de Administración de Justicia Penal, reconociendo la figura del deber objetivo de cuidado en el acto médico, la infracción de este, y la ortotanasia, entendida como la buena muerte.

- **Del deber objetivo de cuidado en el acto médico se desarrolla conforme con el siguiente criterio:**

Son deberes generales para todos los médicos y se concretan en las obligaciones que tienen de comportarse conforme los parámetros previamente establecidos por la ciencia médica, estos parámetros corresponden a la evolución de la ciencia médica.

En consecuencia, concluimos bajo nuestro criterio, que existe violación al deber objetivo de cuidado cuando el galeno o personal asistencial de la salud no actúa dentro de estos parámetros de la ciencia médica o extralimita el contenido aprobado por los principios de la bioética, en especial el *non primum nocere* o de no maleficencia, reconocido en la práctica clínica como fundamento de la bioética, para la seguridad del paciente.

- **Infracción al deber objetivo de cuidado en el acto médico.**

Para que se configure la violación al deber objetivo de cuidado, podemos establecer la existencia del injusto imprudente, es decir, cuando la conducta realizada por el personal médico asistencial dentro de sus funciones es típica y antijurídica con resultado dañoso, que puede ser la muerte o una lesión. El tipo penal del Homicidio culposo por mala práctica médica, a nuestro criterio conforme la tipificación de infracciones responderá siempre a la esfera de estudio de la culpa no al dolo. Tanto es así, que el Código Orgánico Integra Penal, en su artículo 27, acota y establece punibilidad únicamente cuando se encuentren tipificadas en esta ley penal, que está vigente a la temporalidad de la ejecución de presente análisis.

- **Fuentes del deber objetivo de cuidado en el acto médico que sustentan la ortotanasia – buena muerte- en el Ecuador.**

Dentro de las fuentes del deber objetivo de cuidado dentro de la práctica médico asistencial, sintetizada de autor García Falconí (2011), podemos decir que dentro de las más importantes se encuentran las siguientes:

- 1) Ley.- establece parámetros generales de comportamiento, pues la medicina, como ciencia está en evolución constante. En ese marco, del presente estudio se demuestra que si se encuentra publicado en el registro oficial del país; y, por lo tanto, vigente la Guía de Cuidados Paliativos, es decir, existe una norma técnica que regula los límites y alcances del personal médico asistencial, respecto de la atención a pacientes paliativos con patologías en estado terminal.
- 2) Experiencia decantada de la vida (Lex Artis).- concluimos que es el saber correcto de la ciencia que la ejerce el profesional de salud, quien tiene la obligación de tratar al paciente conforme esta lex artis, para que de esta manera pueda obtener la protección del estado.

Bajo este marco, fijamos posición al reconocer que la ortotanasia debe reconocerse como una expresión del cumplimiento de la lex artis, interpretarlo de otro modo sería un contrasentido con los parámetros legales y científicos y la propia evolución de la ciencia médica que debe considerar la ciencia jurídica en su desarrollo.

Conclusiones

En cuanto a los resultados es fácil colegir que, en el Ecuador, no existe norma que admita la ortotanasia, por el contrario, el personal médico asistencial, tiene el riesgo de ser criminalizado por homicidio culposo por mala práctica en el ejercicio de su profesión de conformidad con una errónea interpretación de lo establecido en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal.

En consecuencia, los operadores de justicia tienen el deber de conocer los parámetros recogidos de la ciencia médica en las guías y protocolos de salud vigentes al momento de aplicar la ley, reconociendo que en los cuidados paliativos para pacientes terminales por diversas patologías, los profesionales de la salud deben cumplir estos parámetros dados por la ciencia. Ante esto no cabe ninguna consideración acerca de que la conducta violenta el deber objetivo de cuidado.

A la par concluimos que violentar la voluntad de un paciente, obviarla o desconocerla, es indudablemente atacar su dignidad humana y la protección legal que la recoge, por lo que el Estado debe generar y garantizar las condiciones necesarias para el pleno reconocimiento y ejercicio de los derechos de los pacientes con cuidados paliativos, subrayando que la Constitución de la república del Ecuador, dispone la inconstitucionalidad de cualquier acción u omisión que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

Los legisladores, olvidan u omiten tratar o regular la dignidad en el proceso de muerte, no así las normas técnicas recogidas en guías clínicas emitidas por la autoridad administrativa sanitaria, con lo cual se debe abrir un debate sobre la necesidad de articular las normas al desarrollo y evolución de la ciencia médica. En esta discusión será vital la intervención de la academia y entes gubernamentales y no gubernamentales que aporten en esta construcción.

Se concluye que toda pretensión sobre la determinación de responsabilidad del personal médico asistencial contradice los principios de la lex artis y la lógica que subyace en los derechos del buen vivir. En esta comprensión, los operadores de justicia tienen el deber de conocer los parámetros recogidos de la ciencia médica en las guías y protocolos de salud vigentes al momento de aplicar la ley.

Referencias bibliográficas

- Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador (2008). Constitución de la República del Ecuador. Decreto legislativo 0. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2014). Código Orgánico Integral Penal. Ley 0. Registro Oficial Suplemento Nro. 180 de 10 de febrero del 2014. Reformado al 25 de enero del 2022.
- Behar, Daniel (2007). Cuando la vida ya no es vida ¿Eutanasia? México. Editorial Pax.
- Congreso de Colombia (1981). Ley 23 de 1981 (febrero 18). Diario Oficial No. 35.711 del 27 de febrero de 1981. Recuperado de: <http://www.orasconhu.org/documentos/Anexo%2014o%20%20COL%20M&E%202009.pdf>
- Congreso Nacional de la República del Ecuador (1995). Ley de Derechos y Amparo del Paciente. Ley 77. Registro Oficial Suplemento Nro. 626 de 03 de febrero de 1995. Reformada el 22 de diciembre del 2006.
- Congreso Nacional de la República del Ecuador (2005). Código Civil de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento Nro. 46 de 24 de junio del 2005. Reformado el 19 de octubre del 2021.
- Congreso Nacional de la República del Ecuador (2006). Ley Orgánica de Salud. Ley 67. Registro Oficial Suplemento Nro. 423 de 22 de diciembre del 2006. Reformada el 23 de octubre del 2018.
- Corte Constitucional de la República de Colombia (2016). Sentencia Nro. T-291/16 del 07 de julio de 2016. Expediente t-5.350.821. Acción de Tutela. Recuperado de: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10635/9465742/T-291_16.pdf/579e2b0c-18ee-49af-9d4c-7d636efdba05
- Corte Constitucional de la República del Ecuador (2014). Sentencia Nro. 001-14-SEP-CC. Recuperado de: <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=001-14-SEP-CC>
- Esparza Reyes, Estefanía (2019). Disposición del derecho a la vida de los menores de edad: una necesaria discusión sobre eutanasia y suicidio asistido en Chile. *Acta bioethica*, 25(1), 25-34. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2019000100025>.
- García Falconí, José.. Responsabilidad Médica en Materia Civil, Administrativa y Penal y el Derecho Constitucional a la salud Tomo Primero. Rodin (2011). Quito – Ecuador.
- Ministerio de Salud Pública de la República del Ecuador (1992). Código de Ética Médica. Acuerdo Ministerial Nro. 14660 del Ministerio de Salud Pública de la República del Ecuador. Registro Oficial Nro. 5 de 17 de agosto de 1992.
- Ministerio de Salud Pública de la República del Ecuador (2016). Modelo de Gestión de Aplicación del Consentimiento Informado en Práctica Asistencial. Acuerdo Ministerial Nro. 5316 del Ministerio de Salud Pública de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento Nro. 513 de 23 de febrero del 2016.
- Ministerio de Salud Pública de la República del Ecuador (2016). Manual de Seguridad del Paciente - Usuario. Acuerdo Ministerial Nro.115 del Ministerio de Salud Pública de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento Nro. 760 de 14 de noviembre del 2016.
- Organización de la Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y la Cultura. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Aprobada por aclamación por la 33a sesión de la Conferencia General de la UNESCO, el 19 de octubre de 2005.

Rimet Alves de Almeida, H len, & de Freitas Melo, Cynthia. (2018). Prácticas de ortotanasia y cuidados paliativos en pacientes con cáncer terminal: una revisión sistemática de la literatura. *Enfermería Global*, 17(51), 529-574. Epub 01 de julio de 2018.<https://dx.doi.org/10.6018/eglobal.17.3.299691>