

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

La falta de normativa para regular los tratamientos aplicados a personas con discapacidad mental en el Ecuador, con especial mención a los tratamientos convulsivos, y la posible responsabilidad penal de los médicos.

María Elena Sanmartín González

Jurisprudencia

Trabajo de titulación presentado como requisito
para la obtención del título de
abogada

Quito, 10 de diciembre de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

"La falta de normativa para regular los tratamientos aplicados a personas con discapacidad mental en el Ecuador, con especial mención a los tratamientos convulsivos, y la posible responsabilidad penal de los médicos."

María Elena Sanmartín González

Dr. Xavier Andrade Castillo
Informante del ensayo jurídico

Dr. José Irigoyen
Informante del ensayo jurídico

Dr. Juan Pablo Albán
Presidente del tribunal

Dr. Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Quito, diciembre del 2015

INFORME FINAL DE DIRECCIÓN / TRABAJO ESCRITO DE TITULACIÓN

TITULO “La falta de normativa para regular los tratamientos aplicados a personas con discapacidad mental en el Ecuador, con especial mención a los tratamientos Convulsivos, y la posible responsabilidad penal de los médicos”

ALUMNA María Elena Sanmartín González

E VALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

Desde hace tiempo la humanidad se acostumbró a observar como normales la marginalización, el maltrato y las posturas paternalistas en la atención de las personas que padecen enfermedades mentales, mucho más cuando se trata de individuos cuyas condiciones personales les convierten en blancos perfectos de procesos de discriminación múltiple como su origen racial o su condición socio económica. A este fenómeno social debemos añadir en nuestro país la falta de un marco jurídico adecuado y suficiente para responder a las necesidades de las personas que sufren enfermedades mentales, con pautas explícitas al personal de la salud sobre los límites de su actuación; y la permanencia de técnicas para el tratamiento de estas enfermedades que en otras latitudes son consideradas obsoletas y han sido progresivamente erradicadas, como la terapia electro convulsiva o de electroshock. La combinación de estos factores nos coloca en un escenario en que tanto los pacientes como los médicos pueden salir a pérdida, los primeros en su expectativa de que su integridad personal y su salud sean garantizadas, y los segundos ante el riesgo para su libertad personal y su patrimonio por el simple cumplimiento de una labor profesional. Estimo por lo tanto que el problema identificado por la estudiante es de suma importancia, no solo desde el punto de vista jurídico penal sino fundamentalmente desde el punto de vista del derecho constitucional e internacional de los derechos humanos.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por la investigadora.

La hipótesis planteada por la estudiante, en el sentido de que la ausencia en el Ecuador de un marco jurídico que defina los límites de la actuación profesional en el tratamiento de enfermedades mentales pudiera interpretaciones equivocadas o una inadecuada aplicación de los estándares jurídico-penales sobre *mala praxis* profesional, es en mi opinión no solo trascendente sino acertada.

La investigadora toma posición, y más allá de la explicación doctrinaria y jurisprudencial, justifica por qué es conveniente, inclusive para respetar los estándares internacionales relacionados con la prevención de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, impulsar la adopción de una ley de salud mental que proteja los derechos de los pacientes; promueva una adecuada fiscalización de las actividades de las instituciones públicas y privadas que atienden a estas personas; y

fije los parámetros regulares de actuación del personal médico para anticipar posibles escenarios de responsabilidad civil o penal.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

Las fuentes utilizadas por la autora de la tesina son relevantes, actuales, y sustentan adecuada y suficientemente sus argumentos. Las referencias bibliográficas se ven muy bien complementadas con un análisis de los estándares internacionales de derechos humanos relevantes en relación con el tema y con una investigación de campo para establecer hasta qué punto los profesionales de la salud en el Ecuador están familiarizados con los límites jurídicos que operan frente a la aplicación de la terapia de electroshock.

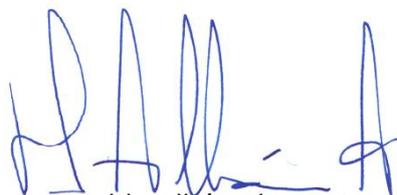
d) Contenido argumentativo de la investigación.

Considero que el documento tiene una excelente estructura y que la autora ha fundamentado adecuadamente su postura a lo largo del texto. La tesina bajo evaluación tiene además la virtud de exponer en forma objetiva distintos puntos de vista, motivando que el lector forme su propio criterio. El trabajo advierte como la ausencia de una regulación adecuada –particularmente en materia de salud mental– sumada a la falta de formación de los profesionales de la salud sobre ciertos aspectos jurídicos relevantes del ejercicio de su actividad puede terminar por afectar los derechos del paciente y/o generar injustamente responsabilidades, particularmente graves como las del orden penal, a personal técnico cuyas obligaciones en realidad son solo de medio y no de resultado, en el ejercicio de una actividad que por su propia naturaleza conlleva riesgos.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación.

La estudiante cumplió a cabalidad con el proceso de investigación, elaboración de la tesina, incorporación de sugerencias tanto en lo sustancial como en lo metodológico, de conformidad con lo establecido en el “Reglamento para la disertación oral y el trabajo escrito como requisito para la culminación de los estudios en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito”.

Por todo lo expuesto, apruebo la tesina.



Juan Pablo Albán Alencastro

Director de la investigación

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: María Elena Sanmartín González

Cédula de Identidad: 1713175675

Código: 00101745

Quito, diciembre de 2015

Agradezco a:

Mis padres, Víctor y María Elena, quienes han sido un ejemplo de esfuerzo, constancia y dedicación para mí. Gracias a su sacrificio, cariño y apoyo he podido alcanzar este sueño. Y a mis hermanos, Diego y Alexandra, quienes me han apoyado incondicionalmente durante todo este proceso.

A Martín, mi apoyo permanente durante toda mi carrera y, especialmente, durante la elaboración de esta tesis. Gracias por tu paciencia, entusiasmo y cariño.

A mi Director de Tesis, Juan Pablo Albán, por ser mi guía, no solo como profesor, sino como profesional, enseñándome la importancia de ayudar a los demás y el valor de luchar por una causa justa.

A Xavier Andrade, quien ha sido uno de los principales guías durante mi carrera y cuya vocación y conocimientos han despertado en mí, un cariño especial por el Derecho Penal.

A todos mis profesores de la universidad quienes han compartido sus conocimientos con dedicación, vocación y paciencia durante estos años.

A mis queridos amigos, con quienes hemos compartido las más lindas experiencias y anécdotas durante estos 5 años y que llevaré conmigo toda mi vida.

RESUMEN

El presente trabajo busca determinar la necesidad de una normativa específica en materia de salud mental que proteja los derechos de las personas con discapacidad mental prescritos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales. En el Ecuador, no existe una normativa adecuada que regule la materia, por lo que se abordarán los criterios mínimos que deberían ser contemplados en una norma especializada en salud mental que garanticen una adecuada aplicación de tratamientos a las personas con discapacidad mental.

A partir del análisis del contexto social y jurídico de las personas con discapacidad mental en el mundo y en el Ecuador y de la realización de una investigación de campo en Quito, respecto de la aplicación de terapia de electroshock (TEC) en instituciones que prestan servicios de salud mental, se establecerá la urgente necesidad de una normativa específica que regule el campo de la salud mental. Asimismo, a partir de la normativa vigente que protege a las personas con discapacidad mental se desarrollará aquellos criterios que deberían ser observados para garantizar efectivamente dichos derechos. Finalmente, se analizará la responsabilidad penal del profesional de la salud como consecuencia de la mala práctica profesional. Es así que, se analizarán los elementos del delito y sus posibles escenarios, la culpa y aquellos casos en que la mala práctica trasciende de un delito culposo y se convierte en uno doloso.

ABSTRACT

This paper seeks to determine the need for specific legislation on mental health that protects the rights of people with mental disabilities prescribed in the Constitution and in international instruments. In Ecuador, there is no adequate legislation governing the matter, so we will discuss the minimum criteria that should be considered in a specialized mental health rule to ensure proper application of treatments to people with mental disabilities.

Based on the analysis of the social and legal context of the mentally disabled in the world and in Ecuador and conducting field research in Quito about the application of electroshock therapy (ECT) in institutions that provide mental health services, we will set the urgent need of specific regulations governing the field of mental health. Also, from the current legislation that protects people with mental disabilities, the criteria that should be observed to guarantee effectively those rights will be developed. Finally, we will analyze the criminal responsibility of health care professionals as a result of malpractice. In this way, the elements of the crime and its possible scenarios, guilt, and those cases in which malpractice transcends a culpable offence becomes one intentional will be analyzed.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	10
1. CAPÍTULO I: Nociones Generales.....	15
1.1 La persona con trastorno mental en la Historia.....	15
1.2 La salud mental.....	18
1.3 La discapacidad.....	20
1.4 El trastorno mental y la enfermedad mental.....	22
1.5 Contexto social del enfermo mental.....	25
1.5.1 Contexto social del enfermo mental en el mundo.....	25
1.5.2 Contexto social del enfermo mental en el Ecuador.....	28
1.6 La Terapia de Electroshock (TEC).....	35
1.7 Investigación de campo.....	37
1.8 La Medicina y el médico.....	42
1.9 La responsabilidad penal.....	47
2. CAPÍTULO II: Criterios mínimos necesarios para la aplicación de tratamientos a personas con discapacidad mental.....	52
2.1 Garantías y Derechos provistos por la normativa ecuatoriana.....	52
2.2 Garantías y Derechos provistos por los instrumentos internacionales.....	57
2.3 Criterios mínimos previstos en la normativa internacional.....	67
2.4 Diagnóstico.....	70
2.5 Verificación de riesgos.....	72
2.6 Tratamiento.....	72
2.7 Consentimiento informado	75
2.8 Tratamiento que requiere el ingreso en instituciones mentales.....	82
2.9 Revisión.....	85
2.10 Confidencialidad.....	86
2.11 Historia clínica.....	87
2.12 Acceso a la información.....	93

2.13	Rehabilitación.....	93
3. CAPÍTULO III: La responsabilidad penal del médico por la inobservancia de criterios mínimos en la aplicación de tratamientos a personas con discapacidad mental.....		
97		
3.1	La responsabilidad penal.....	98
3.2	Mala Praxis Médica.....	99
3.3	Ecuador.....	101
3.4	Esquema del delito en el Código Orgánico Integral Penal.....	101
3.5	Tipos penales contemplados en el Código Orgánico Integral Penal.....	106
3.6	Análisis de la tipicidad: artículos 146 y 152 Código Orgánico Integral Penal.....	108
3.7	Culpa.....	108
3.8	Deber objetivo de cuidado.....	111
3.9	Violación al deber objetivo de cuidado	114
3.10	Condiciones para la concreción de la infracción al deber objetivo de cuidado de acuerdo al Código Orgánico Integral Penal	116
3.11	Acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.....	119
3.12	El profesional de la salud mental.....	123
3.13	La omisión culposa.....	126
3.14	Tortura y tratos crueles.....	131
4. CONCLUSIONES.....		139
5. RECOMENDACIONES.....		149
REFERENCIAS.....		153
1.	Doctrina.....	153
2.	Jurisprudencia.....	160
3.	Plexo normativo.....	160

INTRODUCCIÓN

Las personas que adolecen algún tipo de discapacidad mental han sufrido de marginación, estigmatización, y un sin número de tratos crueles y torturas en el transcurso de la historia, misma que, en algunos casos, se ha mantenido hasta la actualidad. La enfermedad mental, ha sido poco entendida y frecuentemente asociada con un designio divino, por lo que ha existido mucha crueldad asociada al tratamiento que recibían las personas con trastornos mentales. Antiguamente, el desconocimiento y la desinformación que giraba en torno al tema, hacía que la sociedad suponga que estas personas estaban poseídas por el demonio, por lo que su marginalización y rechazo era radical, cruel e inmediato. Con el pasar del tiempo y la evolución de la medicina, la enfermedad mental comenzó a ser visualizada como un estado físico, sin embargo, los prejuicios sociales se mantuvieron a nivel mundial, en mayor o menor medida, provocando exclusión y desatención, incluso jurídica, de las personas con discapacidades mentales.

Desde el siglo XVII, cuando la enfermedad mental empezó a ser visualizada como un estado físico de la persona, hasta la actualidad, los avances científicos, clínicos y farmacológicos han producido cambios significativos en el conocimiento y tratamiento de los trastornos mentales. De igual manera, ha habido un incremento de la conciencia sobre la necesidad de proteger los Derechos Humanos de las personas con discapacidad mental y se ha buscado desarrollar normativas que regulen aspectos en la materia. Pese a esto, en la actualidad, las personas que sufren de enfermedades mentales se encuentran, en gran parte, recluidas en instituciones psiquiátricas, o completamente desatendidas, particularmente expuestas a que sus derechos sean violados y con escasas posibilidades de acceder a mecanismos que garanticen su protección.

Asimismo, pese a que hoy en día, los trastornos mentales representan el 14% de la carga mundial de enfermedades, la salud mental constituye un tema aún bastante ignorado a nivel mundial, ya que, a pesar del extraordinario avance de la legislación internacional sobre Derechos Humanos durante los últimos 30 años, su evolución enfocada en la protección de los derechos de personas con discapacidad mental ha sido relativamente lenta y limitada.¹ En consecuencia, no existe aún una normativa vinculante a nivel internacional que regule los procesos de atención, cuidado y aplicación de tratamiento de las personas que adolecen enfermedades de esta naturaleza. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano principal de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y autónomo encargado de la protección y promoción de los derechos humanos en la región, ha afirmado que:

[...] en las Américas, los usuarios, sus familiares, personal de salud mental, abogados, jueces y demás personas involucradas en la promoción y protección de la salud mental tienen un conocimiento limitado de los estándares internacionales y normas convencionales que protegen los derechos de las personas con discapacidad mental y además que estos estándares y normas convencionales no han sido, en la mayoría de los casos, incorporados en las legislaciones nacionales.²

El Ecuador, constituye uno de los países que no ha incorporado normas convencionales ni tampoco ha establecido una normativa especializada que contemple los estándares internacionales referentes a la materia de salud mental. Si bien, existen varios cuerpos legales que estipulan normas claras respecto del tema, no existe una ley especializada en la materia que establezca criterios mínimos para precautelar los derechos de los pacientes que adolecen algún tipo de discapacidad mental, que regulen los procedimientos médicos y que brinden al médico un respaldo para justificar su obrar en casos en que se presuma algún tipo de mala práctica médica.

¹ Cfr. Eric Rosenthal, y Clarence Sundram. *La Importancia de los Derechos Humanos Consagrados Internacionalmente en la Legislación Nacional sobre Salud Mental*. Ginebra: OMS, 2004,

² CIDH. *Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Promoción y Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental*. Aprobada por la Comisión en su 111º período extraordinario de sesiones, el 4 de abril de 2001. <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/cap.6d.htm>. (acceso: 15/10/15).

Es importante tomar en cuenta que, los derechos más frecuentemente violados en hospitales psiquiátricos o centros especializados que presten servicios en salud mental incluyen: el derecho a ser tratado con humanidad y respeto; el derecho a una admisión voluntaria, el derecho a la privacidad y confidencialidad, el derecho a la libertad de comunicación, el derecho a recibir un tratamiento lo menos restrictivo posible, el derecho a recibir un tratamiento en comunidad, el derecho a proporcionar consentimiento informado antes de recibir cualquier tipo de tratamiento y el derecho a recurrir ante un tribunal independiente e imparcial que determine la legalidad de las decisiones tomadas en referencia a la persona afectada.³ Asimismo, la falta de seguimiento que los gobiernos dan a las instituciones que brindan servicios de salud mental y la existencia de tratamientos agresivos en esta área, tales como la terapia de electroshock (TEC), aumentan el riesgo en el campo de la psiquiatría de producción de casos de mala práctica médica en donde se vulneren los derechos de las personas con discapacidad mental. De igual manera, el riesgo de que estos casos queden en la impunidad y no cesen definitivamente aumenta significativamente.

En el presente trabajo, se analizará el tema de la falta de normativa en materia de salud mental, sus efectos y la necesidad de adoptar ciertos criterios mínimos que regulen el tema de aplicación de tratamientos psiquiátricos de acuerdo con los estándares internacionales. Para ello, se realizará un análisis del contexto social y jurídico de la salud mental en el mundo y en el Ecuador y de las obligaciones que tiene un profesional de la salud frente a sus pacientes. Asimismo, se analizará, a partir de una breve investigación de campo, la realidad actual de la terapia TEC en instituciones que brindan servicios de salud mental en el Ecuador, a fin de destacar la vigente necesidad del Ecuador de adoptar una normativa específica en el tema.

³ Cfr. Santiago A. Catón. *El Derecho Internacional como un Instrumento esencial para la promoción y protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de las personas con Discapacidad Mental: La experiencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Buenos Aires: SIDH. 2008, pp. 16-17.

Asimismo, se profundizará en aquellos estándares mínimos que una normativa específica de salud mental debería prever para garantizar que la aplicación de tratamientos a personas con discapacidad mental se haga de manera adecuada. Es así que, en base a lo establecido por la normativa internacional y los informes de la Organización Mundial de la Salud, se desarrollarán aquellos criterios mínimos necesarios como: la necesidad del establecimiento de un diagnóstico previo a la aplicación de cualquier tratamiento; la verificación de riesgos que la enfermedad del paciente represente, tanto para él mismo, como para terceras personas; la obligación de establecer un tratamiento adecuado y lo menos restrictivo posible; la obligación de prestar consentimiento informado; la forma de proceder frente a casos de ausencia de consentimiento; la necesidad de un protocolo para la aplicación de tratamientos que requieran el ingreso de los pacientes en instituciones mentales, ya sea que el ingreso se dé de manera voluntaria y cuándo caben los ingresos involuntarios; la obligación de revisión de la evolución de los tratamientos aplicados; la confidencialidad; la obligación de llevar una historia clínica clara, precisa y completa; el Derecho del paciente al acceso a la información y; el Derecho de rehabilitación, en la medida de lo posible, que tienen todas las personas que adolecen una discapacidad mental.

Asimismo, se analizará cómo una normativa adecuada debe poner especial énfasis en aquellos tratamientos psiquiátricos que son agresivos para el paciente, como la terapia TEC. Ésta, pese a ser un tratamiento efectivo y muy utilizado, no se encuentra debidamente regulada, ya que se trata de un tratamiento poco entendido y muy cuestionado por la sociedad. En consecuencia, existe un riesgo alto de que su administración se produzca de manera irregular, dejando la posibilidad de que sea aplicada de forma inadecuada, vulnerando, con mayor facilidad, los derechos de los pacientes que la reciben.

En base a lo mencionado, es pertinente afirmar que, resulta indispensable y urgente que el Ecuador adopte todas las medidas necesarias para la promoción y protección efectiva de los derechos de las personas con discapacidad mental. En este

sentido, es necesario apartarnos de la idea de que la responsabilidad de la protección de las personas con discapacidad mental recae, únicamente, en el sector de la salud, y asumir que la responsabilidad es también compartida por órganos legislativos y judiciales.⁴ Tomemos en cuenta que, el riesgo de casos de mala práctica médica en el campo de la psiquiatría es mayor, debido a la naturaleza de los tratamientos existentes en esta área y, a su vez, debido a la condición de los pacientes con enfermedades mentales, por lo que la necesidad de una normativa adecuada es aún mayor.

Finalmente, se analizará el tema de la responsabilidad penal del médico por la inobservancia de criterios mínimos en la aplicación de tratamientos a personas con discapacidad mental. Hay que tomar en cuenta que, el médico, como consecuencia de la naturaleza de su profesión, tiene la obligación de ejercerla sujeto a normas éticas, leyes, reglamentos, ordenanzas y *lex artis*, por lo que la inobservancia de éstos, puede producir daños que desencadenen la responsabilidad del médico como consecuencia de su obrar defectuoso. Para esto, se revisará el tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional y el tipo penal de lesiones contemplados en el actual Código Orgánico Integral Penal. Del mismo modo, se analizarán temas como el esquema del delito en el COIP, la culpa, la violación del deber objetivo de cuidado, los elementos previstos en ambos tipos penales y la relación existente con el campo de la salud mental. De igual forma, me referiré a aquellos casos en que el ejercicio de la profesión médica produce daños a pacientes como consecuencia de omisiones del profesional de la salud. Finalmente, se analizará, brevemente, aquellos casos aislados en los que actos producidos durante el ejercicio de la profesión del médico se deslindan de aquello que se puede denominar una mala práctica médica culposa y llega a constituirse una práctica dolosa, en la que se observan escenarios de tratos crueles, inhumanos o degradantes y hasta tortura.

⁴ Cfr. Santiago A. Catón. *El Derecho Internacional como un Instrumento esencial para la promoción y protección de los Derechos Humanos...* Óp. cit. p. 2.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES

1.1 La persona con trastorno mental en la Historia

Históricamente, la relación existente entre una enfermedad mental y la sociedad se ha visto condicionada, llevando como consecuencia, la imposición de distintas formas de marginación, sea esta individual o colectiva.⁵ Los problemas de salud mental datan desde la literatura sagrada, en donde se visualizaba el origen de la enfermedad como sobrenatural y se la relacionada con la posesión demoníaca.⁶ Posteriormente, surgió la interpretación naturalista de las enfermedades mentales en Grecia hacia el siglo V a.C. al extenderse la teoría humoralista de la enfermedad a los problemas o manifestaciones mentales, es decir, la salud vista como el equilibrio de los cuatro fluidos o humores que conformaban el cuerpo humano (la bilis negra, la bilis amarilla, la flema o pituita y la sangre). En el caso que nos atañe, se consideraba a las enfermedades mentales, como un producto del desequilibrio que se producía en el cerebro de las personas.⁷ Después, durante el Imperio romano, la clasificación griega se mantuvo y se desarrollaron las primeras manifestaciones de la salud pública, sin embargo, la enfermedad mental continuó siendo un tema de carácter íntimo, atendido dentro del hogar.⁸

Durante la Edad Media y con la difusión del cristianismo, se produjo un gran retroceso en el tema de la salud, ya que los médicos convertidos a la religión,

⁵ Cfr. Rafael Huertas, Ricardo Campos y Raquel Álvarez. *Entre la Enfermedad y la Exclusión. Reflexiones para el Estudio de la Locura en el Siglo XIX*. Madrid: SCIC. 1997, p. 47.

⁶ Cfr. Evaristo Pasquale. *Psiquiatría y salud mental: Historia de la Institución Psiquiátrica*. Trieste: Asteristos Delithanassis Editore. 2000, pp. 1-3.

⁷ Cfr. Oswaldo Salaverry. *La Piedra de la Locura: Inicios Históricos de la Salud Mental*. Lima: Revista Peruana de Medicina Experimental. 2012, p. 144.

⁸ *Id.*, p. 145.

supeditaron sus convicciones profesionales a las religiosas y, por tanto, se visualizó nuevamente, a la enfermedad como un designio divino. Aquí, surgen los primeros hospitales, como expresión de caridad y compasión con el doliente, sin embargo, no estaban destinados a curar a los enfermos, sino a brindarles apoyo espiritual y físico en tanto se definía la voluntad divina al respecto, ya que la enfermedad mental no era propiamente una dolencia, sino una forma de posesión sobrenatural.⁹ En este sentido, existió mucha crueldad como paradigma de tratamiento, llegando incluso a enviar a las hogueras a aquellas personas que se creían poseídos por el demonio.

A principios del siglo XVII la enfermedad mental comenzó a ser visualizada como un estado físico de la persona. No obstante, predominó la imagen del enfermo como un ser inferior, es decir, era considerado un incapaz debido a su exceso de pasiones, cuya condición constituía un castigo incurable y, que en consecuencia, justificaba las condiciones de vida miserables y el uso de medidas físicas de contención en lugares de reclusión.¹⁰ Es decir, prisiones públicas, manicomios, hospicios, casas de caridad, hospitales generales y manicomios privados.¹¹

[...] en el siglo XVII eran expulsados de la ciudad en barcos, como una medida de expulsión general donde se deshacían de “locos” vagabundos. Pero no todos corrían la misma suerte, otros eran enviados a las prisiones, sin tratamiento alguno, junto con delincuentes, pobres y desocupados.¹²

Los primeros razonamientos médicos de la locura se dieron durante el siglo XVIII. Aquí, con la denominada *Primera Revolución Psiquiátrica*, surgieron los primeros movimientos humanitarios que buscaron la reforma de las condiciones de reclusión de las personas con enfermedad mental, logrando que se introduzca el tratamiento moral dentro de muchas instituciones, el respeto a los derechos del hombre y la dignificación de sus condiciones de vida.

⁹ Cfr. Oswaldo Salaverry. *La Piedra de la Locura: Inicios Históricos de la Salud Mental*. Lima: Revista Peruana de Medicina Experimental. 2012, p. 145.

¹⁰ Cfr. Organización Mundial de la Salud en 2003. *Conjunto de Guías sobre Servicios y Políticas de Salud Mental: El Contexto de la Salud Mental*. Asturias: Editores Médicos, s.a. EDIMSA, 2005, pp. 3-5.

¹¹ Cfr. Rafael Huertas, Ricardo Campos y Raquel Álvarez. *Entre la Enfermedad y la... Óp. cit.*, p. 33.

¹² Oswaldo Salaverry. *La Piedra de la Locura: Inicios Históricos de la Salud Mental Óp. cit.*, p. 147.

Durante el siglo XIX, surgió la época del manicomio y se impulsó su construcción lejos de las ciudades a lo largo de Europa y EEUU.¹³ Pese a esto, las limitaciones financieras, el alto número de pacientes y la falta de alternativas rentables, provocaron que estos centros se convirtieran en instituciones meramente custodiales, de aislamiento y seguridad.¹⁴ Por otro lado, el tratamiento farmacológico empezó a ser utilizado, así como el tratamiento moral y la hidroterapia.

Durante la primera mitad del siglo XX se produjo la *Segunda Revolución Psiquiátrica*. Aquí, se impulsó el cambio en el enfoque de la asistencia y el tratamiento de las personas con trastornos mentales, pasando del sistema de mera custodia al planteamiento de desarrollo de un sistema más humano. Sin embargo, recién a partir de la Segunda Guerra Mundial el movimiento de los derechos humanos se expandió y las investigaciones en la materia se desarrollaron. Se demostró que los manicomios tenían poco impacto terapéutico en las personas y que, al contrario, éstos exacerbaban la discapacidad mental.¹⁵ En el ámbito internacional, se produjo una mayor concientización sobre las malas condiciones de vida, el tratamiento inadecuado y la necesidad de que los gobiernos protegiesen los derechos de los pacientes con trastornos mentales. Asimismo, se promulgaron nuevas legislaciones que buscaban la protección de los derechos del enfermo mental.¹⁶

Las conclusiones llegadas a partir de las investigaciones de los manicomios, produjeron la reducción del número de pacientes crónicos en los mismos, el cierre de varios de ellos y el desarrollo de servicios de salud mental comunitarios como alternativas.¹⁷ De este modo, se implementó un proceso de desinstitucionalización en donde se reemplazó el hospital psiquiátrico con viviendas de rehabilitación psicosocial y asistencia médica, en donde se elaboraron planes laborales para brindar a estas

¹³ Cfr. Rafael Huertas, Ricardo Campos y Raquel Álvarez. *Entre la Enfermedad y la... Óp. cit.*, p. 33.

¹⁴ Cfr. Organización Mundial de la Salud en 2003. *Conjunto de Guías sobre Servicios y Políticas de Salud Mental: El Contexto de la Salud Mental. Óp. cit.*, pp. 3-5.

¹⁵ Cfr. Huertas Rafael, Campos Ricardo y Álvarez Raquel. *Entre la Enfermedad y la... Óp. cit.*, p. 53.

¹⁶ Cfr. Oswaldo Salaverry. *La Piedra de la Locura: Inicios Históricos de la Salud... Óp. cit.*, pp. 144-148.

¹⁷ Cfr. Organización Mundial de la Salud en 2003. *Conjunto de Guías sobre Servicios y Políticas de Salud Mental: El Contexto de la Salud Mental. Óp. cit.*, pp. 3-5.

personas una oportunidad de integración con la comunidad y asistencia médica permanente para aquellos que requerían de tratamiento. Sin embargo, pese al gran avance que se dio con la medida, en la práctica, el desarrollo apropiado de los servicios comunitarios no fue el esperado. Pocas ciudades como Melbourne en Australia, Santos y Río Grandes do Sul en Brasil, Lille en Francia, Siauliai en Lituania, Madrid en España y Londres en Reino Unido han logrado desarrollar servicios de salud comunitarios eficientes.¹⁸

Actualmente, los avances científicos, clínicos y farmacológicos han producido cambios significativos en el conocimiento y tratamiento de los trastornos mentales, asimismo, ha habido un incremento de la conciencia sobre la necesidad de proteger los derechos humanos de las personas que las padecen.¹⁹ Pese a esto, el desarrollo en el campo de la salud mental variará de un país a otro y dependerá de cuánta importancia y presupuesto le dedique cada país a este tema.

1.2 La salud mental

Durante la década de los años 90, se produjo un importante cambio para la salud mental en las Américas, ya que, en la conferencia llevada a cabo en la ciudad de Caracas, Venezuela en noviembre de 1990, se lanzó la Iniciativa Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica.²⁰ Dicha declaración hizo hincapié y se centró en reemplazar el modelo del hospital psiquiátrico por uno de prestación de servicios descentralizado, participativo, integral, continuo, preventivo y basado en la comunidad.²¹

Posteriormente, durante 1997 y el 2001, el Consejo Directivo de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) abordó el tema de la salud mental y emitió resoluciones en las que se instaba a los Estados Miembros a incluir la salud mental

¹⁸ Cfr. Rafael Huertas, Ricardo Campos y Raquel Álvarez. *Entre la Enfermedad y la... Óp. cit.*, p. 34.

¹⁹ Cfr. Organización Mundial de la Salud en 2003. *Conjunto de Guías sobre Servicios y Políticas de Salud Mental: El Contexto de la Salud Mental. Óp. cit.*, p. 4.

²⁰ Organización Mundial de la Salud. *Invertir en Salud Mental*. Ginebra: TushitaGraphicVision. 2004, p. 7.

²¹ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Plan de Acción sobre Salud Mental 2015-2020*. Washington D.C.: OPS. 2014, p. 2.

entre sus prioridades y a intensificar las actividades en esta esfera.²² Desde entonces, se han aprobado un sin número de planes de acción sobre salud mental, que buscan impulsar, orientar y mejorar la salud mental de la población, ya que, a nivel mundial, los trastornos mentales y neurológicos representan el 14% de la carga mundial de enfermedades.²³

La Constitución de la Salud, promulgada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), define a la *salud* como un estado de completo bienestar, mismo que está compuesto por el bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.²⁴ En consecuencia, “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr constituye uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción alguna”.²⁵ Asimismo, los gobiernos de cada país, tienen la responsabilidad de garantizar la salud de sus pueblos, a través de la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.²⁶

La OMS afirma que “no hay salud sin salud mental”.²⁷ En función de esto, la salud mental es imprescindible para que una persona pueda ser considerada 100% sana. Ésta, se define como un “estado de bienestar en el que el individuo realiza sus capacidades, supera el estrés normal de la vida, trabaja de forma productiva y fructífera, y aporta algo a su comunidad”.²⁸ Es decir, la Salud Mental comprende una dimensión positiva y va más allá que la sola ausencia de trastornos mentales.²⁹

En este sentido, la salud mental constituye el núcleo de un desarrollo equilibrado de toda la vida, que desempeña una función importante en las relaciones

²² Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Plan de Acción sobre Salud Mental 2015-2020*. Washington D.C.: OPS. 2014, p. 2.

²³ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Invertir en Salud Mental... Óp. cit.*, p. 7.

²⁴ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. 1946, p 1.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ Cfr. Organización Panamericana de la Salud. *Estrategia y Plan de Acción sobre Salud...Óp. cit.*, p. 1.

²⁸ Organización Mundial de la Salud. *Plan de Acción sobre Salud Mental 2015-2020*. Washington D.C.: OPS. 2014, p. 2.

²⁹ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Invertir en Salud Mental. Óp. cit.*, p. 7.

interpersonales, la vida familiar y la integración social. Es un factor clave para la inclusión social, la plena participación en la comunidad y la economía. Adicionalmente, constituye una parte indivisible de la salud, el bienestar y el funcionamiento eficaz de las personas.³⁰ Finalmente, la Salud Mental se refiere a la capacidad de adaptarse al cambio, hacer frente a las crisis, establecer relaciones satisfactorias con todos los miembros de la comunidad y encontrar un sentido a la vida.³¹

Desde el punto de vista jurídico, la legislación ecuatoriana reconoce el derecho de todas las personas a la salud, entendida como “el completo estado de bienestar físico, mental y social”.³² Asimismo, la ley prescribe que la salud, sea esta mental o física, constituye un derecho inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, de una persona, por lo que su protección y garantía, constituye una responsabilidad primordial del Estado.³³ Asimismo, la ley ha previsto que la salud mental constituye un tema de especial atención para el Estado, ya que existe la necesidad de implementar planes y programas en la materia con un enfoque familiar y comunitario que busquen promover la reinserción social de las personas que adolezcan una enfermedad mental.³⁴

1.3 La discapacidad

El concepto de discapacidad es un concepto que se encuentra en constante evolución. Ésta, es parte de la condición humana, por lo que, casi todas las personas tendrán una discapacidad temporal o permanente en algún momento de sus vidas.³⁵ La OMS ha advertido que la discapacidad es compleja, dinámica, multidimensional y objeto de discrepancia.³⁶ Ésta, resulta de la “interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y el entorno que evita su participación

³⁰ Cfr. Organización Panamericana de la Salud. *Estrategia y Plan de Acción sobre Salud... Óp. cit.*, p. 3.

³¹ *Ibíd.*

³² Ley Orgánica de Salud. Artículo 3. Suplemento del Registro Oficial 423 de 22 de diciembre de 2006.

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Id.*, Artículo 14.

³⁵ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Informe Mundial sobre la Discapacidad*. Malta: Biblioteca Biblioteca OMS. 2011, p. 3.

³⁶ *Id.*, p. 4.

plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás”.³⁷ En consecuencia, la discapacidad de una persona surge de la interacción entre las condiciones de salud y los factores contextuales, es decir, los factores ambientales y personales.

Respecto de las *condiciones de salud*, éstas se refieren a las enfermedades, lesiones y trastornos que puede adolecer una persona; Los *factores ambientales* son aquellos que “describen el mundo en el cual una persona discapacitada debe vivir y actuar con las personas con diferentes niveles de funcionamiento”.³⁸ Es importante tomar en cuenta que, estos factores pueden actuar como facilitadores o como barreras y entre ellos, se incluyen: productos y tecnología, el ambiente natural y el entorno construido por el hombre, apoyo y relaciones, actitudes, y servicios, sistemas y políticas.³⁹ Finalmente, los *factores personales*, corresponden a la motivación y la autoestima, mismos que pueden influir en el grado en que una persona participa o no en la sociedad. En otras palabras, *discapacidad* significa, en algunas circunstancias, un signo intrínseco de una enfermedad o síndrome específico y, en otras, es una consecuencia de esa enfermedad o síndrome.⁴⁰

En la actualidad, existe un intenso debate acerca de las condiciones que deberían ser incluidas en la definición de *discapacidad*, ya que esto puede conllevar implicaciones significativas al momento de establecer un punto de corte entre el grado y gravedad de la misma. En el Ecuador, la Ley Orgánica de Discapacidades prescribe que:

[...] se considera persona con discapacidad a toda aquella que, como consecuencia de *una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales*, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa

³⁷ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Informe Mundial sobre la Discapacidad*. Malta: Biblioteca Biblioteca OMS. 2011, p. 4.

³⁸ Organización Mundial de la Salud. *Informe Mundial sobre la Discapacidad*. *Óp. cit.*, p. 5.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ Cfr. Bertolote JM, Sartorius N. WHO initiative of support to people disabled by mental illness: Some issues and concepts related to rehabilitation. *European Psychiatry*.1996, p. 25.

para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, en la proporción que establezca el Reglamento.⁴¹ [Las cursivas son mías]

Posteriormente, en el artículo 7 de la misma Ley, se determina qué es una persona con deficiencia o condición discapacitante, es decir, aquella que:

[...] presente disminución o supresión temporal de alguna de sus capacidades físicas, sensoriales o intelectuales manifestándose en ausencias, anomalías, defectos, pérdidas o dificultades para percibir, desplazarse, oír y/o ver, comunicarse, o integrarse a las actividades esenciales de la vida diaria limitando el desempeño de sus capacidades; y, en consecuencia el goce y ejercicio pleno de sus derechos.⁴²

El reconocimiento y calificación de toda Discapacidad o condición discapacitante le corresponde a la autoridad sanitaria nacional y será determinada por médicos especialistas del sistema nacional de salud que estarán acreditados expresamente por la autoridad sanitaria nacional.⁴³

1.4 El trastorno mental y la enfermedad mental

Al igual que en el caso de la discapacidad, el establecer una definición específica de qué es un trastorno mental constituye una labor complicada, ya que no existe un diagnóstico o cuadro clínico unitario, sino un grupo de trastornos con algunos rasgos en común para su determinación.⁴⁴ Javier de la Torre define al trastorno mental como el síndrome de carácter psicológico sujeto a interpretación clínica que, por lo general, se asocia a un malestar o a una discapacidad padecida por una persona.⁴⁵ Ésta, se produce a raíz de una alteración que repercute sobre los procedimientos afectivos y cognitivos del desarrollo, ocasionando dificultades para razonar, alteraciones del comportamiento, impedimentos para comprender la realidad y para adaptarse a

⁴¹ Ley Orgánica de Discapacidades. Artículo 6. Suplemento del Registro Oficial 796 de 25 de septiembre de 2012.

⁴² *Id.*, Artículo 7.

⁴³ Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades. Artículo 3. Suplemento del Registro Oficial 145 de 17 de diciembre de 2013.

⁴⁴ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental. Derechos Humanos y Legislación*. Ginebra: OMS. 2006, p. 23.

⁴⁵ Cfr. Javier de la Torre. *La Salud Mental*. Cuenca: AGN, 2013., pp. 1-2.

diversas situaciones.⁴⁶ En así que, el individuo que padece este tipo de trastorno es a quien, comúnmente, se lo denomina enfermo mental.

Es importante recalcar que, el término *trastorno mental* engloba a la enfermedad mental, el retraso mental o discapacidad intelectual, los trastornos de la personalidad y la toxicomanía.⁴⁷ Es decir, trastorno mental responde al género y enfermedad mental a la especie. Frente a esto, el CIE-10 señaló que el término *trastorno*:

[...] se emplea para evitar los problemas mayores inherentes al uso de otros términos tales como 'enfermedad'. 'Trastorno' no es un término exacto, pero se usa para implicar la existencia de un conjunto de síntomas y conductas clínicamente reconocibles, asociado en la mayoría de los casos con el malestar y con la interferencia con el funcionamiento personal. La desviación social o el conflicto, tomados aisladamente y sin estar ligados a disfunciones personales, no deberían incluirse en la noción de 'trastorno'.⁴⁸

Asimismo, depende de la legislación de cada país el determinar un punto de corte entre un trastorno mental que merece la prestación de un tipo de servicio médico específico, o a aquél al que se debe dar un tratamiento involuntario.⁴⁹ Es decir, dependerá de la definición que adopte cada legislación nacional para determinar un límite que categorice una enfermedad mental en un nivel u otro y si ésta, es considerada una discapacidad mental o no. Esta definición también va a depender del contexto social, cultural, económico y legal de una sociedad.

Entonces, una vez analizados ambos conceptos, es importante precisar que una enfermedad mental no necesariamente implica la existencia de una discapacidad. La discapacidad puede ser una consecuencia de la gravedad de una enfermedad mental o, a su vez, la enfermedad mental puede ser una consecuencia de una discapacidad funcional adolecida por la persona. Por esta razón, es importante no perder de vista que ambos significados no son lo mismo, pero, ante ciertas situaciones pueden verse

⁴⁶ Cfr. Javier de la Torre. *La Salud Mental*. Cuenca: AGN , 2013., pp. 1-2.

⁴⁷ Organización Mundial de la Salud. *Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental*. Óp. cit., p. 23.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Id.*, p. 43.

encontrados. La legislación ecuatoriana, en la Ley Orgánica de Discapacidades, precisa esta diferenciación y establece que la deficiencia mental que restrinja la capacidad biológica, psicológica y asociativa de una persona de manera permanente, es considerado una discapacidad, mientras que si la deficiencia es temporal, se considera como una condición incapacitante.⁵⁰

Por último, es importante precisar que una discapacidad intelectual no es lo mismo que una enfermedad mental. La primera, se refiere a un trastorno que se encuentra definido por la presencia de un desarrollo mental incompleto y se caracteriza, principalmente, por presentar afectaciones a las funciones cognitivas, del lenguaje, motrices y la socialización.⁵¹ Por otro lado, la enfermedad mental o trastorno mental es una enfermedad síquica que responde a un síndrome u alteración psicológica de una persona.⁵² Cabe recalcar que, al igual que en el caso de la discapacidad, una discapacidad intelectual puede degenerar en una enfermedad mental o viceversa, sin embargo, no son lo mismo.

Dentro del campo de la Medicina, para poder diferenciar una enfermedad de otra, se utiliza la CIE-10, misma que constituye la clasificación internacional de enfermedades. Ésta, es establecida por la OMS y constituye una herramienta de uso mundial que clasifica las enfermedades a través de códigos.⁵³ Asimismo, la clasificación de los trastornos mentales está contemplada en el Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-5) cuyo uso es de carácter complementario al de la clasificación de la CIE-10.⁵⁴ Es así que, el DSM es el manual para establecer el diagnóstico definitivo de una enfermedad mental que está codificada y reconocida en el CIE10.

⁵⁰ Ley Orgánica de Discapacidades. Artículos 6 y 7. Suplemento del Registro Oficial 796 de 25 de septiembre de 2012.

⁵¹ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Clasificación internacional de enfermedades CIE-10*. 1992, F 70-79 Retraso Mental.

⁵² Definición.DE. *Trastorno Mental*. <http://definicion.de/trastorno-mental/> (acceso: 03706/2015)

⁵³ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Clasificación internacional de enfermedades CIE-10*. 1992.

⁵⁴ Cfr. American Psychiatric Association. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders DSM-5*. 2013.

1.5 Contexto social del enfermo mental

1.5.1. Contexto social del enfermo mental en el mundo

La salud mental sigue siendo un área bastante ignorada de la salud pública a nivel mundial. La salud mental y las enfermedades mentales se han separado de la salud física y la enfermedad física, por lo que los recursos asignados a la salud mental, generalmente, son bajos y carecen de equidad. De esta forma, se ignora que la Salud Mental constituye un factor decisivo para el futuro desarrollo de una sociedad.⁵⁵ Actualmente, los trastornos mentales representan aproximadamente el 14% de la carga total de las enfermedades en todo el mundo. Asimismo, constituyen cerca de 30% de la carga total de enfermedades no transmisibles y casi tres cuartas partes de la carga mundial de trastornos mentales corresponden a países con bajos y medios ingresos.⁵⁶

Gracias al importante y constante aporte de la OMS, en la actualidad se han producido avances respecto del tratamiento a las personas con trastornos mentales desde el antecedente histórico de permanente marginación. Asimismo, existe un aumento de la conciencia pública y mayor información disponible respecto del tema. Sin embargo, sigue sin ser suficiente. Es así que, la OMS determinó que en el año 2001, los trastornos mentales conformaron 6 de cada 20 causas principales de discapacidad a nivel mundial.⁵⁷

Adicionalmente, en el año 2000, el Informe Mundial de Desarrollo Invertir en Salud y el desarrollo de los años de vida ajustados por discapacidad (DALYs) estimaron que el promedio de carga total de la enfermedad mental, incluyendo los años perdidos debido a la discapacidad, se estima que conformaron el 12,3% de los años de vida ajustados por discapacidad y el 31% de los años vividos con discapacidad.⁵⁸ Asimismo,

⁵⁵ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *La Salud Mental en las Américas: Nuevos Retos al comienzo del Milenio*. Washington D.C.: OMS. 2001, p. 4.

⁵⁶ Cfr. Organización Panamericana de la Salud. *Estrategia y Plan de Acción sobre Salud...Óp. cit.*, p. 3.

⁵⁷ Cfr. Organización Mundial de la Salud en 2003. *Conjunto de Guías sobre Servicios y Políticas de Salud Mental: El Contexto de la Salud Mental. Óp. cit.*, p. 17.

⁵⁸ *Ibíd.*

se creía que para el año 2020, los trastornos mentales conformen el 15% de los años de vida perdidos y ajustados por discapacidad,⁵⁹ sin embargo, en el año 2004 la cifra ya había ascendido al 22%.⁶⁰

Los países en vías de desarrollo que tengan un sistema de salud mental poco desarrollado, probablemente verán incrementada de forma sustancial la carga atribuida a los trastornos mentales.⁶¹ Asimismo, se prevé que la tasa de mortalidad infantil y enfermedades infecciosas disminuya considerablemente en estos países, sin embargo, la tasa de personas con vulnerabilidad a los trastornos mentales aumentará desproporcionadamente, causando un grave impacto, ya que los trastornos mentales son más susceptibles en adultos jóvenes, quienes conforman la parte más productiva de la población.⁶²

Cabe resaltar que, la carga oculta de estigma y discriminación de personas con trastornos mentales se mantiene. Tanto en países de altos ingresos como los que no, la estigmatización de personas con estas dolencias ha persistido a lo largo de la historia. Actualmente, se manifiesta en forma de estereotipos, prejuicios, vergüenza, miedo, rechazo o evitación, denegación de sus derechos civiles, económicos y sociales y la vulneración de sus derechos humanos a diario.⁶³

Por otro lado, los trastornos mentales, en el año 1998, constituyeron 11,5% de la carga de morbilidad en todo el mundo. Se calcula que, en 1990, en la Región de las Américas, 114 millones de personas sufrían un trastorno mental, mientras que en el año 2010 las cifras aumentaron a 176 millones.⁶⁴ Pese a las cifras alarmantes, la salud mental sigue siendo un área ignorada de la atención de salud. El abandono no es el

⁵⁹ Cfr. Organización Mundial de la Salud en 2003. *Conjunto de Guías sobre Servicios y Políticas de Salud Mental: El Contexto de la Salud Mental. Óp. cit.*, p. 18.

⁶⁰ Cfr. Organización Panamericana de la Salud. *Estrategia y Plan de Acción sobre Salud... Óp. cit.*, p. 4.

⁶¹ Cfr. Organización Mundial de la Salud en 2003. *Conjunto de Guías sobre Servicios y Políticas de Salud Mental... Óp. cit.*, p. 18.

⁶² *Ibíd.*

⁶³ Cfr. Organización Mundial de la Salud en 2003. *Conjunto de Guías sobre Servicios y Políticas de Salud Mental... Óp. cit.*, p. 18.

⁶⁴ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *La Salud Mental en las Américas... Óp. cit.*, p. 3.

resultado de la falta de tratamientos eficaces, ya que éstos existen y en una amplia gama, sino que proviene del estigma, de los limitados recursos asignados al área y de la centralización de la atención de la salud mental en grandes hospitales psiquiátricos, desactualizados e ineficaces.⁶⁵

Actualmente, en la Región de las Américas y el Caribe, el 25% de la población adulta sufre un trastorno mental en algún momento de la vida. La tasa, aproximada, de prevalencia de Trastornos Mentales en los niños varía entre 12% y el 29% en países en desarrollo⁶⁶ y, la brecha de tratamiento que existe entre la proporción de personas enfermas que requieren de atención y que no la reciben, es muy amplia. Así, queda en evidencia que, los países en desarrollo, presentan porcentajes muy elevados de casos no tratados en la mayoría de trastornos mentales.⁶⁷

No obstante, en esta Región, después de 1990 el 80% de los países que la conforman, cuentan con una política específica de salud mental y 70% cuentan con un plan de salud mental. En consecuencia, ha existido una clara iniciativa de reestructuración de los servicios psiquiátricos en América Latina, ya que, antes de la Declaración de Caracas, tan solo 22% de países tenían una legislación específica de salud mental.⁶⁸

Finalmente, pese a la aprobación de la resolución CD40.R19, la mayoría de países mantienen los hospitales psiquiátricos como estructura básica del sistema de salud mental, versus el nuevo sistema planteado por la OMS de servicios comunitarios de salud mental.⁶⁹ Asimismo, los Hospitales Psiquiátricos están ubicados, por lo general, lejos de la residencia del usuario y han resultado inadecuadas para facilitar la aplicación de los tratamientos necesarios y las intervenciones que actualmente se

⁶⁵ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *La Salud Mental en las Américas... Óp. cit.*, p. 3.

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ Cfr. Organización Panamericana de la Salud. *Estrategia y Plan de Acción sobre Salud... Óp. cit.*, p. 5.

⁶⁸ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *La Salud Mental en las Américas... Óp. cit.*, p. 6.

⁶⁹ *Ibíd.*

consideran básicas, especialmente, porque promueven la rehabilitación y la integración social.⁷⁰

1.5.2. Contexto Social del Enfermo Mental en el Ecuador

La situación del Ecuador en lo referente al campo de la Salud Mental ha quedado bastante rezagada a comparación de otros países de América Latina como Chile o Colombia. En el Ecuador, no existe una normativa específica que regule el tema de la Salud Mental, en consecuencia, la postura frente a esta tesis es que la falta de una normativa específica en la materia de salud mental permite que se vulneren los derechos de las personas con discapacidad mental con mayor facilidad. Es así que, aquellos derechos reconocidos y garantizados en la Constitución y normas internacionales no se hacen efectivos para aquellas personas que adolecen de una enfermedad mental. A continuación, se revisarán varias cifras que reflejan la realidad de la salud mental en el país. En este sentido, es importante recalcar que, los datos a continuación referidos, tienen una antigüedad mayor a 5 años, ya que no existe información actualizada, confiable y sustentada en el país que reflejen la situación real a la fecha, denotando así, la falta de seguimiento e importancia que se le ha dado al tema de salud mental.

En diciembre del 2007, la OMS presentó un Informe de Evaluación del Sistema de Salud Mental en el Ecuador (IESM-OMS) cuya investigación se cumplió entre los meses de septiembre y noviembre de 2007, con datos referentes al año 2006 y años anteriores.⁷¹ Es así que, en base a la utilización de Instrumentos de Evaluación para Sistemas de Salud Mental, se realizaron varias observaciones respecto del modelo manejado en el país que arrojaron resultados preocupantes. Posteriormente, en Junio del 2014, el Ministerio de Salud Pública emitió el Plan Estratégico Nacional de Salud Mental 2015-2017, en el que, si bien, se busca un mejoramiento en el sistema de salud

⁷⁰ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *La Salud Mental en las Américas... Óp. cit.*, p. 8.

⁷¹ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Informe sobre el Sistema de Salud Mental en el Ecuador, IESM-OMS*. 2008, p. 2.

mental del Ecuador, éste sigue sin ser suficiente ni eficaz frente a al importante crecimiento del índice de personas con enfermedades mentales en el país.

Es importante señalar que, el sistema de salud del Ecuador se caracteriza por su segmentación. En él, coexisten los sistemas de Salud Pública Integral y el Privado. El primero, se estructura de forma regionalizada con dos niveles de descentralización: el provincial y cantonal, y está constituido por el sistema de Seguridad Social, el de las Fuerza Armadas y Policía. Por otro lado, encontramos a los servicios privados, entre los que se incluye a SOLCA.⁷²

Desde el punto de vista jurídico, la Constitución del Ecuador establece que el Estado garantizará el derecho a la salud a través de la adopción de políticas que garanticen el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud.⁷³ Sin embargo, la situación real refleja un sistema caracterizado por tener fuertes barreras que limitan el acceso a los servicios de salud. En este sentido, los servicios públicos, en cuanto a atención, cobertura y funcionamiento, no responden adecuadamente a las necesidades y a la realidad epidemiológica de la población y los servicios privados no están al alcance de todos debido a su alto costo.⁷⁴

En lo referente a la Salud Mental, si bien, el Ecuador posee varios cuerpos legales que estipulan normas claras respecto del tema, no existe una Ley de Salud Mental específica para la materia. En consecuencia, el tema se encuentra regulado en la Ley Orgánica de Salud. En ella, existen algunos artículos que, de manera directa o indirecta, se relacionan con aspectos de la salud mental. Asimismo, al no existir una Ley específica, tampoco existe tampoco interés en llevar una documentación estandarizada y un manual de procedimientos para la aplicación de las disposiciones legales existentes. Otras leyes como la Ley de Discapitados, Control de Sustancias

⁷² Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Informe sobre el Sistema de Salud Mental en el Ecuador, IESM-OMS*. 2008, p. 3.

⁷³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 33. Registro Oficial 449 de 20 de octubre 2008.

⁷⁴ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Informe sobre el Sistema... Óp. cit.*, p. 4.

Estupefacientes y Derechos y Amparo del Paciente, contienen algunas disposiciones relacionadas con los enfermos mentales, sin embargo, no son suficientes, ya que no abastecen los diferentes aspectos específicos que el área de Salud Mental requiere.⁷⁵

De igual forma, no existe una coordinación entre los organismos encargados de la vigilancia de los Derechos Humanos y los establecimientos de salud mental. Adicionalmente, pese a que la Constitución establece que, tanto las garantías establecidas en ella y en los instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa e inmediata aplicación,⁷⁶ existe un problema práctico en su cumplimiento, ya que, el personal de los servicios de salud no ha sido capacitado en materia de derechos humanos y lo desconocen. Asimismo, tampoco se han establecido vínculos formales con otros sectores pertinentes para promover la existencia de una adecuada salud mental, tales como educación, justicia y bienestar social.⁷⁷

Por otro lado, es pertinente afirmar que, la calidad de las condiciones de vida y el tratamiento de los pacientes depende directamente de los recursos disponibles destinados al campo de la salud mental. En el Ecuador, en cuanto a cifras, el presupuesto que se dispuso para las acciones de salud mental correspondió, en el año 2012, únicamente al 0,44% del total del presupuesto del Ministerio de Salud Pública (MSP). De esta cantidad, el 98,57% se destinó a los hospitales psiquiátricos.⁷⁸ Es importante tener en consideración que la Constitución, garantiza el derecho al acceso a la salud a través de, entre otras cosas, políticas de carácter económico, de manera que se pueda garantizar un acceso a la salud permanente, oportuno y sin exclusión, regido en los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, precaución y bioética.⁷⁹ Entonces, las cifras en cuanto atención en salud mental y el presupuesto asignado a este campo, denotan una preocupante

⁷⁵ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Informe sobre el Sistema de Salud Mental...* Óp. cit., p. 10.

⁷⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial 449 de 20 de octubre 2008.

⁷⁷ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Informe sobre el Sistema...* Óp. cit., p. 9.

⁷⁸ Cfr. Ministerio de Salud Pública del Ecuador. *Plan Estratégico Nacional de Salud Mental 2015-2017*. 2014, p. 27.

⁷⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 32. Registro Oficial 449 de 20 de octubre 2008.

insuficiencia para cubrir la demanda en los servicios y cumplir con las garantías constitucionales. Esto, evidencia, nuevamente, la necesidad urgente de tratar el tema de la salud mental a mayor profundidad, ya que, debido a la falta de normativas que regulen la actividad, la falta profesionales de la salud especializados en psiquiatría y la falta de recursos, los derechos de las personas con discapacidad mental no se ven realizados en la práctica.

Por otro lado, el país cuenta con dos hospitales psiquiátricos, en la ciudad de Quito, dependientes del MSP y dos hospitales de especialidades que ofrecen servicios de atención psiquiátrica. De igual manera, en el país ya existen servicios de psiquiatría y salud mental comunitarios pero, únicamente, en tres provincias del país. Adicionalmente, funcionan hospitales psiquiátricos privados, en Quito, Guayaquil y Cuenca⁸⁰; en conjunto, existe un promedio de 9.88 camas por cada 100.000 habitantes. Cabe resaltar que, en los hospitales generales no existe una asignación fija y permanente de camas para psiquiatría.⁸¹; el número total de profesionales que trabajan en los establecimientos pertenecientes al MSP en el campo de Salud Mental es de 25 psiquiatras, 11 enfermeras y 21 médicos a nivel nacional.⁸² Asimismo, otros establecimientos como el IESS cuenta con 27 psiquiatras y 29 enfermeras, el ISSFA cuenta con 9 psiquiatras y 9 enfermeras y el ISSPOL con 2 psiquiatras para el área de salud mental. Estas cifras, evidencian cómo en la práctica, el derecho de todas las personas al acceso “universal, equitativo, permanente, oportuno y de calidad a todas las acciones y servicios de salud”⁸³ se enfrenta a una barrera funcional muy grave de manera que el derecho antes mencionado, se ve gravemente comprometido. Estas barreras pueden, incluso, llegar a ser discriminatorias e impedir el cumplimiento efectivo de derechos constitucionales reconocidos a personas con discapacidad mental, como el derecho a una atención especializada; el derecho a una rehabilitación

⁸⁰ Cfr. Ministerio de Salud Pública del Ecuador. *Plan Estratégico Nacional de Salud... Óp. cit.*, p. 20.

⁸¹ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Informe sobre el Sistema de Salud Mental... Óp. cit.*, p. 9.

⁸² Cfr. Ministerio de Salud Pública del Ecuador. *Plan Estratégico Nacional de Salud... Óp. cit.*, p. 24.

⁸³ Ley Orgánica de Salud. Artículo 7, literal a). Suplemento del Registro Oficial 423 de 22 de diciembre de 2006.

integral y asistencia permanente; el derecho de condiciones de equiparación de oportunidades; el derecho de reinserción social, entre otros.⁸⁴

Del mismo modo, únicamente los establecimientos de salud mental de carácter público reportan sus actividades al Instituto nacional de estadísticas y censos (INEC) a través del Sistema Nacional de Información en Salud y al Ministerio de Salud Pública a través del EPI. Sin embargo, no es posible llevar un seguimiento de cifras exactas, ya que no existen indicadores especiales para salud mental y los reportes son generales para todos los servicios. Asimismo, no se tiene un registro nacional de los trabajos de investigación que realizan los profesionales que trabajan en establecimientos de salud mental.⁸⁵

Por otro lado, los lineamientos de la Política de Salud Mental señalan el respeto a los derechos humanos de los pacientes, sin embargo, en la práctica no ha existido una evaluación de lo que acontece con los pacientes en los distintos servicios. De igual manera, no se han ejecutado acciones de formación al personal de salud sobre este tema.⁸⁶ Igualmente, si bien, en el país existen varios organismos que trabajan en el campo de los derechos humanos, ninguno se encarga de manera particular de velar por los derechos de los pacientes mentales y, consecuentemente, de supervisar e inspeccionar los establecimientos de salud mental. Estos organismos no tienen una participación en los diferentes procesos con los pacientes y han podido efectuar intervenciones, ocasionalmente, y ante expresa denuncia de posibles violaciones de los derechos humanos.⁸⁷

Por otro lado, a nivel privado funcionan un número indeterminado de hogares o asilos para pacientes psiquiátricos crónicos, sin embargo, las actividades de estos

⁸⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 47. Registro Oficial 449 de 20 de octubre 2008.

⁸⁵ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Informe sobre el Sistema de Salud Mental... Óp. cit.*, p. 7.

⁸⁶ *Id.*, p. 10.

⁸⁷ *Ibíd.*

establecimientos no se reportan al Ministerio de Salud Pública, ni al INEC.⁸⁸ Adicionalmente, en el Ecuador no existe un registro estadístico de las admisiones involuntarias, procedimientos de sujeción física, aislamiento y medidas similares, en los hospitales psiquiátricos y otros servicios que traten trastornos mentales.⁸⁹

Los centros de recuperación privados, en términos generales, no han ofrecido un tratamiento profesional a los usuarios, dado que se evidencia internaciones a personas que no ameritan tratamiento residencial de acuerdo a su diagnóstico, así como programas terapéuticos basados en el empirismo y constante vulneración de DDHH.⁹⁰

En conclusión, en cuanto la postura frente al tema, se considera que la baja asignación presupuestaria, la carencia de una legislación específica, la falta de programas permanentes de promoción de la salud mental, la incipiente participación de la comunidad, la ausencia de organizaciones de familiares o ex pacientes, la inadecuada difusión y correlación de los derechos humanos en la atención psiquiátrica y la franca tendencia a la medicalización de todos los problemas, constituyen una realidad muy preocupante del estado de la Salud Mental en el Ecuador, lo que denota la necesidad inminente de enfocar mayor atención al tema y desarrollar normativas específicas que lo regulen.

Entre varias recomendaciones que se hicieron a partir de este informe, una de ellas buscó impulsar la aprobación de una Ley sobre Salud Mental que se ajuste a las recomendaciones de la IRAPAL-Caracas y al informe Mundial OMS 2001, que mantenga un programa de capacitación permanente para el personal que trabaja en los diferentes servicios en esta área y que coordine acciones con los organismos de derechos humanos, con miras a garantizar la protección de los derechos esenciales de los pacientes mentales.⁹¹ Pese a que han transcurrido 8 años desde dicho informe, el Ecuador aún no tiene una ley de Salud Mental, constituyéndonos uno de los países que

⁸⁸ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Informe sobre el Sistema de Salud Mental... Óp. cit.*, p. 14.

⁸⁹ *Id.*, p. 18.

⁹⁰ Ministerio de Salud Pública del Ecuador. *Plan Estratégico Nacional de Salud Mental... Óp. cit.*, p. 22.

⁹¹ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Informe sobre el Sistema de Salud Mental... Óp. cit.*, p. 29.

conforman el 30% de la Región de las Américas que no cuenta con una adecuada infraestructura y normas para tratar a personas con discapacidades mentales.⁹²

Por último, con el Plan Estratégico Nacional de Salud Mental 2015-2017 se pone en evidencia la necesidad y situación actual de la Salud Mental en el Ecuador, en consonancia con lo ya establecido en el Informe del 2007 de la OMS. Frente a esto, se proponen algunos objetivos como el alcanzar, colectiva e individualmente, mejores niveles de salud mental a nivel nacional, ampliando la cobertura y mejorando la calidad de los servicios a través de la coordinación interna e intersectorial orientada al buen vivir, la salud y bienestar mental de la población ecuatoriana.⁹³ Dicho plan estratégico, constituye un importante avance en el campo de la Salud Mental del Ecuador, sin embargo, frente a las cifras antes expuestas, el avance es insuficiente y no logrará abastecer, de ninguna forma, las necesidades que presenta el país en esta área de la salud.

Para finalizar, en Octubre del año 2014, el diario el Universo publicó una nota en la que afirmó que, en Ecuador, se registraron 8660 casos de enfermedades mentales en los hospitales del sistema de salud pública en el año 2012. Asimismo, en el año 2013, se atendieron 40 mil casos vinculados al tema, siendo 70% de éstos, diagnosticados con depresión.⁹⁴ Sin embargo, las fuentes utilizadas en estas cifras no son fuentes oficiales. En este sentido, no existen datos certeros actualizados sobre la situación de la salud mental en el Ecuador. No obstante, tomando en cuenta el crecimiento poblacional en los últimos 8 años y la inexistencia de una normativa que regule el tema, la falta de seguimiento y control de las instituciones dedicadas a prestar servicios en salud mental y el bajísimo porcentaje presupuestarios que se dedica a esta

⁹² Cfr. Organización Mundial de la Salud. *La Salud Mental en las Américas... Óp. cit.*, p. 6.

⁹³ Cfr. Ministerio de Salud Pública del Ecuador. *Plan Estratégico Nacional de Salud... Óp. cit.*, pp. 29-30.

⁹⁴ Cfr. El Universo. *Los trastornos por adicciones pesan en la salud mental.* <http://www.eluniverso.com/noticias/2014/10/05/nota/4065861/trastornos-adicciones-pesan-salud-mental> (acceso: 14/10/2015).

área de la salud, se puede deducir que el problema ciertamente no ha mejorado y que, al contrario, sigue empeorando progresivamente.

1.6 La Terapia de Electroshock (TEC)

La terapia electroconvulsiva (TEC) constituye un tratamiento psiquiátrico biológico frecuentemente utilizado a nivel mundial. Ésta, consiste en la inducción de una convulsión tónico-clónica generalizada, de manera controlada, a través de la aplicación de electricidad bajo anestesia general y es, generalmente, utilizada para tratar cuadros de depresión severa, tendencias suicidas, psicosis severa, desorden bipolar, catatonía, esquizofrenia, trastornos esquizo-afectivos, entre otros.⁹⁵ Es así que, se considera una herramienta útil a la hora de controlar trastornos cuya gravedad ha escalado a un punto en que, la integridad o la vida de esa persona o terceras personas corre inminente peligro. Asimismo, la TEC no constituye una terapia curativa, sino un mecanismo estabilizador que ayuda a una persona a salir de las crisis y que, pese a tratarse de un procedimiento ambulatorio, requiere de cuidados pre y post tratamiento, que aseguren la seguridad del paciente.⁹⁶

El origen de esta terapia se da alrededor de los años 30, cuando psiquiatras observaron que los pacientes con esquizofrenia mejoraban después de tener una convulsión espontáneamente. En 1939 fue utilizada por primera vez en Estado Unidos, ganando popularidad rápidamente. Pese a esto, la terapia tenía un índice muy alto de efectos adversos, hasta que, en 1950, se introdujo el uso de anestesia para la inducción de convulsiones. De todas maneras, la terapia perdió mucha popularidad en los años 70 debido al alto cuestionamiento respecto de la técnica y las complicaciones que podía ocasionar. Concepto que cambió a raíz de los avances en las técnicas de

⁹⁵ Cfr. Nartha Donnelly. *Electroconvulsive Therapy*. British Columbia: Guidelines for Health Authorities, 2002, p. 3.

⁹⁶ Cfr. Charles Kellner. *Technique for performing electroconvulsive therapy (ECT) in adults*. UpToDate, 2014, p. 1.

anestesia y equipos de TEC, ya que, desde 1990 la terapia se fue utilizando con mayor frecuencia y seguridad, bajo protocolos previamente establecidos.⁹⁷

El mecanismo de acción de la TEC no está completamente entendido, sin embargo, se han documentado cambios en el sistema nervioso central que han demostrado ser positivos para los pacientes que la reciben.⁹⁸ Es importante destacar que, el uso de esta técnica se ha popularizado considerablemente a nivel mundial, sin embargo, la inobservancia de los protocolos médicos internacionales y la *lex artis* que aseguran su correcta realización, puede conllevar importantes efectos negativos que lesionen, física o psicológicamente, a las personas a las que se le ha sometido a dicho tratamiento.

Asimismo, las lesiones pueden ser desde temporales hasta permanentes, en ambos casos, vulnerando los derechos de los pacientes y llegando al cometimiento de delitos por lesiones u homicidio culposo, tortura y otros tratos crueles. En este sentido, se ha comprobado que el mal uso de la terapia de electroshock, o el abuso de la misma, puede producir efectos negativos como riesgo de apnea (dejar de respirar), convulsiones severas y prolongadas, complicaciones cardiovasculares, neumonía, lesiones dentales, en la lengua o la mandíbula, cefalea aguda, arritmias, euforia, dolor post-convulsivo, delirio, alteraciones cognitivas como cambios en la memoria a largo plazo, confusión aguda, cambios hormonales y bioquímicos, aumento de la mortalidad en procedimientos en los que no se utiliza anestesia y amnesia.⁹⁹

Actualmente en el Ecuador, no existen mecanismos de control en la aplicación de este tipo de tratamiento, por lo que, es muy factible la producción de escenarios donde se vulneran Derechos Humanos. Las escasas normas respecto del tema se remiten a principios generales aplicables a personas con capacidad para decidir respecto del tratamiento que reciben, mas no se contemplan los casos especiales en

⁹⁷ Cfr. Charles Kellner. *Technique for performing electroconvulsive therapy (ECT) in adults*. UpToDate, 2014, p. 2.

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ Cfr. Nartha Donnelly. *Electroconvulsive Therapy. Óp. cit.*, pp. 3-5.

los que se ven inmersos las personas con discapacidad mental. En este sentido, los médicos podrían obviar, voluntaria o involuntariamente, pasos que son necesarios a la hora de aplicar un tratamiento, violentando así, los derechos de las personas con discapacidad mental, los principios de ética médica, e incluso, llegando a cometer delitos.

Por último, como se desprendió del contexto social de la Salud Mental en el Ecuador antes mencionado, existen varias irregularidades en las instituciones especializadas en este campo a nivel nacional, a partir de la falta de control e importancia que se le ha dado a este tema. Asimismo, en el Ecuador no existe un registro que documente la frecuencia en el uso de la terapia de electroshock y las condiciones en las que se realiza. En consecuencia, he realizado una pequeña investigación de campo en la ciudad de Quito que nos permita tener una mejor referencia respecto del uso de esta terapia.

1.7 Investigación de campo

Como mencioné anteriormente, la TEC está indicada para tratar ciertos desórdenes psiquiátricos cuyo efecto ha arrojado resultados positivos para el paciente. Su uso es común en varios países a nivel mundial y Ecuador no es la excepción. Al tratarse de un tratamiento complejo, poco entendido y ciertamente agresivo, constituye un procedimiento en el cual el riesgo de vulnerar los derechos de los pacientes aumenta considerablemente. Este riesgo es mayor después de haber analizado que, en el Ecuador, existe un pobre seguimiento de los procedimientos que se llevan a cabo en instituciones especializadas en salud mental.

El propósito de esta investigación de campo es demostrar que la TEC es un mecanismo frecuentemente utilizado en el país, que no existe normativa que la regule, que los Médicos desconocen las normas de Derechos Humanos y que, en consecuencia, tanto los derechos de los pacientes como los de los médicos se ponen en riesgo, inclusive, llegando a producirse la responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional.

La investigación se realizó a través de una encuesta conformada por 10 preguntas de respuesta “sí o no”. El estudio es cuantitativo con un enfoque trasversal, es decir, un estudio descriptivo realizado en un solo momento temporal. El Universo al que se aplicó el estudio constituyeron los Profesionales de la Salud, específicamente médicos psiquiatras. Finalmente, la muestra fue tomada en instituciones públicas como privadas, que se dediquen al tema de la salud mental o tengan un área de psiquiatría, asimismo, la muestra se tomó a médicos psiquiatras particulares con consulta privada en los diferentes hospitales en la ciudad de Quito.

Los resultados arrojados por la investigación se calcularon en porcentajes implementando una regla de 3, correspondiente a 25 muestras tomadas. Es decir, “X” número de respuestas multiplicado por 100 y dividido para el número de participantes, o sea 25. Las fórmulas utilizadas fueron las siguientes:

$$\text{Porcentaje 1} = \text{“X1”} \times 100/50$$

$$\text{Porcentaje 2} = \text{“X2”} \times 100/50$$

$$\text{Porcentaje 1} + \text{Porcentaje 1} = 100\%$$

La encuesta a continuación arrojó los siguientes resultados:

	Enunciado	Total Sí (total=25)	Total No (total=25)	% Sí	% No
1	¿En la actualidad se emplea la terapia de electroshock (TEC) en Hospitales o Centros de Salud en el Ecuador?	25	0	100%	0%
2	¿Existe un instructivo legal o reglamento hospitalario para regular su aplicación?	3	22	12%	88%
3	Si la Respuesta es NO ¿Se guía el procedimiento únicamente por la <i>lex artis</i> ?	22	0	88%	0%
4	¿La terapia TEC es siempre administrada bajo anestesia?	4	21	16%	84%

5	¿Se puede optar por usar la TEC, incluso, cuando se tienen alternativas de tratamiento disponibles?	16	9	64%	36%
6	¿En casos de emergencia, se aplica la TEC sin el consentimiento informado del paciente o sus familiares?	14	11	56%	44%
7	¿Se explica siempre de manera adecuada a los pacientes el procedimiento que se les va a realizar, independientemente de su grado de entendimiento?	5	20	20%	80%
8	¿Se explica siempre de manera adecuada a los familiares y/o representantes legales de los pacientes el procedimiento que se le realizará al paciente?	13	12	52%	48%
9	¿Conoce usted o ha tenido formación sobre Derechos Humanos?	3	22	12%	88%
10	¿Ha recibido información de cómo se aplica el nuevo artículo de mala práctica profesional prescrito en el Código Orgánico Integral Penal?	15	10	60%	40%

De acuerdo a las cifras, la TEC es una terapia ampliamente utilizada en el Ecuador. Todos los médicos entrevistados han realizado al menos dos terapias en su vida profesional y, aquellos que más la utilizan, realizan un promedio de 7 tratamientos por semana. Es importante resaltar que, 22 de 25 médicos, coincidieron en que no existe un reglamento legal que regule la aplicación de esta terapia. En consecuencia, se puede afirmar que no existe un uso homogéneo de técnicas para la aplicación de TEC, y la experiencia y discreción del médico, se llegan a sobreponer a indicaciones doctrinarias y científicas respecto del tema. Esto sucede, pese al deber de cuidado que tiene el médico en el ejercicio de su profesión, mismo que, de ser vulnerado y producir un daño, es sancionable de acuerdo a la nueva norma del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal. Por otro lado, el 88% de médicos utiliza guías y protocolos médicos, conocidos como *lex artis* para la aplicación de la terapia, sin embargo, no existe la certeza que los médicos estén actualizándose constantemente en las nuevas técnicas para el uso de la TEC, por lo que existe la probabilidad de que se sigan

utilizando métodos anticuados que puedan llegar a vulnerar los derechos de los pacientes. Del mismo modo, existe un deficiente control y seguimiento de los centros especializados en salud mental, por lo que es sumamente difícil, identificar las irregularidades que en ellos suceden día a día, Asimismo, es aún más difícil que se pueda llegar a sancionar las malas prácticas de los profesionales de salud y, lo más preocupante, hacer que los procedimientos que afectan a los pacientes cesen definitivamente.

Por otro lado, pese a que las últimas publicaciones médicas indican que la terapia TEC debe realizarse siempre en una sala especializada y con anestesia general, solo el 16% de los médicos respondió que en el Ecuador la TEC se aplica siempre bajo anestesia y en un ambiente adecuado. El 84% de los médicos respondió que “no”, haciendo alusión a que, la principal razón de por qué no se usa anestesia, constituye el alto costo de un anesthesiólogo, la falta de recursos y el volumen de pacientes. Asimismo, algunos de los médicos que más utilizan esta terapia indicaron que existen contraindicaciones para aplicar anestesia a ciertas personas, ya que aumenta el índice de lesiones, baja la velocidad de recuperación y sube la morbi-mortalidad. Sin embargo, un gran número de médicos refutó esta teoría, afirmando que la evidencia científica más actualizada no establece dichas contraindicaciones, lo que deja en evidencia la latente falta de homogeneidad en el uso de protocolos por la ausencia de una normativa específica en el tema.

Asimismo, el 36% de médicos sostuvo que la TEC es un mecanismo de última instancia aplicable, únicamente, cuando el tratamiento farmacológico no ha funcionado correctamente y la vida o la integridad física del paciente o de terceros están en inminente peligro. Por otro lado, el 64% respondió que, independientemente de la existencia de otras terapias alternativas, la TEC se aplica ya que, indistintamente de lo que la *lex artis* establezca, la TEC es más efectiva y eficiente a la hora de sacar a un paciente de una crisis. De igual forma, la terapia se utiliza como terapia de mantenimiento es decir, no se aplica en una sola ocasión para sacar de la crisis a los

pacientes, sino que después de un tiempo se emplea el shock para mantener a las personas dentro de un cuadro estable.

Por otro lado, se evidenció que no siempre se aplica el consentimiento informado a la hora de practicar TEC, de hecho, 44% de los médicos entrevistados han realizado este tipo de terapias sin si quiera explicarle al paciente qué se le va a realizar. Recordemos que, éste, es un derecho fundamental del paciente prescrito en la Constitución y la Ley Orgánica de la Salud y que se ve día a día vulnerado por la falta de conocimiento de las leyes y la falta de una normativa específica en el tema. Asimismo, fuera de los supuestos de emergencia, el 80% de los médicos afirmó que no existe una adecuada explicación al paciente respecto del procedimiento que se le va a aplicar, independientemente de si éste, tiene un grado de entendimiento razonable o no. De igual manera, el 48% de los médicos tampoco considera que exista una explicación adecuada del procedimiento a los familiares del paciente o a sus representantes legales. Es decir, en ninguno de los casos existe información plena y suficiente respecto del alcance y efectos del procedimiento.

Por último, una alta cifra del 88% de médicos no tiene formación alguna en Derecho Humanos, por lo que es prácticamente imposible que se los pueda tomar en cuenta a la hora de realizar las terapias de shock o cualquier otro procedimiento médico. Es así que, de las entrevistas realizadas a los médicos, se desprendió que su principal objetivo es preservar la vida del paciente, de manera que si éste, está en una crisis con riesgo autolítico o de daño a terceros, se le aplica TEC prescindiendo, en ciertas ocasiones, de parámetros mínimos que deberían tomarse en cuenta antes de poder aplicarla.

Mucho de este actuar se debe a la falta de una normativa uniforme sobre la forma en que se debe aplicar un tratamiento como la TEC, asimismo, otro factor muy influyente corresponde a la falta de conocimiento del médico en materia de derechos humanos. Esto, se complica aún más, ya que no todos los profesionales de la salud

han recibido algún tipo de información o información adecuada respecto del artículo 146 del COIP, es así que, solo el 48% de los médicos tiene un conocimiento pleno y claro respecto del mismo.

En conclusión, tras haber realizado este corto estudio, he podido evidenciar que la TEC es una terapia comúnmente utilizada en el Ecuador. Empero, se sostiene que, considerando que no existe una normativa base que homogenice su aplicación, los médicos la practican según la *lex artis* de su preferencia y conocimiento. Asimismo, la experiencia del médico puede llegar a influir de manera negativa a la hora de aplicar TEC, ya que, al responder a ésta, se puede llegar a obviar la *lex artis*, actuando en base a su discrecionalidad y permitiendo que exista desactualización en el tema. De igual manera, el desconocimiento en materia de Derechos Humanos, los impide de protegerlos a la hora de aplicar tratamientos, ya que se pueden obviar y violar otros derechos inherentes a las personas con discapacidad mental que no responden, únicamente al derecho a la vida.

1.8 La Medicina y el médico

La Medicina, es definida como la Ciencia y Arte que tiene por objeto la conservación y restablecimiento de las enfermedades del cuerpo humano.¹⁰⁰ Asimismo, es una Ciencia que aplica principios de otras ciencias auxiliares como la Anatomía, la Biología, la Filosofía y la Bioquímica, etc., en búsqueda de prevenir, descubrir, diagnosticar y tratar enfermedades que aquejan a los seres humanos, así como la rehabilitación de las mismas.¹⁰¹ El fin máximo de la Medicina consiste en perseguir el beneficio del paciente, tanto en lo que se refiere a su vida y a su salud, como en lo personal, imponiendo numerosas exigencias de orden científico, legal y ético, conducentes a un comportamiento metódico que permita prever los riesgos y evitarlos.¹⁰²

¹⁰⁰ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 23.ª edición. Madrid: Espasa Libros. 2014. "Medicina".

¹⁰¹ Cfr. Oviedo Garzón, Stalin. *Medicina Legal*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja. 1997, p. 127.

¹⁰² *Ibid.*

La Medicina, es aplicada por el Médico. El Diccionario de la Real Academia Española lo define como “persona legalmente autorizada para profesar y ejercer la medicina; esto es, la persona que ejerce la medicina y que se halla legalmente autorizada para profesar y ejercer la misma”.¹⁰³ La Ley Orgánica de la Salud identifica al médico dentro del campo del profesional de la salud, éste, corresponde a aquella persona con formación universitaria de tercer o cuarto nivel dirigida a “dotar a los profesionales de conocimientos, técnicas y prácticas, relacionadas con la salud individual y colectiva y al control de sus factores condicionantes”.¹⁰⁴

Es importante resaltar que, la profesión del médico, al estar estrechamente vinculada con el paciente, le exige regirse a conductas éticas como ningún otro quehacer humano. La ética es entendida como el “conjunto de conductas morales que rigen la conducta humana”¹⁰⁵ y los principales valores que la definen en el campo de la Medicina son: servir al hombre y a la humanidad. “Este sistema valórico es el que constituye la ética médica, que es un conjunto de preceptos que indican al médico la ruta por la cual han de conducir el ejercicio de su profesión”.¹⁰⁶ En el Ecuador, el Código de Ética Médica en el Capítulo Tercero sobre los Deberes y Derechos del Médico para con los enfermos, establece que el médico se hace responsable de todos los cuidados médicos necesarios del paciente para que recupere su salud, desde el momento en que éste es llamado a atender al enfermo, por lo que su mayor responsabilidad consiste en conservar la vida del enfermo.¹⁰⁷ Asimismo, se establecen una serie de obligaciones del médico que se deben cumplir para no vulnerar su deber ético para con el ejercicio de su profesión, uno de ellos corresponde a la obligación a

¹⁰³ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española...* Óp. cit., “Médico”.

¹⁰⁴ Ley Orgánica de Salud. Artículo 193. Suplemento del Registro Oficial 423 de 22 de diciembre de 2006.

¹⁰⁵ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española...* Óp. cit., “Ética”.

¹⁰⁶ Alejandro Goic. *El Fin de la Medicina*. Santiago: Mediterráneo, 2000, p. 32.

¹⁰⁷ Código de Ética Médica. Artículo 6. Registro Oficial 5 de 17 de agosto de 1992.

respetar los principios consagrados en la Declaración de Derechos Humanos, mismos que no podrán ser violados en ningún caso.¹⁰⁸

Al igual que el deber ético que tiene el médico en el ejercicio de la profesión, éste tiene un deber legal que cumplir. Recordemos que el médico ejerce una gran influencia sobre el individuo y la sociedad por lo que se ha visto necesario regular la actividad médica. En este sentido, en la actualidad, cuanto más poderosa, demandante y eficaz se vuelve la medicina, más riguroso se vuelve su control y mejor conocidas y eficientes deben ser las normas existentes de protección del individuo, a fin de evitar que el médico olvide el deber primordialmente humanístico de su actividad.

La existencia de tal derecho es una necesidad, porque la persona y la actividad del médico tienen tal influencia sobre la paz y sobre la seguridad de la vida en la comunidad política, que la ausencia de estas normas, e imprecisión o el defecto de carácter coercitivo no son compatibles con el bien común. Las obligaciones puramente morales son demasiado vagas en la realidad concreta de la vida y se prestan a interpretaciones demasiado diversas para garantizar por sí mismas el orden de la sociedad. Éstas son, pues, completadas y garantizadas por el derecho positivo [...]¹⁰⁹

En consecuencia, el derecho tiene por finalidad el cumplimiento de aquellos deberes impuestos por la moral profesional, las normas éticas y deontológicas que recogen el conjunto de deberes a los que el médico se sujeta. Adicionalmente, las leyes positivas buscan regular los derechos y deberes de médicos, pacientes, la relación médico-paciente y las relaciones con instituciones médicas.¹¹⁰ Entonces, en el campo de la medicina, si el médico falta a los deberes específico-esenciales que su profesión le impone, incurre en algún tipo de responsabilidad por la realización de infracciones típicas respecto de los deberes propios y determinados de su profesión o ciencia. En la medicina, estas obligaciones son conocidas como obligaciones de medios u obligaciones de actividad y el médico incurre en responsabilidad profesional, sea esta civil, administrativa o penal, como consecuencia de una conducta antijurídica

¹⁰⁸ Código de Ética Médica. Artículo 25. Registro Oficial 5 de 17 de agosto de 1992.

¹⁰⁹ María José Meincke. *La Mala Praxis Médica... Óp. cit.*, p. 21.

¹¹⁰ *Id.*, p. 22.

contraria a derecho que produjo un daño a terceros.¹¹¹ Esta responsabilidad aparece como consecuencia de la violación de los deberes u obligaciones frente a los que estaba el profesional, a quien se le aplicará una sanción coercitiva, prevista en las normas jurídicas, por dicha conducta. Es decir, para que exista responsabilidad profesional del médico deben cumplirse 3 elementos *strictu sensu*: (1) Existencia de un daño causado; (2) Contravenir la ley, es decir, antijuricidad-ilicitud y; (3) Imputabilidad del autor en ese hecho, ya sea por culpa o por dolo.¹¹²

Finalmente, el Médico, en el ejercicio de su profesión, debe sujetarse a leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas y *lex artis*. Generalmente, los procedimientos se encuentran debidamente establecidos en cuerpos normativos, sin embargo, a falta de éstos, los médicos deben desenvolverse en base a pautas dadas por la *lex artis*, es decir, las “reglas de carácter técnico, máximas de la experiencia y conocimientos que son aceptados por la comunidad profesional y científica”¹¹³.

El término *lex artis* proviene del latín que significa *Ley del Arte* y constituye una regla técnica de actuación de una profesión, en este sentido, se evalúa si la tarea ejecutada por un profesional, es o no correcta, o se ajusta o no a lo que debe hacerse.¹¹⁴ En el caso del médico, la *lex artis* se define, como “el conjunto de disposiciones de orden médico, técnico y aquellas costumbres no escritas que funcionan como indicadores de la conducta médica”¹¹⁵. En consecuencia, no cabe la aplicación de la *lex artis* a situaciones no estudiadas, no conocidas o imprevistas en la ciencia médica, al contrario, una condición de la *lex artis* es que cualquier otro médico actuaría de igual forma cuando se dieran las mismas condiciones en un paciente.¹¹⁶

¹¹¹ Cfr. Norberto Montanelli. *Responsabilidad Criminal Médica*. Buenos Aires: García Alonso, 2005, pp. 22-23.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ García Falconí, José Carlos. *La Responsabilidad Médica en Materia Civil, Administrativa y Penal y el Derecho Constitucional a la Salud*. Quito: RODIN, 2011, p. 178.

¹¹⁴ Cfr. Giovanni Valencia Pinzón. “La Lex Artis”. *Revista Médico Legal*. Año VII 3ra. ed. Bogotá: 2001, p. 21.

¹¹⁵ María José Meincke. *La Mala Praxis Médica... Óp. cit.*, p. 22.

¹¹⁶ Cfr. Giovanni Valencia Pinzón. “La Lex Artis”.... *Óp. cit.*, p. 21.

Asimismo, por la naturaleza evolutiva de la Medicina, la *lex artis* es, en su esencia, cambiante. Su aplicación debe adecuarse, además, a las circunstancias que rodean un hecho, es decir, el medio en donde se aplica la medicina, los profesionales a cargo y los recursos existentes.¹¹⁷

La *lex artis* además, presupone cuatro elementos característicos: (1) La existencia de un profesional idóneo para ejercer un arte o una actividad requerida; (2) La existencia de un estudio y análisis previo del paciente, de manera que se pueda obtener una evaluación adecuada de la salud del mismo e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y tratamientos correspondientes; (3) El empleo de técnicas o medios con aceptación universal, ya que es necesario que todo medio empleado por el médico sea legalmente reconocido por las instituciones científicas a cargo, y; (4) El consentimiento del paciente, es decir, la autorización del paciente al médico para que efectúe el acto médico propuesto, teniendo como base la información veraz recibida por el profesional de la salud, los riesgos y los beneficios.¹¹⁸

Es así que, el Médico tiene el deber de atender a su paciente de acuerdo con las reglas de la *lex artis*, ya que de esta manera, el médico tiene la protección del Estado en el ejercicio de su profesión como una actividad lícita que es, siempre que se ajuste ella. De igual manera, el médico debe cumplir con el deber objetivo de cuidado, sin exponer al paciente a riesgos injustificados, ya que de esta forma, “si el médico ajusta su conducta a las normas de ética, a su buen juicio clínico, a su correcto juicio ético y a las normas escritas en la ley, no actuará culposamente y, por lo tanto, no será sometido a juicios penales que le ocasionan sanciones”.¹¹⁹

¹¹⁷ Cfr. Giovanni Valencia Pinzón. “La Lex Artis”... *Óp. cit.*, p. 21.

¹¹⁸ *Id.*, pp. 22-23.

¹¹⁹ José Carlos García Falconí. *La Responsabilidad Médica en Materia Civil...Óp. cit.*, p. 178.

1.9 La responsabilidad penal

El Derecho Penal constituye un mecanismo de control que tiene como finalidad la protección del bien común, por lo que toda persona que infrinja la ley deberá ser castigada. Éste, puede ser examinado desde un punto de vista subjetivo, es decir, “la potestad [...] del estado para sancionar a quienes han ejecutado actos que el propio estado ha calificado como gravemente atentatorios del orden social y de derechos de los asociados”¹²⁰, mejor conocido como *jus puniendi*. Por otro lado, puede ser analizado desde un punto de vista objetivo, es decir, “el conjunto de normas expedidas por el órgano legislativo del estado, a través de las cuales se regula el ejercicio del *jus puniendi*, estableciendo delitos como presupuesto jurídico esencial, y penas como su consecuencia necesaria”.¹²¹ En definitiva, el Derecho Penal como:

El conjunto de normas [...] que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora”.¹²²

Es importante resaltar que, a nadie se le podrá imponer una pena si ésta no ha sido establecida previamente en la ley, es decir, es necesaria la existencia de un tipo penal que sancione una conducta para así respetar el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*.¹²³

Cabe resaltar que, la existencia misma de un individuo no es el único interés del Estado, ya que también los son las condiciones necesarias para que el desarrollo de la sociedad se de normalmente y sin alteraciones. Roxin sostiene que el fin del derecho penal sirve para la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello, al libre desarrollo del individuo, así como el mantenimiento de un orden social basado en este

¹²⁰ Ernesto Albán. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo I, Parte General*. Quito: Ediciones Legales. 2011, p. 14.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² Cfr. Luis Jiménez de Ansúa. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editar. 1950, p. 5.

¹²³ *Id.*, p. 34.

principio.¹²⁴ Es así que nace el concepto de delito, mismo que se entiende como un acto legalmente punible, que se encuentra tipificado en la ley con una sanción determinada.¹²⁵ Dicho acto, ofende gravemente el orden ético-cultural de una sociedad determinada en un momento determinado y, por tanto, merece una sanción.¹²⁶ El COIP denomina al delito como infracción penal y la define como la “conducta típica, antijurídica y culpable”¹²⁷ capaz de ser punible. En este sentido, el delito es típico, porque la conducta se encuentra previa y expresamente descrita por la ley penal. Antijurídico, porque la conducta ejecutada por el sujeto activo es contraria al derecho y lesiona un bien jurídico penalmente protegido y culpable, ya que, desde el punto de vista subjetivo, el acto puede ser imputado y reprochado a su autor.¹²⁸ Asimismo, desde el punto de vista de la simple amenaza de vulneración de un bien jurídico protegido, el fin de la pena es la prevención general positiva, es decir, sirve como un modelo orientador del contacto social. Por otro lado, el momento de la ejecución del acto, la pena adquiere un fin resocializador.¹²⁹

En adición, un bien jurídico protegido corresponde a aquél bien e interés que el sistema jurídico considera especialmente valioso en el orden social.¹³⁰ El Derecho Penal se utiliza como un mal menor que sólo es admisible en la medida en que resulte del todo necesario, por lo que, no todo bien jurídico requiere de tutela penal.¹³¹ En este sentido, deben concurrir dos condiciones para que un bien jurídico merezca ser un bien jurídico penal: suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho penal, ya que, “para que se pueda hacer uso de una sanción tan grave como la pena, se requiere de una infracción igualmente grave”.¹³² Es así que, el reconocimiento constitucional de un derecho o bien no es suficiente para considerarlo

¹²⁴ Cfr. Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas. 1997, p. 81.

¹²⁵ Cfr. Ernesto Albán. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano... Óp. cit.*, p. 111.

¹²⁶ *Id.*, p. 112.

¹²⁷ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 18. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

¹²⁸ Cfr. Ernesto Albán. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano... Óp. cit.*, p. 115.

¹²⁹ Cfr. María José Meincke. *La Mala Praxis Médica... Óp. cit.*, p. 31.

¹³⁰ Cfr. Ernesto Albán. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano... Óp. cit.*, p. 119.

¹³¹ Cfr. Santiago Mir Puig. *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: B de F Ltda. 2006., p. 87.

¹³² *Id.*, pp. 88-89.

un bien jurídico tutelado penalmente, ya que se requiere de la existencia de una afectación más directa de los individuos, es decir, la comprobación de un daño, lesividad individual, peligro o un grado concreto de afectación a dicho bien.¹³³

En el campo de la Medicina, un profesional de la Salud es responsable penalmente cuando produce una afectación a un bien jurídico protegido en esta materia.¹³⁴ El profesional de la salud actúa según los deberes impuestos por el ordenamiento, por lo que contraerá responsabilidad si viola los deberes u obligaciones que tiene como profesional, al que “como sanción coercitiva por dicha conducta, el derecho le aplicará las sanciones intrínsecas en las normas jurídicas”.¹³⁵ En esta responsabilidad profesional incurre absolutamente todo profesional, en ejercicio de su profesión o arte, cuando falta a los deberes *específico-esenciales* que ésta le impone, a saber, infracciones típicas respecto a deberes propios y determinados de cada profesión o ciencia.

En este sentido, los elementos de responsabilidad profesional *strictu sensu* son: (1) existencia de daño causado, (2) contravenir la ley (antijuricidad o ilicitud) e (3) imputabilidad del autor en ese hecho.¹³⁶ En el caso del médico, todo comportamiento que ataque la integridad física del paciente, ya sea por causarle la muerte o lesiones, que derive de la mala práctica de su profesión, debe ser penalmente sancionado debido a la naturaleza del bien jurídico vulnerado, ya que impide el libre desarrollo de la vida y personalidad de un individuo, así como el mantenimiento de un orden social.¹³⁷ En el caso de la *mala praxis*, los bienes jurídicos que el derecho penal busca proteger subsidiariamente son la vida y la integridad personal.¹³⁸

¹³³ Cfr. Santiago Mir Puig. *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: B de F Ltda. 2006., pp. 92-94.

¹³⁴ Cfr. Norberto Montanelli. *Responsabilidad Criminal Médica*. Buenos Aires: García Alonso, 2005, p. 23.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Id.*, p. 24.

¹³⁷ Cfr. Alfonso Gómez Méndez. *Delitos contra la Vida y la Integridad Personal*. Bogotá: D'Vinini. 1998., p.15.

¹³⁸ *Id.*, p. 16.

Asimismo, la profesión médica tiene una obligación de medios, es decir, ésta degenera en un delito de carácter culposo cuando el medio utilizado es defectuoso y, en consecuencia, viola el deber objetivo de cuidado. Es decir, en el caso del médico, su conducta es sancionable, ya que, pese a conocer el medio mediante el cual debió actuar, elige manejar un medio defectuoso que produce un resultado que vulnera un bien jurídico protegido. En otras palabras, el médico prescinde de la aplicación de toda ciencia, diligencia y prudencia en la atención del paciente, y, produce un daño. Es así que, se produce un daño al bien jurídico protegido, valorándose que era exigible otra actuación que aquella que se tuvo.¹³⁹ Adicionalmente, es importante resaltar que la *mala praxis médica*, es un delito netamente culposo, ya que, si bien el autor no tiene la intención de producir un daño, sí tiene la intención de obrar de un modo imprudente o negligente, alejándose de sus deberes profesionales.¹⁴⁰

En el Ecuador, ya existe un tipo penal que sancione las faltas al deber objetivo de cuidado de los profesionales. El artículo 146 del COIP establece que será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años la persona que ocasione la muerte de otra al infringir el deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión. Asimismo, la norma contempla un agravante en caso de que la muerte se produzca por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, elevando la pena de tres a cinco años cuando concurren los siguientes requisitos para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado:

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.¹⁴¹

¹³⁹ Cfr. Norberto Montanelli. *Responsabilidad Criminal Médica. Óp. cit.*, p. 127.

¹⁴⁰ Cfr. Ernesto Albán. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano... Óp. cit.*, p. 199.

¹⁴¹ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 146. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

La sanción conlleva también la inhabilitación del ejercicio de la profesión por un tiempo que será determinado por la Ley. Finalmente, se prevé una pena privativa de libertad correspondiente a un cuarto de la pena mínima prevista en el artículo antes mencionado, para la persona que lesione a otra al infringir el deber objetivo de cuidado.¹⁴²

A continuación, se profundizará el análisis respecto de la normativa vigente en el Ecuador en materia de salud mental y la necesidad de una norma específica que regule esta materia. En este sentido, se hará referencia a varios criterios mínimos enfocados específicamente en la aplicación de tratamientos a las personas con discapacidad mental que están previstos en varios instrumentos internacionales y que deberían ser tomados en cuenta por el Ecuador para mejorar la situación y precautelar los derechos de las personas que adolecen este tipo de enfermedades. Finalmente, se profundizará en el tema de la responsabilidad penal del profesional de la salud y los tipos penales que el COIP prevé para sancionar la violación al deber objetivo de cuidado al que se encuentra sujeto todo profesional en ejercicio de su profesión y la posibilidad de que ciertos procedimientos médicos se eleven a delitos de tortura o tratos crueles.

¹⁴² Código Orgánico Integral Penal. Artículo 152. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

CAPÍTULO II

CRITERIOS MÍNIMOS NECESARIOS PARA LA APLICACIÓN DE TRATAMIENTOS A PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL

Una vez analizadas las nociones generales que giran entorno al tema de la falta de normativa para regular los tratamientos aplicados a personas con discapacidad mental, es necesario establecer la situación legal del discapacitado mental en el Ecuador. Por esta razón, en el presente capítulo, se analizarán las garantías y derechos reconocidos a dichas personas en la normativa vigente. Asimismo, se revisará cómo esta normativa no es suficiente para precautelar dichos derechos.

Adicionalmente, al no existir una adecuada normativa en salud mental que garantice los derechos de las personas con este tipo de discapacidad, éstos son más propensos de verse vulnerados. Por esta razón, en base a los establecido y desarrollado por los Instrumentos Internacionales en relación al tema, se desarrollarán ciertos criterios que deberían tomarse en cuenta en una Ley de Salud Mental adecuada y que son necesarias para que los derechos reconocidos en la Constitución se hagan efectivos, especialmente, durante la aplicación de tratamientos. De igual manera, se hará referencia brevemente a los criterios que deben contemplarse al realizar una Terapia TEC, ya que como se revisó anteriormente, ésta constituye un mecanismo vigente y recurrente en el Ecuador, sin embargo, su mal manejo o el abuso de la misma, puede llegar a producir daños temporales o permanentes a los pacientes, por lo que es necesario que su aplicación esté regulada de una mejor manera.

2.1 Garantías y Derechos provistos por la normativa ecuatoriana

La Constitución del Ecuador ha establecido como deber primordial del Estado el garantizar, sin discriminación alguna, los derechos establecidos en ella y en los

Instrumentos Internacionales, en particular para temas de salud.¹⁴³ En este sentido, son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales, todas las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos.¹⁴⁴ Igualmente, se prevé que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades, sin poder ser discriminados, entre otras cosas, por su estado de salud, diferencia física o discapacidad,¹⁴⁵ por lo que se promoverá, en todo momento, “la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.¹⁴⁶ Adicionalmente, la Constitución establece expresamente que los Derechos y Garantías establecidos en los instrumentos internacionales, además de los establecidos en la Constitución, serán de “directa e inmediata aplicación”.¹⁴⁷

Una vez dicho esto, la Constitución, en el artículo 32 prescribe que la salud es:

[...] un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.¹⁴⁸

Asimismo, la Constitución prevé que las personas con discapacidad, en razón de su condición, son personas o grupos de personas a quienes se les deberá garantizar una atención prioritaria y especializada en ámbitos públicos y privados.¹⁴⁹ Por esta

¹⁴³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 3. Registro Oficial 449 de 20 de octubre 2008.

¹⁴⁴ *Id.*, Artículo 10.

¹⁴⁵ *Id.*, Artículo 11, numeral 2.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Id.*, Artículo 11, numeral 3.

¹⁴⁸ *Id.*, Artículo 32.

¹⁴⁹ *Id.*, Artículo 35.

razón, se les reconoce el derecho a una atención especializada, tanto en entidades públicas como en privadas, que presten servicios de salud para sus necesidades específicas.¹⁵⁰ De igual manera, se reconoce su derecho a la rehabilitación integral y la asistencia permanente, que incluye las ayudas técnicas que la persona discapacitada requiera.¹⁵¹ Adicionalmente, dentro de las medidas que el Estado deberá adoptar a favor de las personas con discapacidad, se encuentran aquellas que busquen asegurar la inclusión social de estas personas, a través del establecimiento de programas especializados para la atención integral que fomenten su autonomía y disminuyan su dependencia y, garanticen su pleno ejercicio de los derechos. Por último, la Constitución prescribe que el abandono de personas con discapacidad, y los actos que incurran en cualquier forma de abuso, trato inhumano o degradante y discriminación por razón de la misma, deberán ser sancionados.¹⁵²

En adición a dichos derechos y garantías, el artículo 66 del mismo cuerpo legal prescribe que se reconoce y garantizará a las personas el derecho a la inviolabilidad de la vida, el derecho a una vida digna que asegure, entre otras cosas, la salud y el derecho a la integridad personal, sea esta física o psíquica. De igual manera, prohíbe expresamente la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud.¹⁵³

Adicionalmente, la Constitución hace énfasis en establecer que el Sistema Nacional de Salud “tendrá por finalidad el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral [...]”¹⁵⁴, asimismo, establece que los servicios de salud deberán ser seguros, de calidad y calidez, y que garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes. De igual manera, establece que los

¹⁵⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 35. Registro Oficial 449 de 20 de octubre 2008.

¹⁵¹ *Id.*, Artículo 47, numeral 2.

¹⁵² *Id.*, Artículo 48, numerales 1,5 y 7.

¹⁵³ *Id.*, Artículo 66, numerales, 1, 2,3 y 10.

¹⁵⁴ *Id.*, Artículo 358.

servicios públicos estatales de salud comprenderán necesariamente los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios.¹⁵⁵ Finalmente, constituye un deber y responsabilidad de todos los ecuatorianos respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento, promover el bien común y ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética.¹⁵⁶ Asimismo, el artículo 363 de la Constitución establece que el Estado es responsable de brindar cuidado especializado a los grupos de atención prioritaria.¹⁵⁷

En base a las garantías y principios mencionados, el 24 de enero del 2012 se promulgó, en el Ecuador, la Ley Orgánica de Salud, misma que tiene como finalidad el regular las “acciones que permitan efectivizar el derecho universal a la salud consagrado en la Constitución Política de la República y la ley”.¹⁵⁸ Esta Ley, reconoce varios derechos en relación a la salud de todas las personas, sin discriminación por motivo alguno, como: “El acceso universal, equitativo, permanente, oportuno y de calidad a todas las acciones y servicios de salud¹⁵⁹”; el Derecho de respeto a su dignidad, autonomía y privacidad;¹⁶⁰ el Derecho a ser oportunamente informado sobre las alternativas de tratamiento, productos y servicios en los procesos relacionados con su salud, así como en usos, efectos, costos y calidad;¹⁶¹ el Derecho a “ejercer la autonomía de su voluntad a través del consentimiento por escrito y tomar decisiones respecto a su estado de salud y procedimientos de diagnóstico y tratamiento, salvo en casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida de las personas y para la salud pública”¹⁶², entre otros.

Sin embargo, a pesar de que la Ley mencionada establece requisitos mínimos como la necesidad de un diagnóstico y consentimiento informado, ésta no establece

¹⁵⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 362. Registro Oficial 449 de 20 de octubre 2008.

¹⁵⁶ *Id.*, Artículo 83, numerales 3, 7 y 12.

¹⁵⁷ *Id.*, Artículo 363, numeral 5.

¹⁵⁸ Ley Orgánica de Salud. Artículo 1. Suplemento del Registro Oficial 423 de 22 de diciembre de 2006.

¹⁵⁹ *Id.*, Artículo 7, literal a).

¹⁶⁰ *Id.*, Artículo 7, literal b).

¹⁶¹ *Id.*, Artículo 7, literal e).

¹⁶² *Id.*, Artículo 7, literal h).

distinción alguna respecto del trato especializado que requieren las personas con discapacidad mental para el manejo de éstas, en razón de su condición. Es importante resaltar que, el discapacitado mental, a pesar de ser un grupo prioritario de la sociedad por mandato Constitucional, carece de una normativa específica que proteja sus derechos e intereses en los procedimientos necesarios para tratar su condición y la Ley Orgánica de la Salud, no hace ninguna referencia significativa respecto de los mismos. En consecuencia, la postura frente a este tema se mantiene en que las leyes vigentes en el Ecuador, no son suficientes para proteger los derechos de las personas con discapacidad mental, ya que se trata de una actividad médica profesional que se efectúa con muchas irregularidades y que no es controlada o revisada periódicamente. En este sentido, se considera que la falta de seguimiento permite que las violaciones en dichos lugares continúen, empeorando la situación de personas que se encuentran en indefensión y demostrando una vez más, la urgente necesidad de crear una ley especializada en materia de salud mental.

En base a lo antes mencionado, son pocas las normas en el Ecuador que hacen referencia a los enfermos mentales. Gran parte de ellas se encuentran dispersas en diferentes cuerpos normativos, por ejemplo, la más reciente, la Guía para la Protección Integral de Personas Privadas de la Libertad, promulgada en marzo del 2014 y misma que hace referencia, muy superficialmente, al tratamiento de las personas con discapacidad que son privadas de la libertad. Por otro lado, es importante resaltar que, otras normativas referentes a este tema, que incluso, en algunos casos, se encuentran derogadas, se promulgaron en los años 80s y dejaron vacíos considerables que nunca buscaron resguardar los derechos de las personas con discapacidad mental. Por esta razón, es pertinente afirmar que, no existe una normativa adecuada para el manejo del tratamiento de las personas con discapacidad mental en el Ecuador, y al contrario, existe la necesidad de que se promulgue una ley de salud mental que llene las lagunas en el tema. En base a esto, es necesario contemplar ciertos criterios mínimos para el tratamiento de enfermos mentales en el Ecuador, que si bien, coinciden con algunos de los prescritos en la Ley Orgánica de la Salud desde el punto de vista genérico,

difieren en el caso concreto de los enfermos mentales debido a las situaciones aisladas que éstos presentan y que, necesariamente, requieren de un tratamiento especial. A continuación, se analizará qué han establecido los instrumentos internacionales en relación con el tema.

2.2 Garantías y Derechos provistos por los instrumentos internacionales

La Salud constituye un derecho humano que ha sido reconocido en diversos instrumentos internacionales. Según la definición adoptada por la OMS la salud es “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades”.¹⁶³ Asimismo, la OMS señala que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de toda persona, sin ningún tipo de distinción.¹⁶⁴ En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos ha establecido que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, [...]”.¹⁶⁵ Posteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determina que toda persona tiene derecho al “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.¹⁶⁶

Al respecto, la interpretación que realiza el Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de la Observación General No. 14, entiende al derecho a la salud como un “derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”¹⁶⁷, por lo que “todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”.¹⁶⁸ Asimismo, el Comité señala que el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y que depende

¹⁶³ Organización Mundial de la Salud. *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. 1946, p. 1.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). Artículo 25.

¹⁶⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966). Artículo 12 inciso 1).

¹⁶⁷ Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 14. (2000)., párr.1.

¹⁶⁸ *Ibid.*

de esos derechos, en particular los derechos a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, etc., por lo que, todos ellos configuran los *componentes integrales del derecho a la salud*. Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al consagrar el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, reconoce que existe un conjunto de factores que pueden facilitar o limitar el ejercicio del derecho a la salud, los cuales se encuentran determinados por los avances científicos, los factores sociales, las restricciones de los recursos públicos, entre otros.¹⁶⁹

Sin embargo, pese al extraordinario avance de la legislación internacional sobre derechos humanos durante los últimos 30 años, la evolución de éste para proteger, específicamente, los derechos de las personas con discapacidad mental, ha sido relativamente lenta y limitada. Es así que, los órganos encargados de velar por el cumplimiento de los principales instrumentos de derechos humanos han dedicado poca atención a los derechos de las personas con discapacidad mental. De hecho, la inexistencia de un lenguaje referido específicamente a estas personas en la Carta Internacional de Derechos Humanos y otros instrumentos jurídicos importantes ha obstaculizado durante mucho tiempo la aplicación de los mismos a las personas con discapacidad mental.¹⁷⁰ Como consecuencia directa de este problema práctico, los Gobiernos que han ratificado la Carta Internacional de Derechos Humanos, siendo Ecuador uno de ellos, desconocen las disposiciones específicas de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables a las personas con discapacidad mental.¹⁷¹

Sin embargo, con la adopción de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el mejoramiento de la Atención en Salud Menta (PPEM) y las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, las Normas sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental, están

¹⁶⁹ Cfr. Defensoría Del Pueblo. *Salud Mental y Derechos Humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental*. Lima: Konygraf&Cia. S.A.C., 2005., p. 15.

¹⁷⁰ Cfr. Eric Rosenthal, y Clarence Sundram. *La Importancia de los Derechos Humanos Consagrados Internacionalmente en la Legislación Nacional sobre Salud Mental*. Ginebra: OMS, 2004, pp. 11-13.

¹⁷¹ *Ibid.*

comenzando a evolucionar rápidamente en el marco del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas. Pese a esto, es importante resaltar que, actualmente, no se ha adoptado todavía una normativa de carácter vinculante en la materia y tampoco se ha llegado a un consenso respecto de las obligaciones de los gobiernos en la esfera de los derechos de las personas con discapacidad mental. En consecuencia, los instrumentos de derechos humanos más desarrollados en materia de salud mental y discapacidad, constituyen resoluciones sin fuerza jurídica obligatoria, es decir, son instrumentos no vinculantes.¹⁷²

No obstante, los principios esenciales del derecho consuetudinario, como el derecho a la vida y el concepto de no discriminación, se aplican a las personas con discapacidad al igual que a todos los demás seres humanos. Éstos, se encuentran contemplados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, conformada por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y son de aplicación irrestricta para todas las personas, sin importar su condición.

En este sentido, aquellos Derechos aplicables para la materia estudiada en el presente trabajo y previstos en la Carta Internacional de Derechos Humanos son: el Derecho a la Igualdad, el Derecho a la no discriminación; el Derecho a la vida; el Derecho a la libertad y a la seguridad personal; el Derecho a no ser sometido a torturas o tratos humillantes; el Derecho de igualdad ante la ley y; el Derecho a un nivel de vida digno.¹⁷³

Es importante precisar que, las personas con discapacidad mental tienen el mismo derecho de igualdad ante la ley, previsto en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos o en los artículos previstos en la Carta Internacional de Derechos Humanos. En consecuencia, las personas con trastornos mentales deben

¹⁷² Cfr. Eric Rosenthal, y Clarence Sundram. *La Importancia de los Derechos Humanos Consagrados Internacionalmente en la Legislación Nacional sobre Salud Mental*. Ginebra: OMS, 2004, pp. 19-21.

¹⁷³ Cfr. Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). Artículos 1, 2, 3, 5, 7, 25.

beneficiarse de la misma protección que en ellos está establecida. Este derecho está íntimamente vinculado con la obligación de no discriminación que se encuentra prevista en el artículo 1 de la Convención Americana, ya que, el derecho de igualdad ante la ley, y el derecho a la capacidad legal de las personas con discapacidad mental, solamente puede ser legalmente interrumpido bajo circunstancias extraordinarias, por lo que el derecho de las personas con discapacidad mental a tomar sus propias decisiones debe prevalecer.¹⁷⁴ Asimismo, para aquellos casos extraordinarios de pérdida de capacidad legal, la legislación debería prever un recurso de revisión periódica de tutela y curatela, para permitir a las personas declaradas incapaces, ejercer sus derechos civiles, económicos, políticos, sociales y culturales. De esta manera, se garantizaría el ejercicio de su derecho de igualdad ante la ley.¹⁷⁵

Por otro lado, el Derecho a la integridad física, psíquica y moral, previsto en el artículo 5 de la Convención Americana, constituye un derecho fundamental de cualquier ser humano y, su aplicación es de imperativa importancia en el contexto de hospitales psiquiátricos y de personas con discapacidad mental, es decir, se debe observar una mayor vigilancia de su cumplimiento, precisamente por la posición de vulnerabilidad, impotencia y abandono en la que, muchas veces, se encuentran estas personas.¹⁷⁶ En este sentido, el derecho a la integridad física, psíquica y moral de la persona con discapacidad mental, es frecuentemente vulnerado por el propio personal de salud. Esto ocurre, con mayor frecuencia, cuando no existe un control efectivo de los procedimientos llevados a cabo en las instituciones de salud mental especializadas, es así que, se pueden observar procedimientos como esterilización forzada,

¹⁷⁴ Cfr. Javier Vásquez. "Salud Mental u Derechos Humanos. Vigencia de los Estándares Internacionales". *Derecho internacional como un instrumento esencial para la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad mental y sus familiares en el contexto del Sistema Europeo e Interamericano de Derechos Humanos*. Buenos Aires: OPS., 2009, p. 36.

¹⁷⁵ *Id.*, p. 37.

¹⁷⁶ Cfr. Javier Vásquez. "Salud Mental u Derechos Humanos. Vigencia de los Estándares Internacionales". *Derecho internacional como un instrumento esencial ... Óp. cit.*, p. 37.

tratamientos experimentales o procedimientos quirúrgicos, sin un procedimiento y protocolos específicos con relación al consentimiento informado de los pacientes.¹⁷⁷

Es importante recordar que, las personas que padecen trastornos mentales, han sufrido los peores atropellos dentro de la sociedad a lo largo de la historia, y han sido identificados y tratados como *el otro*, por lo que, ha existido una tendencia significativa a privarlos de sus libertades. El maltrato, la exclusión, la discriminación y la estigmatización es algo que como sociedad hemos dado por sentado.¹⁷⁸ Es así que, se pone en tela de duda la vigente aplicación de los derechos humanos a personas con discapacidad mental, ya que su vida, su libertad, su integridad, seguridad personal, y su derecho de igualdad ante la ley se ven constantemente subestimados y vulnerados.

Frente a esto, se ha visto indispensable reformular el problema de las políticas de salud mental, para poder precautelar y garantizar los derechos humanos inherentes a estas personas.¹⁷⁹ En consecuencia, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) considera que es necesario proteger el derecho a la salud desde el contexto de la salud mental y asegurar estándares mínimos que deben ser implementados por todos los Estados.¹⁸⁰ Pese a esto, los avances en esta materia aún no son suficientes pero constituyen un importante punto de partida para un cambio futuro, asimismo, constituyen una pauta importante a seguir por los Estados que busquen implementar normas en esta materia. A continuación, se revisará algunos de ellos.

En primer lugar, tenemos a la Declaración De Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad Intelectual (DDRM) de 1971, que si bien, muchos aspectos en ella son obsoletos, hizo un importante aporte en la materia, ya que buscó proteger a las

¹⁷⁷ Cfr. Javier Vásquez. "Salud Mental u Derechos Humanos. Vigencia de los Estándares Internacionales". *Derecho internacional como un instrumento esencial ... Óp. cit.*, p. 38.

¹⁷⁸ Cfr. Lawrence Gostin. "Salud Mental u Derechos Humanos. Vigencia de los Estándares Internacionales". *Ley de derechos humanos y discapacidad mental internacional: libertad, dignidad, igualdad y derecho*. Buenos Aires: OPS., 2009., pp. 29-30.

¹⁷⁹ *Id.*, pp. 25-31.

¹⁸⁰ Cfr. Javier Vásquez. "Salud Mental u Derechos Humanos. Vigencia de los Estándares Internacionales". *Derecho internacional como un instrumento esencia... Óp. cit.*, p. 34.

personas con enfermedad mental contra la práctica común, en algunos países, de despojarlas de sus derechos, sin el proceso previo debido, mediante una declaración de incapacidad mental o ponerlas bajo tutela durante el resto de su vida.¹⁸¹ En este sentido, en lugar de exigir un único diagnóstico médico, la DDRM estableció la necesidad de que toda persona con discapacidad intelectual sea sometida a una evaluación de su capacidad social por expertos calificados, del mismo modo, toda declaración de incapacidad debía ser examinada periódicamente, y toda persona cuyos derechos hayan sido limitados, podría apelar ante un tribunal.¹⁸² Adicionalmente, la DDRM sí contempló la institucionalización de la persona con discapacidad mental para aquellos casos de imperativa necesidad, sin embargo, primó siempre el derecho de la persona a ser integrado en la comunidad promoviendo, de esta forma, a la inclusión social.¹⁸³

Por otro lado, tenemos a los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención en salud mental (PPEM) de 1991. Éstos, establecieron normas prácticas mínimas de derechos humanos aplicables en el sector de la salud mental y, desde entonces, han sido reconocidos como las normas más completas para la protección de los derechos de las personas con discapacidad mental a nivel internacional. Varios órganos internacionales de vigilancia y aplicación los han utilizado como una interpretación autorizada de las obligaciones establecidas por el PIDESC y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁸⁴

Éstos, establecen las normas para el tratamiento y las condiciones de vida dentro de las instituciones psiquiátricas, y prevén protecciones contra la detención arbitraria en dichas instituciones. Del mismo modo, los principios se aplican ampliamente a toda persona con enfermedad mental, esté o no, internada en una institución psiquiátrica y

¹⁸¹ Cfr. Eric Rosenthal, y Clarence Sundram. *La Importancia de los Derechos Humanos Consagrados Internacionalmente... Óp. cit.*, p. 33.

¹⁸² *Id.*, pp. 33-34.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ Cfr. Eric Rosenthal, y Clarence Sundram. *La Importancia de los Derechos Humanos Consagrados Internacionalmente... Óp. cit.*, pp. 34-36.

a toda persona que haya ingresado en una institución psiquiátrica, independientemente de que se la haya diagnosticado como enferma mental.¹⁸⁵

Los PPEM reconocen que toda persona que padezca una enfermedad mental tendrá derecho a vivir y trabajar, en la medida de lo posible, en la comunidad. Igualmente, reconocen que todo paciente tendrá derecho a ser tratado y atendido, en la medida de lo posible, en la comunidad en la que vive y, protegen una amplia variedad de derechos dentro de las instituciones, por ejemplo: la protección de pacientes contra “daños, incluidos la administración injustificada de medicamentos, los malos tratos por parte de otros pacientes, del personal o de otras personas[...]”.¹⁸⁶ Asimismo, los PPEM exigen que el tratamiento aplicado a estas personas esté basado en un plan realizado individualmente para cada una de ellas y que el tratamiento de cada paciente esté destinado a preservar y estimular su independencia personal. De igual manera, establecen normas sustantivas y protecciones procesales contra la detención arbitraria en una institución psiquiátrica y exigen el establecimiento de mecanismos y la inspección de las instituciones para promover su cumplimiento.¹⁸⁷

Finalmente, tenemos a las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad de 1993. Éstas surgen en respuesta al llamamiento enunciado en la Declaración de Viena para que se preste especial atención a los derechos humanos de las personas con discapacidad. Las implicaciones y consecuencias de las Normas Uniformes constituyen un aspecto muy importante dentro de la evolución de la normativa internacional referente a las personas con discapacidad mental, ya que, dentro del proceso mismo de desarrollo de legislación sobre salud mental, se reconoce el derecho de las personas con discapacidad mental, y por extensión de las organizaciones integradas por esas personas, a “participar en la planificación nacional de la salud mental y en las reformas del sistema de servicio

¹⁸⁵ Cfr. Eric Rosenthal, y Clarence Sundram. *La Importancia de los Derechos Humanos Consagrados Internacionalmente... Óp. cit.*, pp. 34-36.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.*

social necesarias para poner a los países en conformidad con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas”.¹⁸⁸

Por otro lado, desde el punto de vista de la Discapacidad, encontramos la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) que entró en vigor el 3 de mayo del 2008. Ésta, constituye una norma de *Ius Cogens*, es decir una norma imperativa y se trata del primer instrumento amplio de derechos humanos del siglo XXI que señala un cambio trascendental y paradigmático en el enfoque respecto de las personas con discapacidad. El Ecuador se convirtió en el veinteaavo país que ratificó este instrumento internacional, teniendo actualmente 153 Estados signatarios y 106 ratificaciones.¹⁸⁹

La presente Convención constituye un instrumento esencial para precautelar los derechos de las personas con discapacidad, ya que busca “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto a su dignidad inherente”.¹⁹⁰ De igual manera, establece que las personas con discapacidad incluyen aquellas que tengan deficiencias mentales o intelectuales.¹⁹¹

La Convención establece que es necesario el uso de *ajustes razonables* que modifiquen y realicen las adaptaciones necesarias cuando se requiera en casos particulares, con el fin de garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.¹⁹² Es así que, establece una serie de principios generales como: “El Respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, la libertad de

¹⁸⁸ Cfr. Eric Rosenthal, y Clarence Sundram. *La Importancia de los Derechos Humanos Consagrados Internacionalmente... Óp. cit.*, pp. 36-39.

¹⁸⁹ Cfr. Naciones Unidas. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. <http://acnudh.org/2011/12/hoja-informativa-convencion-internacional-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad/>. (acceso: 08/7/15)

¹⁹⁰ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2008). Artículo 1.

¹⁹¹ *Id.*, inciso 2.

¹⁹² *Id.*, Artículo 2, inciso 4.

tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”¹⁹³; la igualdad de oportunidades; la no discriminación; la accesibilidad; entre otros.¹⁹⁴

En el artículo 5, la Convención hace énfasis en el tema de la igualdad y la no discriminación. Ésta, prescribe que todas las personas son iguales ante la ley por lo que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida, sin discriminación alguna. En consecuencia, es obligación del Estado, adoptar medidas pertinentes a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación a partir de la realización de ajustes razonables.¹⁹⁵ De igual manera, la Convención establece que todos los seres humanos poseen el derecho inherente a la vida, por lo que se deberá adoptar las medidas necesarias que garanticen el goce efectivo de ese derecho a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.¹⁹⁶

Por otro lado, el artículo 14 de la Convención prescribe que las personas con discapacidad deberán disfrutar del derecho a la libertad y seguridad, por lo que no podrán ser privadas de su libertad de forma ilegal o arbitraria. En este sentido, toda privación de libertad deberá ser de conformidad con la ley y, el hecho de la existencia de una discapacidad, no justifica en ningún caso una privación de la libertad.¹⁹⁷ Asimismo, “ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento”.¹⁹⁸

Es importante resaltar que, toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con los demás, así como, a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación en razón de su

¹⁹³ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2008). Artículo 3, literal a).

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ *Id.*, Artículo 5, numerales 1 y 3.

¹⁹⁶ *Id.*, Artículo 10.

¹⁹⁷ *Id.*, Artículo 14, numeral 1, literales a) y b).

¹⁹⁸ *Id.*, Artículo 15, numeral 1.

condición.¹⁹⁹ De igual manera, los Estados deberán exigir a los profesionales de la salud que presten una atención de igual calidad a las personas con discapacidad, basándose siempre en el consentimiento libre e informado y los derechos humanos. Asimismo, se deberá impulsar el respeto a la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas y jurídicas para la atención de la salud en los ámbitos tanto público como privado. Por otro lado, el Estado está obligado a impedir y sancionar aquellos hechos en que se nieguen, de manera discriminatoria, los servicios de salud por motivos de discapacidad.²⁰⁰ Finalmente, los Estados Partes de la Convención deberán adoptar medidas efectivas y pertinentes, para que las personas con discapacidad “puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social [...] en todos los aspectos de la vida”.²⁰¹

Una vez revisados los derechos y garantías previstos en los instrumentos internacionales para las personas con discapacidad mental, se profundizará en ciertos criterios mínimos que deberían contemplarse en una adecuada legislación de salud mental de manera que se pueda garantizar que el tratamiento aplicado a estas personas sea el adecuado y no vulnere ninguno de los derechos mencionados anteriormente. Estos criterios buscan que exista una homogenización de los procedimientos mínimos a seguir por los profesionales de la salud a la hora de aplicar un tratamiento a una persona con discapacidad, ya que de esta manera, disminuirá el riesgo de vulnerar los derechos inherentes al paciente o el riesgo de que un profesional de salud cumpla, voluntaria o involuntariamente, con la tipicidad de mala práctica profesional.

¹⁹⁹ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2008). Artículo 17.

²⁰⁰ *Id.*, Artículo 25.

²⁰¹ *Id.*, Artículo 26.

2.3 Criterios mínimos previstos en la normativa internacional

Como se revisó anteriormente, la normativa existente en el campo de la Salud, no abarca el tema de la Salud Mental de forma específica. En consecuencia, no existe un control adecuado respecto de cómo se están aplicando los tratamientos a las personas con discapacidad mental. No olvidemos que, una persona con discapacidad mental no siempre llega con su familia a una institución psiquiátrica especializada, al contrario, existe un número importante de personas que son encontradas en las calles en condiciones deplorables y son llevadas a instituciones públicas de salud mental y retenidas en ellas por años e incluso décadas. Recordemos que, el Ecuador es un país cuya Constitución promueve la vida en comunidad, por lo que existe la obligación de prestar una mayor atención al tema de la Salud Mental, ya que aquí es donde mayor urgencia y necesidad existe de promulgar una normativa adecuada y específica que precautele los derechos de los pacientes y de los médicos.

Temas como el consentimiento libre e informado, el ingreso voluntario e involuntario a instituciones de salud mental, el derecho a rechazar o interrumpir el tratamiento, la confidencialidad, el manejo de la historia clínica, la verificación de riesgos y el control periódico tanto de las instituciones, como de los pacientes, es ciertamente diferente, en el caso de las personas con discapacidad mental frente a una persona con todas sus facultades mentales. Por esta razón, la ley Orgánica de la Salud no es suficiente, ya que a duras penas aborda ciertos temas de forma genérica, o simplemente, no los aborda, dejando una laguna muy importante que abre la posibilidad a que los derechos de los pacientes sean vulnerados.

En este sentido, una normativa específica y adecuada en el país debe tener como objetivo la prestación de una buena y adecuada atención en salud mental, es decir, todo aquello que conlleva el “análisis y diagnóstico del estado de salud mental de una persona, y el tratamiento, el cuidado y las medidas de rehabilitación aplicadas a una

enfermedad mental real o presunta”²⁰² y todos los procedimientos mínimos que en la práctica se deberían aplicar obligatoriamente.

En consecuencia, una persona, independientemente de que padezca o no una enfermedad mental, tiene derecho a la mejor atención disponible en materia de salud mental.²⁰³ Por esta razón, la atención en Salud Mental debe brindarse siempre con arreglo a las normas y principios de ética de los profesionales de la salud, así como los principios para la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, mismos que fueron aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución No 37/194, de 18 de diciembre de 1982.

La disposición 8 numeral 2) de dichos principios agrega que:

Se protegerá a todo paciente de cualesquiera daños, incluidos la administración injustificada de medicamentos, los malos tratos por parte de otros pacientes, del personal o de otras personas u otros actos que causen ansiedad mental o molestias físicas.

De igual manera, la disposición 11 numeral 14) de los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental dispone que:

[...] No se someterá nunca a tratamientos psicoquirúrgicos (lobotomía) u otros tratamientos irreversibles o que modifican la integridad de la persona a pacientes involuntarios de una institución psiquiátrica y esos tratamientos sólo podrán, en la medida en que la legislación nacional lo permita, aplicarse a cualquier otro paciente cuando éste haya dado su consentimiento informado y cuando un órgano externo independiente compruebe que existe realmente un consentimiento informado y que el tratamiento es el más conveniente para las necesidades de salud

²⁰² Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Definiciones, literal c).

²⁰³ Victorian Government Department Of Human Services. *Electroconvulsive Therapy*. Melbourne: State Government Victoria, 2008, p. 2.

del paciente.²⁰⁴

De este modo, queda establecido que los profesionales de la salud no podrán hacer uso indebido de los conocimientos ni de las técnicas psiquiátricas en ningún caso. Adicionalmente, toda persona tiene derecho a exigir que se cumpla con los estándares de calidad aceptados en todos los servicios de salud, los procedimientos y prácticas institucionales y profesionales²⁰⁵, ya que la evidencia indica que, los abusos y malos tratos en los centros asistenciales, ya sea en hospitales psiquiátricos, hospicios y clínicas de la prisión, no son un fenómeno nuevo. Como consecuencia a esto, en 1982, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó los Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud. Asimismo, declaró que constituye una violación patente de la ética médica, así como un delito para el personal de salud, el participar, activa o pasivamente, en actos que constituyan participación, complicidad, incitación o tentativa de cometer tortura o tratos crueles.²⁰⁶ Adicionalmente, es importante recordar que la prohibición absoluta de la tortura a nivel internacional se dio a través de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes o Castigos en 1987. De igual manera, la comunidad internacional también ha reconocido el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y otros tratados internacionales.²⁰⁷

En consecuencia, la postura frente al tema, se inclina a afirmar que existe una inminente necesidad de una normativa específica en Salud Mental que garantice el derecho de las personas a la mejor atención posible en esta materia. Actualmente, no existe una normativa adecuada que precautele su derecho a ser atendidas, tratadas con humanidad y con respeto a su dignidad y ser protegidas contra cualquier tipo de

²⁰⁴ Defensoría Del Pueblo. *Salud Mental y Derechos Humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental*. Lima: Konygraf&Cia. S.A.C., 2005, p. 39.

²⁰⁵ Cfr. Whashington College Of Law. *Torture in Healthcare Settings: Reflections on the Special Rapporteur on Torture's 2013 Thematic Report*. Whashington : American University, 2013, pp. 36-42.

²⁰⁶ Cfr. Steven Miles. *Doctors Complicity with Torture*. Minneapolis: The BMJ, 2008., pp. 308-309.

²⁰⁷ *Ibid.*, pp. 42-45.

explotación, maltrato físico o mental, trato degradante o cruel.²⁰⁸ Igualmente, se considera que, la inexistencia de la normativa tiene como consecuencia directa la falta de promoción de la vida en la comunidad, privando a toda persona que padezca una enfermedad mental, a que en la medida de lo posible, ejerza su derecho a vivir y trabajar en la comunidad.²⁰⁹

A continuación, se desarrollarán aquellos criterios mínimos que he identificado como necesarios para garantizar que la aplicación de un tratamiento a una persona con discapacidad mental se haga de manera correcta, eliminando las probabilidades de vulneración de los derechos inherentes a estas personas y haciendo efectivos aquellos derechos garantizados en la Constitución. En consecuencia, se sostiene que los criterios que se desarrollarán a continuación, son necesarios para regular el campo de la salud mental que, como se desprende del contexto social del enfermo mental en el Ecuador, consiste en un tema que ha quedado muy relegado hasta la actualidad.

2.4 Diagnóstico

En primer lugar, toda persona que tenga una enfermedad mental y que vaya a ser tratada por la misma, debe recibir un diagnóstico. Tanto la Constitución de la República del Ecuador²¹⁰ como la Ley Orgánica de la Salud²¹¹ determinan que los procedimientos de diagnóstico son un derecho del que goza toda persona, sin discriminación alguna. El diagnóstico se refiere al acto de conocer la naturaleza de una enfermedad mediante la observación de sus síntomas y signos, es decir, es la calificación que da el médico a la enfermedad según los signos que advierte.²¹²

²⁰⁸ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Principio 1.

²⁰⁹ *Id.*, Principio 3.

²¹⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 362, segundo inciso. Registro Oficial 449 de 20 de octubre 2008.

²¹¹ Ley Orgánica de Salud. Artículo 7, literal h). Suplemento del Registro Oficial 423 de 22 de diciembre de 2006.

²¹² Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 23.ª edición. Madrid: Espasa Libros. 2014. "Diagnóstico".

Es importante resaltar que, en el caso de una enfermedad mental, ésta no puede ser determinada tomando como fundamento la condición política, económica, social, cultural, racial, religiosa, o cualquier otra razón que no se refiera directamente al estado de la salud mental de la persona. De igual manera, los conflictos familiares, profesionales o “la falta de conformidad con los valores morales, sociales, culturales o políticos o con las creencias religiosas dominantes en la comunidad de una persona”²¹³ no constituyen, en ningún caso, un factor determinante del diagnóstico de una enfermedad mental. Tampoco lo será por el solo hecho de tener el paciente un historial de tratamientos o de hospitalización por una enfermedad mental.

En este sentido, toda enfermedad mental debe ser establecida a través de un examen médico adecuado que deberá ser realizado por una persona legalmente capacitada para ello y tomando en cuenta que, “ninguna persona será forzada a someterse a exámenes médicos con objeto de determinar si padece o no una enfermedad mental”²¹⁴ salvo que el examen practicado, se realice con arreglo a un procedimiento autorizado por el derecho nacional.

Para hacer efectivo esto, es necesario que el médico dedique a su paciente el tiempo, los recursos necesarios y sus conocimientos científicos para realizar una evaluación adecuada de su salud, e indicar los exámenes físicos, biológicos o científicos indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir el tratamiento correspondiente.²¹⁵ Se trata entonces, de un ejercicio inductivo en el que el profesional valora ciertos signos y síntomas característicos, provenientes de los exámenes realizados, que, a la luz de su conocimiento profesional y de una interpretación o lectura conjunta, lo conduce a la formulación de una hipótesis de trabajo para el asunto en particular. Dicha hipótesis constituye el diagnóstico, mismo

²¹³ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Principio 4.

²¹⁴ *Id.*, Principio 5.

²¹⁵ Cfr. María Patricia Castaño De Restrepo. *El Consentimiento Informado del Paciente en la Responsabilidad Médica*. Bogotá: Temis, 1997, p. 83.

que está sujeto a comprobación, confirmación y a una reevaluación ulterior, toda vez que, un diagnóstico no es absoluto o irreversible.²¹⁶

En este sentido, cabe resaltar la importancia de la reevaluación, ya que, se busca garantizar que el paciente reciba el mejor y más eficaz tratamiento posible, por lo que su evolución, muchas veces puede implicar un cambio de tratamiento, siempre a miras de que éste sea lo menos restrictivo posible y busque restablecer, en la medida de lo posible, sus facultades físicas o mentales de manera que se promueva su integración a la comunidad.²¹⁷

2.5 Verificación de riesgos

En segundo lugar, una vez diagnosticada una persona con una enfermedad mental, es necesario que el profesional de la salud verifique si existe riesgo de que la persona provoque daños a otros o de autoagresión, o si el tratamiento requerido solo puede ser administrado en una institución especializada. De no ser éste el caso, todas las personas con trastornos mentales deberían recibir atención comunitaria.²¹⁸ De igual manera, si el ingreso o el tratamiento institucional, se vuelve necesario, la legislación nacional debería favorecer el ingreso voluntario del paciente.

2.6 Tratamiento

En tercer lugar, todo paciente diagnosticado con una enfermedad mental y que deba recibir un tratamiento, tiene el derecho de ser tratado en un ambiente lo menos restrictivo posible. Asimismo, el tratamiento *per se* deberá ser lo menos restrictivo y alterador posible, de manera que éste, corresponda siempre a las necesidades de la

²¹⁶ Cfr. Carlos Ignacio Jaramillo. *La Culpa y la Carga de la Prueba en el Campo de la Responsabilidad Médica*. Bogotá: Ibañez, 2010, p. 64.

²¹⁷ Cfr. Departamento de Salud Mental y Toxicomanías Organización Mundial de la Salud . *La Importancia de los Derechos Humanos Consagrados Internacionalmente en la Legislación Nacional sobre Salud Mental*. Ginebra: OMS. 2004, p. 60.

²¹⁸ Cfr. Organización Mundial De La Salud. *Conjunto de Guías sobre Servicios y Políticas de Salud Mental: Legislación Sobre la Salud Mental y Derechos Humanos*. Asturias : Editores Médicos, s.a. EDIMSA, 2005, pp. 21-23.

salud del paciente y la protección de la seguridad física de terceros.²¹⁹ De igual manera, todo tratamiento debe ser prescrito en un plan individual realizado, especialmente, para cada paciente. Este plan debe ser examinado con el paciente o su representante legal periódicamente, modificado en caso de ser necesario y aplicado por personal profesional calificado, tomando en cuenta siempre, que la principal finalidad del tratamiento es la preservación y estimulación de la independencia personal del paciente.²²⁰

Adicionalmente, toda atención psiquiátrica deberá administrarse siempre con arreglo a las normas de ética pertinentes de los profesionales de salud mental, prohibiendo en todos los casos, el uso indebido de los conocimientos y las técnicas psiquiátricas.²²¹ En este sentido, toda medicación o procedimiento de eficacia conocida o demostrada que se aplique a una persona con discapacidad mental, deberá responder directamente con las necesidades fundamentales de salud del paciente y “sólo se le administrará con fines terapéuticos o de diagnóstico y nunca como castigo o para conveniencia de terceros”.²²² De igual manera, todo paciente tendrá derecho a acceder a un tratamiento que sea adecuado a sus antecedentes culturales,²²³ que sea prescrito por un profesional de salud mental autorizado por la ley y que se registre obligatoriamente en la historia clínica del paciente.²²⁴

De igual forma, ningún paciente podrá ser sometido a “restricciones físicas o a reclusión involuntaria salvo con arreglo a los procedimientos oficialmente aprobados de la institución psiquiátrica y sólo cuando sea el único medio disponible para impedir

²¹⁹ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Principio 9.

²²⁰ Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CTP). “Normas del CTP Secciones de los Informes Generales del CTP dedicados a cuestiones de fondo”. *Internación involuntaria en establecimientos psiquiátricos; Extracto del 8vo Informe General [CTP/Inf (98) 12]*. Estrasburgo: Consejo de Europa, 2003, p. 57, párr. 37.

²²¹ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Principio 9, numeral 3.

²²² Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Principio 10, numeral 1.

²²³ *Id.*, Principio 7, numeral 3.

²²⁴ *Id.*, Principio 10, numeral 2.

un daño inmediato o inminente al paciente o a terceros”.²²⁵ Estas prácticas, solo podrán aplicarse por el período que la *lex artis* establezca como pertinente, deberán ser registradas en la historia clínica del paciente y deberán realizarse manteniendo, en todo momento, las condiciones dignas, de cuidado y supervisión inmediata, adecuadas. Asimismo, nunca podrá aplicarse la esterilización como tratamiento de la enfermedad mental, tampoco el sometimiento a tratamientos psicoquirúrgicos u otros tratamientos irreversibles o que modifican la integridad de la persona o pacientes involuntarios de una institución psiquiátrica. Adicionalmente, tampoco se deberá someter a ensayos clínicos ni a tratamientos experimentales a ningún paciente sin su consentimiento informado.²²⁶

Finalmente, en referencia al caso específico de la terapia TEC, es importante tomar en cuenta que, como se desprendió del estudio de campo realizado en el primer capítulo de este trabajo, los profesionales de la salud en el Ecuador aplican la terapia en base a la *lex artis*. Ésta, independientemente de la escuela de la que provenga, es decir, americana, europea, etc., tiene definidas, en todos los casos, las indicaciones y las condiciones bajo las cuales se puede administrar una TEC, mismas que deberán ser observadas en todo momento. En otras palabras, la experiencia o discrecionalidad de los médicos no es suficiente para determinar la necesidad del uso de la TEC, al contrario, debe existir evidencia científica actualizada y una indicación expresa y demostrable que respalde la aplicación de un tratamiento TEC. Asimismo, la terapia debe realizarse dentro de una instalación destinada y adecuada para ese propósito y con los mecanismos, recursos y tecnología necesarios, tanto para la aplicación de la TEC, como para los casos de reanimación frente a posibles efectos negativos desencadenados por el shock y demás garantías necesarias para asegurar la adecuada aplicación del tratamiento.²²⁷

²²⁵ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Principio 10, numeral 11.

²²⁶ *Id.*, Principio 10, numerales 12, 14 y 15.

²²⁷ Cfr. Godoy Carrascosa E. Iniesta López. *Protocolo de Terapia Electroconvulsiva (TEC)*. Albacete: Complejo Hospitalario Universidad de Albacete. 2007, p. 4.

2.7 Consentimiento informado

En cuarto lugar, y una vez diagnosticada la persona e identificado su tratamiento, ésta tiene derecho a dar su consentimiento informado. El derecho al consentimiento informado de los pacientes se fundamenta en el principio de autonomía individual. Éste, determina el derecho que tienen las personas a adoptar decisiones racionales en forma autónoma y sin injerencia ni coerción, respecto a un tratamiento específico o un procedimiento que se va a realizar en su cuerpo,²²⁸ es decir, busca dar fe de la autorización que un paciente o su representante legal emite para que se realice un procedimiento médico quirúrgico, de ayudas diagnósticas o complementación terapéutica.²²⁹

Esta autorización dada por el paciente se fundamenta en el requisito principal de la información. Éste, constituye el elemento legitimador del consentimiento informado, ya que, dependiendo del tipo, la calidad y la oportunidad de la información brindada, se decidirá el paciente sobre un tratamiento determinado.²³⁰ En consecuencia, la información brindada deberá ser siempre sencilla, detallada, prudente y persistente. Es decir, no basta con que el médico le informe al paciente sobre el estado del tratamiento, sino que es necesario que el paciente entienda lo que realmente se le quiere decir. De igual manera, nunca se debe alarmar al paciente de tal forma que se lo desalentaría al tratamiento, sin embargo, tampoco se deben minimizar los resultados obtenidos en los exámenes. En otras palabras, la prudencia en el consentimiento informado se refiere a un equilibrio entre la discreción y la información que solo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor.²³¹ Por último, la información suministrada de forma persistente implica que la información se dé durante todo el procedimiento clínico y post operatorio, ya que no basta con una única autorización

²²⁸ Cfr. Organización Mundial De La Salud. *Conjunto de Guías sobre Servicios y Políticas de Salud Mental: Legislación Sobre... Óp. cit.*, pp. 21-23.

²²⁹ Cfr. Hospital San Luis Beltrán. *Manual de Consentimiento Informado*. San Jerónimo: E.S.E. 2013, p. 5.

²³⁰ *Id.*, p. 9.

²³¹ Cfr. Hospital San Luis Beltrán. *Manual de Consentimiento Informado. Óp. cit.*, p. 10.

inicial, pues se requiere que ésta, sea reiterada para cada procedimiento o etapa del tratamiento.²³²

Por consiguiente, el paciente o su representante legal, deben ser informados de manera clara y oportuna de:

- a) El diagnóstico y su evaluación;
- b) El propósito, el método, la duración probable y los beneficios que se espera obtener del tratamiento propuesto;
- c) Las demás modalidades posibles de tratamiento, incluidas las menos alteradoras posibles y;
- d) Los posibles efectos adversos, los riesgos previsibles de común y de escasa concurrencia y secuelas del tratamiento propuesto.²³³

En el campo de los trastornos mentales, el consentimiento libre e informado también constituye un principio fundamental. El punto clave está en determinar la competencia del paciente para dar dicho consentimiento.²³⁴ Frente a esto, es importante afirmar que, la existencia de un trastorno mental no implica automáticamente la incapacidad de tomar decisiones, por lo que una legislación adecuada debe determinar los procedimientos necesarios para la valoración de la competencia, estipular cuáles son las autoridades apropiadas para determinarla y perfilar las acciones que deberían llevarse a cabo si se determina que una persona es incapaz.²³⁵

Asimismo, en los casos en los que los pacientes se encuentren en un estado en el que se presume que no brindarán un consentimiento informado, existe la obligación de hacer todo lo posible por informar a dichas personas, en términos comprensibles, sobre los aspectos mencionados en los párrafos precedentes. En estos casos, la información que se brinda es importante en la medida en la que, muchos de los pacientes podrán entender, a partir de dicha explicación, los motivos por los que se les

²³² Cfr. Hospital San Luis Beltrán. *Manual de Consentimiento Informado*. Óp. cit., p. 10.

²³³ Organización Mundial De La Salud. *Conjunto de Guías sobre Servicios y Políticas de Salud Mental: Legislación Sobre...* Óp. cit., pp. 25-26.

²³⁴ Cfr. Victorian Government Department Of Human Services. *Electroconvulsive Therapy*. Óp. cit., pp. 2-3.

²³⁵ Cfr. Aurelio Castilla García y María Loreto Castilla San José. *El consentimiento informado en psicoterapia*. Madrid: Originales y Revisiones, 2001, pp. 23-25.

aplicará un tratamiento determinado. La explicación brindada puede llegar, incluso, a tranquilizar a los pacientes, logrando que éstos participen del proceso, cuanto sea posible.²³⁶

El ordenamiento jurídico ecuatoriano establece en el artículo 7 literal h) de la Ley Orgánica de Salud, que toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene derecho a ejercer la autonomía de su voluntad a través del consentimiento por escrito y tomar decisiones respecto a su estado de salud y procedimientos de diagnóstico y tratamiento, salvo en los casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida de las personas y para la salud pública.²³⁷ Salvo esta disposición, no existe ninguna otra que haga referencia al caso específico del consentimiento informado de personas con discapacidad mental.

Por otro lado, los PPEM, prevén la posibilidad de que el paciente pueda solicitar que una o más personas de su confianza estén presentes durante el procedimiento a aplicársele. Adicionalmente, el paciente podrá negarse a recibir el tratamiento o a interrumpirlo, por lo que el profesional de la salud tiene la obligación de explicar al paciente las consecuencias de su decisión. De igual forma, jamás se deberá alentar o persuadir a un paciente a que renuncie a su derecho a dar su consentimiento informado, de hecho, por regla general, ningún tratamiento puede ser administrado a falta de éste,²³⁸ salvo los casos en que concurran las siguientes circunstancias:

- a) Que el paciente, en la época de que se trate, sea un paciente involuntario, tenga incapacidad de hecho o legal o que se encuentre en estado de gravedad o urgencia;
- b) Que una autoridad independiente que disponga de toda la información pertinente, compruebe que, en la época de que se trate, el paciente está incapacitado para dar o negar su consentimiento informado al plan de tratamiento propuesto o, si así lo prevé la legislación nacional, teniendo presente la seguridad del paciente y la de terceros;

²³⁶ Cfr. Victorian Government Department Of Human Services. *Electroconvulsive Therapy*. *Óp. cit.*, pp. 2-3.

²³⁷ Ley Orgánica de Salud. Artículo 7, literal h). Suplemento del Registro Oficial 423 de 22 de diciembre de 2006.

²³⁸ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Principio 11, numerales 3, 4 y 5.

- c) Que la autoridad independiente compruebe que el plan de tratamiento propuesto es el más indicado para atender a las necesidades de salud del paciente.²³⁹

Asimismo, cabe resaltar que si el paciente cuenta con un representante legal, este último, podrá dar el consentimiento informado. De igual manera, constituye una obligación de todo profesional de la salud registrar de inmediato todo procedimiento o tratamiento que se aplique al paciente en la historia clínica. Adicionalmente, se deberá registrar si fue aplicado de forma voluntaria o involuntaria²⁴⁰ y si el consentimiento informado obtenido fue directo o diferido. El primero, corresponde a aquél obtenido directamente del paciente afectado, quien goza de autonomía y madurez, es decir, aquel que está consciente y en plena aptitud para autogobernarse. Por otro lado, el consentimiento es diferido, cuando es dado por un tercero en situaciones en las cuales resulta imposible que el paciente ejerza autodeterminación para emitir un consentimiento directo.²⁴¹

Para el caso de la terapia TEC se debe tomar en consideración ciertos aspectos puntuales a la hora de que el paciente o su representante legal den su consentimiento informado. Como se desprendió de la investigación de campo realizada en el primer capítulo de este trabajo, la administración de TEC en el Ecuador se realiza con ciertas irregularidades, especialmente, en el campo del consentimiento informado y la aplicación de anestesia a los pacientes. Por esta razón, es necesario que, para los casos de administración de TEC, existan dos tipos de documentos de consentimiento informado, el primero enfocado en la aplicación de la anestesia y, el segundo, para la aplicación de la TEC propiamente dicha. Ambos, deben ser explicados al paciente, sus familiares o representante legal, por el miembro del equipo médico, preferentemente, el psiquiatra indicador de la administración del tratamiento y por el médico

²³⁹ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Principio 11, numeral 6.

²⁴⁰ *Id.*, Principio 11, numeral 10.

²⁴¹ Cfr. Hospital San Luis Beltrán. *Manual de Consentimiento Informado. Óp. cit.*, pp. 14-15.

anestesiista.²⁴² Asimismo, el consentimiento informado deberá ser firmado por el paciente o su representante legal.²⁴³

De esta manera, el consentimiento de anestesia funcionaría como una forma de garantía para el paciente, especialmente para aquellos casos en los que existen pacientes ingresados involuntariamente en centros psiquiátricos y cuya estancia en esos lugares ha sido prolongada.

[...]La TEC administrada en su forma no modificada (es decir, sin relajantes anestésicos o musculares) no puede ser ya un método considerado como aceptable en la práctica de la psiquiatría moderna. Aparte del riesgo de fracturas y otras consecuencias adversas, el proceso mental es degradante tanto como para el paciente como para el personal implicado. Por consiguiente, la TEC se debería siempre administrar en su forma modificada.²⁴⁴

Por otro lado, en casos excepcionales en donde la TEC es necesaria debido a que existe un riesgo inminente para la vida del paciente o de una tercera persona, se debe administrar en base a los procedimientos de consentimiento diferido, mencionados anteriormente. Asimismo, la TEC debe ser administrada fuera de la vista de otros pacientes, en una sala destinada para dicho propósito y por el personal que haya sido entrenado específicamente para suministrar este tipo de tratamiento. Adicionalmente, se deberá dejar constancia en la historia clínica o algún registro en un archivo específico, los procedimientos que se realizaron y la forma en que se lo hizo, ya que solo de esta manera, se podrá identificar claramente las prácticas indeseables.²⁴⁵

No obstante, ¿Qué sucede en aquellos casos en que la prestación del consentimiento informado se vuelve imposible?, es decir, cuál es la vía legal a seguir en aquellos casos en que el profesional de la salud recibe un paciente que, por el estado en que se encuentra, no puede prestar su consentimiento informado,

²⁴² Cfr. Godoy Carrascosa E Iniesta López. *Protocolo de Terapia Electroconvulsiva (TEC)*. Óp. cit., p. 2.

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CTP). "Normas... Óp. cit., p. 58, párr. 39.

²⁴⁵ *Ibid.*

asimismo, carece de familiares o un representante legal y existe la necesidad emergente de la aplicación de un tratamiento, ya que la vida del paciente, se encuentra en eminente riesgo.

Éstos, se tratan de casos aislados en los que la necesidad de adoptar una decisión inmediata, sin contar con el consentimiento del paciente, es determinante para resguardar la vida y la integridad física de éste.²⁴⁶ Al respecto, la OMS ha manifestado que, cuando la naturaleza de la condición del paciente no permite una elección informada independiente, el tratamiento se debe proporcionar solo después de un proceso de toma de decisiones respaldado, en base a la necesidad misma del paciente.²⁴⁷

En este sentido, la Corte IDH ha determinado que “la vulnerabilidad intrínseca de las personas con discapacidades mentales es agravada por el alto grado de intimidad que caracteriza los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas [...],”²⁴⁸ por lo tanto, la adopción de medidas y tratamientos en situaciones emergentes es necesaria para reducir ese grado de vulnerabilidad. En consecuencia, el médico o la institución en la que se encuentre el paciente, deberá actuar como garante de la vida de éste, hasta cuando el paciente, estuviera en capacidad de tomar una decisión informada respecto de su salud, sea a través de su consentimiento directo o, a través del consentimiento diferido por un representante legal que se le asigne.²⁴⁹

Entonces, la CIDH ha reconocido que existen situaciones excepcionales vinculadas con el tema de salud mental, en donde no es necesario aplicar el consentimiento informado del paciente.²⁵⁰ En estos casos, el tratamiento aplicado sin el consentimiento de las personas con discapacidad mental se realizará, únicamente, en

²⁴⁶ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de Julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 130.

²⁴⁷ OMS. *Criterios médicos de elegibilidad para el uso de anticonceptivos*. Cuarta edición, 2009, pp. 13.

²⁴⁸ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de Julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 129.

²⁴⁹ CIDH. *Informe sobre acceso a la información en materia reproductiva*. Adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 22 de noviembre de 2011, OEA/Ser.L /V/II. Doc. 61, párr. 74.

²⁵⁰ *Ibid.*

escenarios que cumplan características taxativas. En primer lugar, el paciente no debe tener la capacidad de dar su consentimiento por el estado mental en el que se encuentra en ese momento; además, la condición de la persona representa un riesgo significativo para su vida o integridad, o la de terceros; el tratamiento a aplicarse tiene una finalidad terapéutica; no existen medios menos restrictivos disponibles para tratar a la persona y; el tratamiento se aplicará por el periodo mínimo necesario a fin de que el paciente se estabilice.²⁵¹

Asimismo, antes de administrar un tratamiento involuntario a una persona, se debe analizar si: (1) Los signos clínicos y síntomas específicos que el paciente presenta; (2) Si el tratamiento es proporcional al estado de salud que la persona presenta; (3) Si el tratamiento forma parte de los pasos establecidos en los protocolos clínicos y *lex artis*; (4) Si el tratamiento es el apropiado para permitir que el paciente se estabilice y evolucione de manera que puede prestar su consentimiento, lo más pronto y en la medida de lo posible.²⁵² De igual forma, el tratamiento aplicado debe ser revisado en intervalos apropiados, aplicado en un ambiente adecuado y deberá estar debidamente documentado.²⁵³

Por último, la decisión de someter a una persona a un tratamiento involuntario no consensuado solo se puede dar en casos de emergencia cuando el profesional de salud mental, calificado y autorizado por ley, determine que “ese tratamiento es urgente y necesario para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a otras personas”²⁵⁴, siempre y cuando, el tratamiento optado no acarree efectos definitivos e irreversibles y que no se aplique más allá del período estrictamente necesario para alcanzar el propósito requerido, afectando a futuro, la condición del paciente.²⁵⁵ En

²⁵¹ Committee of Ministers. *Recommendation No. REC (2004) 10 of the Committee of Ministers to member States concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder and its Explanatory Memorandum*. (2004). Article 17.

²⁵² *Id.*, Article 18.

²⁵³ OMS. *Criterios médicos de elegibilidad para el uso de anticonceptivos*. Cuarta Edición. 2009., p. 6.

²⁵⁴ Committee of Ministers. *Recommendation No. REC (2004) 10... Óp. cit.*, Article 19.

²⁵⁵ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Principio 11, numerales 7 y 8.

consecuencia, si la medida aplicada al paciente, continúa después de la superación de la situación de emergencia, una autoridad competente deberá analizar el caso y tomar una decisión inmediata respecto de la persona.²⁵⁶

2.8 Tratamiento que requiere el ingreso en instituciones mentales

Cuando el profesional de la salud ha determinado que es necesario el ingreso de una persona diagnosticada con una enfermedad mental a una institución psiquiátrica, para recibir tratamiento, se deberá hacer todo lo posible por realizar un ingreso voluntario del paciente a la institución. De la misma manera, el paciente voluntario tendrá siempre el derecho a abandonar la institución psiquiátrica en cualquier momento, salvo que, en razón de su condición, se cumplan los requisitos para ser retenido involuntariamente dentro de la institución.²⁵⁷ En este sentido, tanto el ingreso, como la retención involuntaria en instituciones especializadas en Salud Mental, sólo deben ser permitidos por la Ley en circunstancias excepcionales. El Ecuador no prevé un procedimiento legalmente reglado para estos casos, sin embargo, los PPEM nos dan una clara pauta de cómo debería realizarse este tipo de procedimientos.

En primer lugar, una persona diagnosticada con una enfermedad mental cuya gravedad o condiciones requiere su internamiento en una institución psiquiátrica, solo podrá ser admitida en dicho lugar como paciente involuntario cuando un médico legalmente calificado y autorizado para esos efectos, determine que es necesario el internamiento involuntario. Esto mismo sucede en los casos de los pacientes que ingresaron a la institución de forma voluntaria pero deben ser retenidos involuntariamente en dichas instituciones debido a la gravedad de su condición. Sin

²⁵⁶ Committee of Ministers. *Recommendation No. REC (2004) 10 of the Committee of Ministers to member States concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder and its Explanatory Memorandum*. (2004). Article 21.

²⁵⁷ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Principio 15.

embargo, para poder realizar una admisión involuntaria es necesario que concurran los siguientes requisitos:²⁵⁸

- a) Que debido a la enfermedad mental existe un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros; o
- b) Que, en el caso de una persona cuya enfermedad mental sea grave y cuya capacidad de juicio esté afectada, el hecho de que no se la admita o retenga puede llevar a un deterioro considerable de su condición o impedir que se le proporcione un tratamiento adecuado que sólo puede aplicarse si se admite al paciente en una institución psiquiátrica de conformidad con el principio de la opción menos restrictiva.²⁵⁹

Asimismo, para garantizar que la decisión adoptada por el médico es imparcial y conforme criterios médicos y jurídicos, es necesario que se consulte con un segundo profesional de salud mental, que sea independiente del primero, y que analice si la admisión o retención involuntaria es el mecanismo idóneo que busque proteger la salud, la integridad física y mental del paciente.²⁶⁰ Es decir, “el procedimiento por el cual se decide la internación involuntaria deberá ofrecer unas garantías de independencia e imparcialidad así como también pericia médica objetiva.”²⁶¹

De igual forma, es esencial que una legislación específica en salud mental establezca los períodos adecuados de admisión o retención involuntaria, ya que ésta, en principio, se debe hacer durante un período breve, con fines de observación y tratamiento preliminar del paciente, mientras un órgano de revisión no judicial conformado para la materia, considere la admisión o retención. La decisión llegada por el órgano de revisión, así como los motivos de dicha decisión deberán ser, inmediatamente, comunicados al paciente, a su representante legal o a sus familiares.²⁶² Asimismo, una persona ingresada involuntariamente en un establecimiento psiquiátrico por una autoridad no judicial deberá tener el derecho a

²⁵⁸ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Principio 16, numeral 1.

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CTP.). “Normas... *Óp. cit.*, p. 61, párr. 52.

²⁶² Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Principio 16, numeral 2.

interponer una demanda mediante a cual la legalidad de su detención sea decidida inmediatamente por un órgano judicial.²⁶³

Por otro lado, es importante resaltar que “una institución psiquiátrica sólo podrá admitir pacientes involuntarios cuando haya sido facultada a ese efecto por la autoridad competente”.²⁶⁴ En el Ecuador, es de vital importancia que se aplique esta forma de control, ya que existen un sinnúmero de instituciones mentales privadas que ofrecen el internamiento de pacientes con discapacidades mentales, sin estar legalmente autorizadas para realizar dichas prácticas y sin tener la infraestructura necesaria para hacerlo.

Conviene además advertir que, todo paciente que sea recluido en una institución psiquiátrica deberá ser informado, en una forma y en un lenguaje que comprenda, de todos los derechos que le corresponden y la forma de ejercerlos. Asimismo, si el paciente no se encuentra en condiciones de comprender dicha información, los derechos del paciente deberán comunicarse a su representante legal.²⁶⁵ Adicionalmente, la institución psiquiátrica tiene como obligación brindar al paciente un servicio que se aproxime, en la mayor medida posible, al medio ambiente y las condiciones de vida normales de las personas sin discapacidad mental de edad similar.²⁶⁶

Del mismo modo, es necesario que toda institución psiquiátrica cuente con todos los recursos de un establecimiento sanitario apropiado, en especial, el personal médico capacitado y demás profesionales calificados en número suficiente y locales suficientes para proporcionar al paciente una terapia confidencial, oportuna y activa. Asimismo, la institución debe contar con el equipo de diagnóstico adecuado, el equipo

²⁶³ Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CTP). “Normas... *Óp. cit.*, p. 61, párr. 52.

²⁶⁴ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Principio 16, numeral 3.

²⁶⁵ *Id.*, Principio 12, numerales 1 y 2.

²⁶⁶ *Id.*, Principio 13, numeral 2.

terapéutico necesario para sus clientes, y los medicamentos indispensables, de manera que se pueda brindar una atención profesional adecuada.²⁶⁷ Por último, es necesario que la institución mantenga un sistema que busque proteger a sus pacientes de cualesquiera daños que puedan sufrir dentro de las instalaciones, incluido aquél provocado por “la administración injustificada de medicamentos, los malos tratos por parte de otros pacientes, del personal o de otras personas u otros actos que causen ansiedad mental o molestias físicas”.²⁶⁸

Finalmente, es necesario que todas las instituciones psiquiátricas sean inspeccionadas por las autoridades competentes de forma periódica y permanente, de manera que se pueda garantizar que las condiciones, el tratamiento y la atención de los pacientes se aplican conforme a los presentes criterios²⁶⁹, especialmente, para llevar un adecuado seguimiento de casos de ingreso y tratamiento, voluntarios o involuntarios, que se prolonguen más de un cierto periodo de tiempo.²⁷⁰

2.9 Revisión

La revisión del status de una persona con discapacidad mental internada involuntariamente en una institución psiquiátrica constituye un proceso necesario y esencial para precautelar los derechos del paciente. El principal objetivo es evitar que la institución psiquiátrica se convierta en un sitio de confinamiento permanente para la persona y se garantice su derecho a vivir en comunidad. En este sentido, un órgano independiente e imparcial establecido por ley, debería examinar periódicamente los casos de pacientes involuntarios a intervalos razonables, de manera que se pueda determinar si el paciente sigue cumpliendo con los requisitos para su admisión o

²⁶⁷ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Principio 14, numeral 1.

²⁶⁸ *Id.*, Principio 8, numeral 2.

²⁶⁹ *Id.*, Principio 14, numeral 2.

²⁷⁰ Cfr. Defensoría Del Pueblo. *Salud Mental y Derechos Humanos: La situación de los derechos de las personas internadas... Óp. cit.*, p. 28.

permanencia involuntaria en la institución psiquiátrica, o si por el contrario, el paciente debe ser dado de alta como paciente involuntario.²⁷¹

De esta forma, después de cada examen realizado por este órgano, se determinará si el paciente sigue cumpliendo o no los requisitos de su status en ese momento.

Las revisiones periódicas del estado de salud de un paciente y de la medicación prescrita, es un requisito básico. Ello permitirá entre otras cosas que se decidas decisiones adecuadas respecto de una posible alta hospitalaria o traslado a un ambiente menos restrictivo.²⁷²

Igualmente, el paciente, su representante legal o cualquier persona interesada, deberán tener el derecho de apelar ante un tribunal superior la decisión de admitir o retener a un paciente en una institución psiquiátrica. Es importante resaltar que, para garantizar la efectividad del deber de este órgano imparcial e independiente, éste debe estar asesorado, conformado o guiado por uno o más profesionales de salud mental calificados e independientes.²⁷³

2.10 Confidencialidad

La confidencialidad constituye un principio y un derecho del que gozan todos los pacientes. Ésta, es considerada como la reserva que deben mantener todas y cada una de las personas integrantes del equipo de profesionales de la salud frente a la comunidad, respecto de la información del estado de salud y condición de una persona, con el fin de garantizar su derecho fundamental a la intimidad.²⁷⁴ Este tema cobra un importante significado en el campo de la Salud Mental, ya que es necesaria la existencia de una norma expresa en una futura ley específica en el tema de salud mental. Así, se aseguraría la confidencialidad de toda la información y documentos

²⁷¹ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Principio 17, numerales 1, 3 y 5.

²⁷² Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CTP). "Normas... *Óp. cit.*, p. 58, párr. 40.

²⁷³ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Principio 17, numerales 2 y 7.

²⁷⁴ Gloria. L. Rodríguez Salguero. *La Confidencialidad en el ámbito de la Salud y sus valores implícitos: Secreto, Intimidad y Confianza*. Bogotá D.C.: Universidad del Bosque. 2009., p. 12.

acerca del diagnóstico y tratamiento de las personas que adolezcan este tipo de enfermedades para asegurar su derecho a la intimidad, protegiéndolos de intromisiones no deseadas en su libertad individual.²⁷⁵ Es así que, la ley debe prohibir expresamente la divulgación, inspección o transmisión de los documentos de salud mental del paciente sin su consentimiento o el de su representante o tutor legal.²⁷⁶ Es decir, es un deber del profesional de la salud respetar el derecho que tienen todas las personas a que se trate confidencialmente la información que les concierne.²⁷⁷

En este sentido, es un derecho del paciente mantener su información personal de manera reservada y poder decidir en qué momento y a qué personas revelará su información, asimismo, el paciente decidirá qué tipo de información estará dispuesto a revelar, ya sea al médico, al personal auxiliar o a terceras personas, ya que es importante tener en cuenta que, la información personal relacionada al tema de la salud mental de una persona puede, en un momento, determinar algún tipo de discriminación, marginación y hasta persecución.²⁷⁸ En consecuencia, la confidencialidad en el ámbito de la salud mental busca que se garanticen derechos como el derecho a no ser discriminado; el derecho al libre desarrollo de la personalidad; el derecho de intimidad personal y familiar; el derecho a la salud; el derecho a una vida digna; el derecho a una vida libre de violencia; el derecho a la igualdad; entre otros.²⁷⁹

2.11 Historia clínica

La Historia Clínica constituye “el conjunto de documentos relativos al proceso de asistencia y estado de salud de una persona realizado por un profesional”.²⁸⁰ Este documento contiene los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre

²⁷⁵ Gloria. L. Rodríguez Salguero. *La Confidencialidad en el ámbito de la Salud y sus valores implícitos: Secreto, Intimidad y Confianza*. Bogotá D.C.: Universidad del Bosque. 2009., p. 12.

²⁷⁶ Cfr. Aurelio Castilla García y María Loreto Castilla San José. *El consentimiento informado en psicoterapia*. *Óp. cit.*, pp. 23-25.

²⁷⁷ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Principio 6.

²⁷⁸ Gloria. L. Rodríguez Salguero. *La Confidencialidad...* *Óp. cit.*, p. 8.

²⁷⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial 449 de 20 de octubre 2008.

²⁸⁰ Juan Martínez Hernández. *Historia Clínica*. Murcia: Hospital Santa María de Rosell., 2006., p. 58.

la situación y la evolución de un paciente a lo largo del proceso asistencial²⁸¹ y constituye un documento imprescindible para presentar asistencia médica a una persona. La legislación ecuatoriana reconoce a la historia clínica como un derecho de toda persona sin discriminación por motivo alguno. Asimismo, establece que la historia clínica deberá ser redactada “en términos precisos, comprensibles y completos; así como la confidencialidad respecto de la información en ella contenida y a que se le entregue su epicrisis”.²⁸²

Adicionalmente, el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, establece que es una obligación de las entidades que conforman el Sistema Nacional de Salud aplicar la historia clínica única establecida para dichas entidades. Es decir, el uso y aplicación de la historia clínica única es obligatorio para las entidades que integran el sistema y estará bajo custodia y responsabilidad de la unidad o establecimiento donde se generó.²⁸³

Sin embargo, debido a la falta de una normativa específica en Salud Mental, no existe una norma que regule el contenido de una historia clínica en este ámbito, de manera que criterios mínimos que deberían preverse para personas con discapacidad mental no se toman en cuenta a la hora de llenar una historia clínica de un paciente con estas características. Cabe recalcar que, el ejercicio profesional siempre estará ligado a un conjunto de normas legales que lo regulen y la historia clínica constituye un documento médico-legal que recoge toda la relación médico-paciente, todos los actos médicos y todos los actos sanitarios que se realicen. En consecuencia, la Historia debe ser completa, ordenada, legible, respetuosa con el enfermo, ratificada cuando sea necesario y veraz.

²⁸¹ Juan Martínez Hernández. *Historia Clínica*. Murcia: Hospital Santa María de Rosell., 2006., p. 58.

²⁸² Ley Orgánica de Salud. Artículo 7, literal f). Suplemento del Registro Oficial 423 de 22 de diciembre de 2006.

²⁸³ Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud. Artículos 73, literal d), 78 y 79. Registro Oficial 9 de 28 de enero de 2003.

La historia clínica constituye un documento con varias funciones, la principal de ellas, corresponde a un fin clínico-asistencial y deriva en el motivo por el que se genera, es decir, la necesidad de tener agrupada toda la información sobre una persona, necesaria para el tratamiento o prevención de la enfermedad.²⁸⁴ Sin embargo, la historia clínica también tiene otras funciones como la actividad docente, la investigación clínica, el control y estudios epidemiológicos, el control de calidad, la gestión y administración de la actividad sanitaria y los procesos judiciales.²⁸⁵

En este sentido, la historia clínica, al ser un documento médico en donde quedan registrados todos los actos médicos realizados con el paciente, tiene una importancia fundamental en los procesos judiciales, ya que constituye la prueba material en los casos de responsabilidad médica profesional y otros casos en la que se requiera.²⁸⁶ Es así que se puede afirmar que, la historia clínica constituye la mejor protección del médico, o al contrario, la más eficaz prueba condenatoria del mismo. Esto se debe a que constituye el documento en el que se pone de manifiesto si el médico actuó con la debida diligencia respecto a todas sus obligaciones en relación al paciente, o si, por el contrario, actuó de forma negligente al no poner en práctica sus conocimientos médicos y los medios necesarios, según la ciencia del momento, y según las circunstancias en las que practicó un acto médico determinado, vulnerando de esta forma, los derechos del paciente.²⁸⁷

Las personas con discapacidad mental no son la excepción al derecho a una historia clínica, sin embargo, al encontrarse en una situación particular, la historia clínica psiquiátrica tiene ciertas variaciones. Por esta razón, y tomando en cuenta que el estado mental de un paciente psiquiátrico puede variar de un momento a otro, se debe poner especial énfasis en establecer una buena relación médico-paciente.

²⁸⁴ Cfr. Aurelio Luna Maldonado. "Problemas Médico Legales del Manejo de la Historia Clínica". *Revista Latinoamericana V*, (2000)., p. 61.

²⁸⁵ *Id.*, p. 62.

²⁸⁶ Cfr. María Teresa Criado Del Río. *Aspectos médico-legales de la Historia Clínica*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza., 1999., p. 1.

²⁸⁷ *Id.*, pp. 2-3.

Asimismo, el médico no puede adoptar posiciones al realizar la entrevista, de manera que las preguntas que realice al paciente, deben ser abiertas y permitir que éste se exprese libremente.

Adicionalmente, como se desprendió de la investigación de campo realizada en el primer capítulo, en el Ecuador no siempre se aplican criterios mínimos que resguarden los derechos del paciente tales como el consentimiento informado o la anestesia en la aplicación de TEC. Por esta razón, es necesario que en toda historia clínica realizada a una persona con discapacidad mental conste, además de la información general requerida en toda historia clínica regular:

- 1) La descripción de los antecedentes personales del paciente, desde su nacimiento hasta la edad del paciente. En este sentido, se deben analizar desde los hábitos de la madre durante el embarazo, hasta el desarrollo de la personalidad social del paciente. Asimismo, se debe tomar en cuenta la relación del paciente con la madre y la familia, su personalidad, su sexualidad, su nivel de independencia, los posibles conflictos interpersonales que presente, su rendimiento académico o laboral, el desarrollo de su identidad, sus ideales e ideologías, sus relaciones con la pareja, etc., ya que de esta forma, se garantizaría un verdadero diagnóstico clínico basado en evidencia científica comprobable.²⁸⁸
- 2) Para los casos de aplicación de procedimientos que requieran de anestesia como la terapia TEC, es necesario que en la historia clínica conste un informe del anesthesiólogo, antes, durante y después de la aplicación de la terapia. De igual manera, debe constar el consentimiento informado, directo o diferido, para la aplicación de anestesia y, a parte, un segundo consentimiento

²⁸⁸ Cfr. Diego Vidal Palao. *La Entrevista Clínica Psiquiátrica*. Barcelona: Corporació Sanitària i Universitària Parc Taulí. 2009, pp. 1-10.

informado para la aplicación del tratamiento prescrito por el profesional de la salud.²⁸⁹

- 3) Para el caso específico de la terapia TEC, la historia clínica debe contar con un informe claro y detallado del plan de actuación y cuidados de los miembros del equipo de aplicación de la terapia en todas sus fases, es decir, en la fase pre-TEC, la fase de TEC y la fase post-TEC.²⁹⁰
- 4) Constancia de todas las fechas de verificación de la evolución del paciente, el tratamiento aplicado, la forma y cantidad en la que se aplicó, y el análisis de los posibles cambios en el tratamiento frente a una evolución positiva en el paciente.²⁹¹
- 5) Constancia, clara y completa, de toda medida que se tome sobre el paciente, de manera que se registren todos los actos tomados antes, durante y después de la aplicación de la misma.²⁹² En este sentido, el registro debería incluir las fechas de inicio y del término de la medida, las circunstancias del caso, las razones para recurrir a dicha medida y el nombre del médico que la ordenó y aprobó.²⁹³
- 6) Constancia de la competencia del paciente para dar o no consentimiento informado y, en caso de que éste no esté en capacidad de hacerlo, los motivos

²⁸⁹ Cfr. Godoy Carrascosa E. Iniesta López. *Protocolo de Terapia Electroconvulsiva.... Óp. cit.*, pp. 4-9.

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ Cfr. Diego Vidal Palao. *La Entrevista Clínica Psiquiátrica. Óp. cit.*, pp. 1-10.

²⁹² Cfr. Ruby Mejía. *Guía para la elaboración de Historia Clínica de Psiquiatría*. Pereira: Universidad Tecnológica de Pereira. 2013.

²⁹³ Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CTP). "Normas... Óp. cit.", p. 61, párr. 50.

y circunstancias que justifiquen la falta de su capacidad y las medidas que se tomaron frente a ese escenario.²⁹⁴

- 7) Constancia de la voluntad del paciente en la aplicación de cualquier tipo de tratamiento, es decir, siempre se debe indicar si se trató de un procedimiento voluntario o involuntario.²⁹⁵
- 8) Constancia de la forma de admisión del paciente a una institución de salud mental, tomando en cuenta que, las admisiones involuntarias de pacientes no son, bajo ningún concepto, justificantes que autorizan la administración de tratamiento sin el consentimiento informado de los pacientes. “De lo que se deduce que a cada paciente, ya sea voluntario o involuntario, se le deberá dar la oportunidad de rechazar el tratamiento o cualquier otra intervención médica”.²⁹⁶ Asimismo, cualquier derogación de este principio fundamental, deberá basarse en lo prescrito en la ley y deberá estar relacionado, únicamente, con circunstancias excepcionales claras y estrictamente definidas.²⁹⁷

Estos criterios buscan garantizar un mayor y mejor control respecto del manejo de los pacientes con discapacidad mental, exigiendo a todos los médicos una debida diligencia y un debido registro de todos los procedimientos que aplican a sus pacientes. De esta manera, la historia clínica actúa como una radiografía de la evolución del paciente desde su primer encuentro con el médico o grupo de médicos

²⁹⁴ Cfr. Aurelio Castilla García y María Loreto Castilla San José. *El consentimiento informado en psicoterapia. Óp. cit.*, pp. 23-25.

²⁹⁵ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Principio 11, numeral 11.

²⁹⁶ Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CTP.). “Normas... *Óp. cit.*, p. 58, párr. 40.

²⁹⁷ *Ibid.*

que lo tratan y un respaldo, tanto para el médico, como para el paciente, en referencia de las acciones tomadas durante la relación médico-paciente o paciente-institución.²⁹⁸

2.12 Acceso a la información

El paciente o su representante legal tienen derecho de acceso a la información relativa a él en la historia clínica y expediente personal que mantenga la institución psiquiátrica en donde es o fue tratado. El historial médico es personal y confidencial para cada paciente, de manera que éste último, podrá consultarlo y ponerlo en disposición de su familia, representante legal o abogado.²⁹⁹ No obstante, existen casos en los que el historial puede contener información que acarree consecuencias negativas al paciente, por lo que se desaconseja en estos casos, desde un punto de vista terapéutico, el entregar esta información a los pacientes. Entonces, además del derecho de acceso a la información que tiene el paciente, debe preverse que este derecho puede ser restringido en ciertas ocasiones en las que se busca impedir la producción de un grave daño a la salud mental del paciente o se ponga en peligro la seguridad de terceros.³⁰⁰ En este sentido, la legislación debe especificar las circunstancias excepcionales en las que el derecho de acceso a esta información puede ser restringido.³⁰¹

2.13 Rehabilitación

En el Ecuador, el Estado garantiza y reconoce a las personas con discapacidad el derecho a “la rehabilitación integral y la asistencia permanente”.³⁰² En este sentido, el Estado es responsable de formular políticas públicas que garanticen la rehabilitación

²⁹⁸ Cfr. Defensoría Del Pueblo. *Salud Mental y Derechos Humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental*. Lima: Konygraf&Cia. S.A.C., 2005, p. 31.

²⁹⁹ Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CTP.). “Normas... *Óp. cit.*, p. 58, párr. 40.

³⁰⁰ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Principio 19.

³⁰¹ Cfr. Organización Mundial De La Salud. *Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación*. Ginebra: OMS, 2006, p. 42.

³⁰² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 47, numeral 2. Registro Oficial 449 de 20 de octubre 2008.

de las personas.³⁰³ Asimismo, tanto la Constitución, como la Ley Orgánica de la Salud, establecen que el Sistema Nacional de Salud garantizará la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación en todos los niveles³⁰⁴, es así que establece que “los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios”.³⁰⁵

De igual manera, tanto la DDRM como los PPEM reconocen que todo tratamiento debe proponerse estimular la independencia y las aptitudes de cada persona. Por esta razón, el tratamiento de cada paciente deberá estar destinado a preservar y estimular su independencia personal.³⁰⁶ Este principio es de mucha importancia, ya que actualmente, muchas personas son internadas indefinidamente en instituciones donde el sistema de salud mental funciona con el fin de mantener vivas a las personas, sin embargo, abandonan esencialmente la oportunidad de que éstas tengan posibilidades de desarrollar sus aptitudes o regresar a la comunidad. Este peligro es particularmente grande para las personas con discapacidad mental más grave, que a menudo quedan abandonadas en instituciones psiquiátricas o asilos.³⁰⁷

De igual manera, la evidencia científica ha demostrado que, las personas internadas en instituciones a las que no se las hace utilizar las aptitudes sociales que tenían al llegar, con el tiempo, las pierden inevitablemente y adquieren una mentalidad institucionalizada. En consecuencia, el fin rehabilitador de la persona con discapacidad mental se logra a través del reconocimiento del derecho de cada persona a un tratamiento que preserve o mejore sus aptitudes y que desarrolle al máximo su

³⁰³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 363, numeral 1. Registro Oficial 449 de 20 de octubre 2008.

³⁰⁴ *Id.*, Artículo 359.

³⁰⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 362. Registro Oficial 449 de 20 de octubre 2008.

³⁰⁶ Cfr. Departamento De Salud Mental Y Toxicomanías Organización Mundial De La Salud. *La Importancia de los Derechos Humanos Consagrados Internacionalmente en la Legislación Nacional sobre Salud Mental*. Ginebra: OMS. 2004., p. 50.

³⁰⁷ *Ibid.*

potencial, sea que se logre una rehabilitación parcial o total del mismo.³⁰⁸

De igual forma, la Observación general No. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales manifestó que estos derechos son principios centrales en la promoción de la independencia y la integración social del paciente.³⁰⁹ Esta Observación No. 5 establece que:

[...] el derecho a la salud física y mental conlleva el derecho de las personas con discapacidad a tener acceso a servicios médicos y sociales que posibilitan su independencia, previenen discapacidades adicionales y apoyan su integración social, así como el derecho a beneficiarse de dichos servicios³¹⁰.

Por lo tanto, al prever la rehabilitación, la Observación general No. 5 declara que los servicios de rehabilitación deben estar diseñados para posibilitar que las personas alcancen y mantengan un nivel óptimo de independencia y funcionamiento.³¹¹ De igual manera, los servicios orientados a la rehabilitación de las personas con discapacidad mental constituyen una parte integral de la atención y tratamiento en salud mental, y por ende es importante que una adecuada legislación de salud mental incluya disposiciones para el desarrollo de tales servicios como parte de la promoción del acceso a la atención.³¹²

Finalmente, los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental establecen, expresamente, que las instalaciones de las instituciones psiquiátricas deben permitir el estímulo de sus pacientes para una apropiada rehabilitación que promueva su reintegración en la comunidad.³¹³ Asimismo, la Organización Panamericana de la Salud ha recomendado a

³⁰⁸ Cfr. Departamento De Salud Mental Y Toxicomanías Organización Mundial De La Salud. *La Importancia de los Derechos Humanos Consagrados Internacionalmente en la Legislación Nacional sobre Salud Mental*. Ginebra: OMS. 2004., p. 50.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ Departamento De Salud Mental Y Toxicomanías Organización Mundial De La Salud. *La Importancia de los Derechos Humanos Consagrados... Óp. cit.*, p. 51.

³¹¹ *Id.*, p. 52.

³¹² Cfr. Organización Mundial De La Salud. *Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación*. Ginebra: OMS, 2006, p. 36.

³¹³ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Principio 13, numeral 2, literal d).

los Estados miembro que garanticen servicios de rehabilitación en la comunidad, mas no, en instituciones aisladas geográficamente.³¹⁴

Para finalizar con los criterios mínimos para la aplicación de tratamientos a las personas con discapacidad mental, es de imperativa importancia que el Estado cumpla un papel de vigilancia respecto de los mecanismos existentes para promover el cumplimiento de los principios reconocidos en una ley de Salud Mental. Por esta razón, el Estado tiene la obligación de “inspeccionar las instituciones psiquiátricas, presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados”³¹⁵ para sancionar y regular los casos en que exista una conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes.

En el Ecuador, existen varios tipos de responsabilidades en las que un profesional de la salud incurriría en caso de la inobservancia de su deber objetivo de cuidado. Actualmente, están vigentes los tipos penales de homicidio y lesiones culposas por mala práctica profesional en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) que, en el caso de los profesionales de la salud, sancionan los daños producidos a pacientes como consecuencia de la falta de cuidado del profesional en el ejercicio de su área en experticia. En el siguiente capítulo, se analizará el tema de la mala práctica médica y la sanción penal que devenga de ello, asimismo, se analizará qué sucede en aquellos casos aislados en los que la vulneración del deber objetivo de cuidado deja de ser un delito culposo y, debido a la constante presencia de tratos inhumanos, degradantes y crueles, se convierte en un delito doloso tipificado por el artículo 151 del COIP como delito de tortura.

³¹⁴ Cfr. Organización Panamericana De La Salud. *Salud Mental y Derechos Humanos: Vigencia de los Estándares Internacionales*. Buenos Aires: OPS, 2009, p. 35.

³¹⁵ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Artículo 22.

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO POR LA INOBSERVANCIA DE CRITERIOS MÍNIMOS EN LA APLICACIÓN DE TRATAMIENTOS A PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL

El Derecho Penal constituye un mecanismo de control que tiene como finalidad la protección del bien común, por lo que toda persona que infrinja la ley deberá ser castigada. Es así que, toda sociedad organizada posee varios intereses considerados dignos de protección, por lo que, todo comportamiento que afecte las condiciones de existencia, desarrollo o conservación de una persona dentro de una sociedad, es conocido como un delito. Es importante además resaltar que, la existencia misma de un individuo no es el único interés del Estado, ya que también los son las condiciones necesarias para que el desarrollo de la sociedad se de normalmente y sin alteraciones o traumatismos. El COIP denomina al delito como infracción penal y la define como la “conducta típica, antijurídica y culpable”³¹⁶ capaz de ser punible. En este sentido, el delito es típico, porque la conducta se encuentra previa y expresamente descrita por la ley penal. Antijurídico, porque la conducta ejecutada por el sujeto activo es contraria al derecho y lesiona un bien jurídico penalmente protegido y culpable, ya que, desde el punto de vista subjetivo, el acto puede ser imputado y reprochado a su autor.³¹⁷

Asimismo, el COIP adopta la teoría del bien jurídico protegido, a fin de ofrecer la adecuada aplicación garantista que vincula al bien jurídico con los derechos fundamentales emanados de la Constitución de la República y los instrumentos

³¹⁶ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 18. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

³¹⁷ Cfr. Ernesto Albán. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano... Óp. cit.*, p. 115.

internacionales de derechos humanos.³¹⁸ Un bien jurídico protegido es aquél bien e interés que el sistema jurídico considera especialmente valioso en el orden social.³¹⁹ Es así que, la existencia de una afectación más directa de los individuos, es decir, la comprobación de un daño, lesividad individual, peligro o un grado concreto de afectación de dicho bien, deberá ser sancionado penalmente.³²⁰

3.1 La responsabilidad penal

La Responsabilidad Penal es la obligación que toda persona dentro de una sociedad organizada tiene de aceptar a someterse a las consecuencias que las leyes establecen en virtud de la realización de determinados hechos propios. Estas consecuencias pueden comprender tanto la privación de la libertad, como otras medidas de seguridad, como por ejemplo, la suspensión temporal o la suspensión definitiva del ejercicio profesional.³²¹ Es decir, la consecuencia de la acción es un castigo y, la pena que se impone al sujeto, es por razones de orden social, no individual. La sanción con cárcel se da porque, más allá del interés particular del afectado que recibe el daño, la acción cometida representa o tiene una gravedad social que no puede ser dejada al libre albedrío de las relaciones individuales entre hechor y víctima.³²² Es decir, hay un interés social en reprimir estos actos para evitar que ellos proliferen.

Dicho esto, la responsabilidad penal derivada de un hecho ilícito conlleva la aplicación de una pena, misma que es de carácter preventivo en la sociedad, ya que de manera general, ésta envía un mensaje a la sociedad para que obren con la debida observancia de las reglas y procedimientos, evitando la producción de daños o colocando a las personas en riesgo. Asimismo, la pena tiene un carácter preventivo

³¹⁸ Cfr. Ramiro Ávila Santamaría. "El Código Orgánico Integral Penal y su Potencial Aplicación Garantista". *Código Orgánico Integral Penal: Hacia su mejor comprensión y aplicación*. Ramiro Ávila Santamaría. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2015., pp. 26-33.

³¹⁹ *Id.*, p. 119.

³²⁰ Cfr. Ernesto Albán. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano...Óp. cit.*, pp. 92-94.

³²¹ Cfr. Wilson Ruiz. *La Responsabilidad Médica en Colombia*. Bogotá: ECOE Editores, 2008., pp. 195-201.

³²² Cfr. Alfredo Etcheberry. *Tipos Penales Aplicables a la Actividad Óp. cit.*, pp. 13-45.

especial, ya que busca prevenir que quien incurrió en la conducta delictiva, lo vuelva a hacer.

Es así que, la responsabilidad penal busca que se sancionen determinados comportamientos que se reputan indeseables. En consecuencia, la norma constituye la expresión de las expectativas sociales institucionalizadas de los individuos de un país, entendiendo que no existe una expectativa más justa que esperar que la vida y la integridad de cada persona sean respetadas. Así, el tipo penal recoge la relación existente entre la acción y la afectación del bien jurídico protegido y la sanción que le corresponde.³²³

Por otro lado, en el caso del profesional de la salud, la existencia de responsabilidad penal, no excluye la posibilidad de que existan otro tipo de responsabilidades como la responsabilidad civil o la administrativa. En consecuencia, los daños que resulten de la infracción al deber objetivo de cuidado del profesional de la salud pueden ser penalmente sancionados, pero en ningún caso, el establecimiento de esa responsabilidad excluye la existencia de otras.³²⁴

3.2 Mala Praxis Médica

Los procedimientos médicos imprudentes que ocasionan lesiones a los pacientes y, en algunos casos, incluso la muerte, son procedimientos que se llevan a cabo diariamente en todo el mundo. La forma más común de sancionar este tipo de casos, se ha llevado a cabo a través de la rama civil, con indemnizaciones a los pacientes o sus familiares por daños y perjuicios. Sin embargo, tanto la integridad personal de los seres humanos como la vida, son bienes jurídicos protegidos penalmente, de manera que procedimientos imprudentes que vulneren este tipo de bienes jurídicos, deben ser

³²³ Cfr. Jesús Orlando Gómez López. *Teoría del Delito*. Bogotá: Ediciones Doctrinaria y Ley LTDA. 2003., p. 122.

³²⁴ Cfr. María Teresa Ambrosio Morales, Luz María Reyna Carrillo Fabela y Bárbara Victoria González Mora. *La Responsabilidad del Médico como Servidor Público en México*. México D.F.: Instituto de Investigaciones UNAM, 2003., pp. 497-533.

sancionados también en el ámbito penal.³²⁵ En el caso del médico, todo comportamiento que ataque la integridad física del paciente, ya sea por causarle la muerte o lesiones, que derive de la mala práctica de su profesión, debe ser penalmente sancionado debido a la naturaleza del bien jurídico vulnerado, ya que impide el libre desarrollo de la vida y personalidad de un individuo, así como el mantenimiento de un orden social.³²⁶

Es importante recordar que, la profesión médica tiene una obligación de medios y no de resultados, es decir, ésta degenera en un delito de carácter culposo cuando el medio utilizado es defectuoso y, en consecuencia, viola el deber objetivo de cuidado produciendo un resultado dañoso. Entonces, se trata de una conducta imprudente que ocasiona un daño irresistible al paciente y que es sancionable, ya que, el profesional de la salud, pese a conocer el medio a través del cual debió actuar, elige manejar un medio defectuoso que produce un resultado que vulnera un bien jurídico protegido. En otras palabras, el médico prescinde de la aplicación de toda ciencia, diligencia y prudencia en la atención del paciente y, produce un daño al bien jurídico protegido, valorándose que era exigible otra actuación que aquella que se tuvo.³²⁷

En este sentido, la actuación culposa por parte del profesional de la salud se define como el “ejercicio errado, una omisión o una práctica sin habilidad por parte de un médico u otro profesional, causándose un daño a la salud o a la integridad física del paciente”³²⁸ rompiendo de esta forma, la confianza que el paciente pone en el profesional. Asimismo, en términos legales, los profesionales de la salud, están sometidos a un nivel mayor de exigencia de cuidado, ya que debido a su conocimiento especializado en la materia, su cuidado debe ser mayor al ordinario o normal. Es decir, cuando un médico es encontrado culpable de negligencia, implica que éste ha fallado

³²⁵ Cfr. Norberto Montanelli. *Responsabilidad Criminal Médica. Óp. cit.*, p. 23.

³²⁶ Cfr. Alfonso Gómez Méndez. *Delitos contra la Vida y la Integridad Personal. Óp. cit.*, p. 15.

³²⁷ Cfr. Norberto Montanelli. *Responsabilidad Criminal Médica. Óp. cit.*, p. 127.

³²⁸ Jaime Tamayo Martínez. *La Relación medico paciente y la mala praxis médica. Novedades Jurídicas.* Quito: Ediciones Legales. 2007., p. 16.

al emplear el mismo grado de habilidad y aprendizaje, bajo las circunstancias idénticas o similares, que son usadas por otros miembros de la profesión médica en situaciones y condiciones similares y ha producido un daño a la vida o a la integridad física del paciente.³²⁹

3.3 Ecuador

En el Ecuador, a partir del 10 de febrero de 2014, fecha en la que se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 el nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP), existe ya un tipo penal específico que regule las lesiones y el homicidio culposo por mala práctica profesional. Sin embargo, antes de identificar ambos tipos penales, y realizar el análisis de su tipicidad, es pertinente referirnos al esquema del delito que el COIP adopta. A continuación, se revisará brevemente las escuelas más importantes a las que se acoge esta ley.

3.4 Esquema del delito en el Código Orgánico Integral Penal

El COIP es un cuerpo normativo que recoge varias teorías que conforman su esquema del delito, por lo que no es posible ubicarlo en una única línea de pensamiento. Sin embargo, los esquemas principales en esta normativa son aquellos que se refieren a la escuela funcionalista moderada y la escuela finalista. A continuación, se analizará brevemente ambas dogmáticas para poder establecer un punto de partida en el análisis de la tipicidad y los elementos que conforman los tipos penales de homicidio culposo por mala práctica profesional y lesiones.

En primer lugar, una clara influencia que el legislador adopta en el COIP es la dogmática funcionalista moderada, en donde una de sus principales características se da en el ámbito de la tipicidad con la incorporación de la teoría de la imputación

³²⁹ Jaime Tamayo Martínez. La Relación medico paciente y la mala praxis médica. Novedades Jurídicas. Quito: Ediciones Legales. 2007., p. 20.

objetiva.³³⁰ En este sentido, el COIP adopta y positiviza la teoría de la imputación de una persona, quien pasa de ser una persona natural a ser una persona que tiene una posición de garante por desempeñar un rol en la sociedad. Entonces, a consecuencia de este rol, quien está en posición de garante, tiene una obligación legal, contractual o nacida de la asunción de un riesgo o del incremento de este riesgo con una conducta precedente.³³¹ Es decir, se trata de un juicio de imputación objetiva del resultado, concretado por el riesgo prohibido creado o incrementado, como consecuencia de la infracción de normas, contratos o por su propia conducta.³³² Asimismo, la persona que está en posición de garante, es portadora de funciones y deberes en el rol que desempeña, por lo que tiene la obligación de cumplir con las expectativas sociales en el desempeño de sus funciones y deberes asignados por las normas formales e informales de la sociedad en la que actúa.³³³

Adicionalmente, esta teoría establece que debe existir una relevancia jurídica en el nexo causal entre la acción y el resultado, ya que la existencia de un nexo causal natural es insuficiente para imputar un resultado típico. En otras palabras, debe existir una relevancia jurídica, en la que la norma afirme que una conducta determinada será sancionada, ya que crea un riesgo prohibido que se concreta en un resultado típico. Dicho de otra manera, lo que caracteriza a esta teoría es la indagación de la conexión normativa entre el simple querer exteriorizado o voluntariedad y el resultado producido, es decir, establece si el resultado típico es imputable a la conducta como elemento del tipo objetivo.³³⁴

³³⁰ Cfr. Nicolás Salas Parra. "El Esquema del Delito en el Código Orgánico Integral Penal". *Código Orgánico Integral Penal: Hacia su mejor comprensión y aplicación*. Ramiro Ávila Santamaría. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2015, pp. 85-87.

³³¹ Código Orgánico Integral Penal. Artículos 22, 25 y 28. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

³³² Cfr. Jorge Zavala Egas. "La Imputación Objetiva en el Código Orgánico Integral Penal". *Código Orgánico Integral Penal: Hacia su mejor comprensión y aplicación*. Ramiro Ávila Santamaría. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2015, p.53.

³³³ *Id.*, p. 55.

³³⁴ Cfr. Jorge Zavala Egas. "La Imputación Objetiva en el Código... *Óp. cit.*, pp. 55-56.

Asimismo, otro elemento que caracteriza la teoría funcionalista moderada adoptada en el COIP consiste en la finalidad de la pena. El artículo 52 del COIP establece que los fines de la pena son “la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena así como la reparación del derecho de la víctima”.³³⁵ De igual manera, prohíbe expresamente que la pena tenga fines de aislamiento y neutralización de las personas como seres sociales.³³⁶ En consecuencia, el fin preventivo del derecho penal en la teoría funcionalista moderada, se inclina a determinar que el fin de la pena no se enfoca en castigar, sino en prevenir la producción de nuevos delitos. En este sentido, la pena busca una prevención general positiva integradora y la prevención especial como consecuencia de la misma naturaleza garantista que el COIP presupone tener.³³⁷

Por otro lado, los artículos 26 y 27 evidencian la adhesión del COIP a la doctrina finalista de la acción. En ésta, los elementos subjetivos, dolo y culpa, se analizan en la tipicidad, dejando a la culpabilidad como un mero juicio de reproche, es decir, como un “desvalor personal al autor por no haber obrado conforme derecho cuando podía haber obrado según las normas”.³³⁸ De esta forma, el hecho de haber podido actuar de otra manera es aquello que se valora en el juicio de culpabilidad.

En el finalismo, el concepto de lo injusto deja de apreciarse como una simple lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, para entrar a valorarse también el contenido de la voluntad y la forma de realización de la acción.³³⁹ Entonces, la acción humana es vista como un acontecer final y no causal. Este carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever dentro de ciertos límites, las posibles consecuencias de su conducta. Por lo tanto, la persona podría asignarse fines diversos y dirigir su actividad conforme a un plan para la

³³⁵ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 52. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ Cfr. Manuel J. Arias Eibe. *Funcionalismo Penal Moderado Teológico-valorativo versus Funcionalismo Normativo Radical*. Coruña: DOXA. 2006., p. 442.

³³⁸ Jesús Orlando Gómez López. *Teoría del Delito*. *Óp. cit.*, p. 92.

³³⁹ *Id.*, p. 95.

consecución de estos fines.³⁴⁰ Es decir, la acción final es una actividad dirigida conscientemente en función de un fin prefijado. Asimismo, el conocimiento humano es el que ordena previamente al mundo empírico,³⁴¹ por lo que el ser humano puede anticipar mentalmente las consecuencias de sus movimientos corporales, elegir los procesos causales para la consecución de un fin y poner las condiciones necesarias para el desarrollo de los procesos.³⁴²

De igual manera, en el finalismo, la tipicidad es la síntesis de aquellas acciones características que debe reunir una acción para conducir a una pena, por lo tanto, el tipo penal comprende tanto lo objetivo como lo subjetivo.³⁴³ Los elementos objetivos se refieren a todas aquellas características que se encuentran en el mundo exterior, mientras que el subjetivo, se refiere a aquellas características que están en lo interno del autor.³⁴⁴ De igual forma, dentro del elemento subjetivo, la acción se realiza en dos fases, la primera ocurre en la esfera del pensamiento y está integrada por la anticipación del fin que el autor quiere realizar, la selección de los medios para su realización y la consideración de los posibles efectos concomitantes que van unidos a la utilización de los medios. La segunda fase, corresponde el llevar a cabo su acción en el mundo real, es decir, poner en movimiento los medios de la acción, conforme al plan previamente establecido.³⁴⁵ Es decir, según la estructura de la acción en el finalismo, la fase subjetiva se da en el mundo psíquico del sujeto, como un fenómeno interno, mientras que la objetiva, se da en el mundo de la realidad externa, por lo que se la denomina como fase de ejecución. Asimismo, es importante recordar que, en el delito consumado, la fase objetiva, coincide con la subjetiva.³⁴⁶

³⁴⁰ Jesús Orlando Gómez López. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, p. 96.

³⁴¹ Cfr. María José Meincke. *La Mala Praxis Médica... Óp. cit.*, p. 64.

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ Cfr. Alexander Graf Dohna. *La estructura de la teoría del delito*. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot. 1958, pp. 15-20.

³⁴⁴ *Id.*, pp. 32-33.

³⁴⁵ Cfr. Jesús Orlando Gómez López. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, p. 97.

³⁴⁶ *Id.*, p. 101.

Finalmente, en el caso del delito culposo, la teoría finalista ubica a la culpa como la divergencia entre la acción realmente emprendida y la que debía haber sido realizada en virtud del cuidado necesario exigido. Por lo mismo, la culpa consiste en el desvalor de la acción, en tanto que el desvalor del resultado producido “tiene una significación restrictiva, delimitadora, al destacar entre las conductas que no responden al cuidado debido aquellas que tienen relevancia para el derecho penal”.³⁴⁷ Es decir que, el punto de partida de la culpa en el finalismo, es la violación al deber objetivo de cuidado, por lo que la relevancia típica se establece sobre el desvalor del acto. Asimismo, en los delitos dolosos y culposos, existe una acción final solo que, en la culpa, la finalidad se establece entendiendo, no al resultado producido, sino al objetivo perseguido por el autor. Es decir, la finalidad querida es diferente al resultado típico producido.³⁴⁸

Por último, es importante resaltar que, debido a que el delito imprudente adoptado en el COIP es final, el legislador eliminó de su redacción la frase “el que causare por negligencia, impericia, o imprudencia”, ya que esta redacción adoptada en el Código Penal anterior, respondía a una corriente causalista en donde se busca la causa o el mero movimiento causal sin ningún contenido de índole valorativo como la violación de la norma primaria o de conducta, como lo hace la nueva dogmática finalista.³⁴⁹

Una vez analizado el esquema del delito sobre el que se base el COIP, es decir, la dirección de pensamiento que tiene una determinada orientación y responde a unos determinados presupuestos filosóficos penales, pasaremos a revisar el tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional y el tipo penal de lesiones. Posteriormente, se analizará la tipicidad de ambos delitos y los elementos que los

³⁴⁷ Hans, Wezel. *El nuevo sistema de derecho penal*. Barcelona: Trad. Cerezo Mir. 1964, p. 69.

³⁴⁸ Cfr. Jesús Orlando Gómez López. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, p. 102.

³⁴⁹ Cfr. Álvaro Román Márquez. “El Delito Imprudente en la Mala Práctica Profesional”. *Código Orgánico Integral Penal: Hacia su mejor comprensión y aplicación*. Ramiro Ávila Santamaría. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2015, pp. 150-151.

constituyen, enfocándonos en la culpa, la violación al deber objetivo de cuidado, y los requisitos taxativos que el COIP establece para su configuración.

3.5 Tipos penales contemplados en el Código Orgánico Integral Penal

La ley penal, a través del tipo penal, es la que se encarga de determinar y delimitar aquellos actos humanos con relevancia jurídica que se consideran delictivos y, en consecuencia, se prohíbe expresamente su realización. Es decir, el tipo penal es un mecanismo de la ley positiva para describir y determinar el comportamiento prohibido penalmente,³⁵⁰ y la tipicidad, constituye la adecuación de dicho tipo penal o hipótesis legal del delito y la conducta realizada por el autor, por lo que solo se plantea cuando es posible vincular la conducta observada a la producción del resultado típico. Esta vinculación se denomina imputación jurídica del resultado al actor.³⁵¹

Actualmente, el COIP contempla nuevas figuras que el Código Penal anterior no lo hacía. Éstas, son las encargadas de sancionar aquellos daños producto de la mala práctica profesional, en nuestro caso, de la mala práctica médica en materia de salud mental. Entonces, el nuevo tipo penal integrado en el COIP que sanciona, entre otras prácticas, la mala práctica médica, corresponde al homicidio culposo por mala práctica profesional y se encuentra tipificado en el artículo 146, capítulo segundo, de los delitos contra los derechos de libertad, en la sección primera, de los delitos contra la inviolabilidad de la vida. El tipo culposo se estructura a partir de una conducta imprudente o violatoria de un deber de cuidado y del resultado típico previsible y evitable. Asimismo, es un delito esencialmente de resultado, o sea, supone necesariamente la lesión de un bien jurídico protegido por lo que no cabe la figura de una tentativa culposa.³⁵² El artículo 146 del COIP prescribe lo siguiente:

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.

³⁵⁰ Cfr. Jesús Orlando Gómez López. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, pp.185-191.

³⁵¹ Cfr. Jiménez de Ansúa. *Tratado*. TIII. Bogotá: Ed. Temis. 1971, p. 746.

³⁵² Cfr. Jesús Orlando Gómez López. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, p. 307.

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.

Asimismo, la sección segunda del mismo capítulo, denominada como delitos contra la integridad personal, prevé en el artículo 152 que:

La persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Si como resultado de las lesiones se produce en la víctima un daño, enfermedad o incapacidad de cuatro a ocho días, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a sesenta días.
2. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de nueve a treinta días, será sancionada con pena privativa de libertad de dos meses a un año.
3. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de treinta y uno a noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.
4. Si produce a la víctima una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales o una incapacidad o enfermedad, que no siendo permanente, supere los noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.
5. Si produce a la víctima enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano o alguna grave enfermedad transmisible e incurable, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. [...]

[...]La lesión causada por infringir un deber objetivo de cuidado, en cualquiera de los casos anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad de un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso.

Para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado se considerará lo previsto en el artículo 146.

No serán punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautele la salud del paciente.

3.6 Análisis de la tipicidad: artículos 146 y 152 Código Orgánico Integral Penal

En el tipo penal del homicidio culposo por mala práctica profesional, el sujeto activo, es decir, quien realiza la acción material o intelectual es indeterminado, de manera que es imputable cualquier persona en el ejercicio o práctica de su profesión. A su vez, el sujeto pasivo, es decir, quien es titular del bien jurídico protegido que se afecta a través de la acción, también es indeterminado. El núcleo del tipo constituye la infracción al deber objetivo de cuidado que ocasione la muerte, en consecuencia, el bien jurídico protegido en este tipo penal es la vida. En el caso del tipo penal de lesiones, el núcleo del tipo varía a la infracción del deber objetivo de cuidado que ocasione lesiones, en consecuencia, el bien jurídico protegido por este artículo es la integridad personal, sin embargo, el sujeto activo y pasivo se mantienen iguales al artículo 146. Por otro lado, cabe resaltar que el tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional prevé tres elementos descriptivos que no se encuentran normados en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, estos son, las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. A continuación, se analizará el tema de la culpa, el deber objetivo de cuidado y los elementos que conforman ambos tipos penales.

3.7 Culpa

Los tipos culposos se encuentran expresamente escritos en la ley y constituyen una modalidad legislativa mucho más limitativa del poder punitivo. Su característica principal finca en su peculiar forma de individualización de la acción prohibida, es decir, en el tipo culposo la acción permanece *prima facie* indefinida y sólo es posible

particularizar cada caso, luego de determinar la conducta que origina el resultado relevado penalmente.³⁵³ Esto obedece a que los tipos culposos no criminalizan acciones como tales, sino que las acciones se prohíben en razón de que el resultado se produce por una particular forma de realización de la acción.³⁵⁴

El tipo culposo no castiga al autor por la forma en que un fin es perseguido, sino porque el resultado final, distinto al querido originalmente. Es decir, presupone de parte del causante un daño por la creación de un peligro prohibido que era previsible y evitable. Por su puesto, esto no significa que la acción original no tenga una finalidad, sino que no está prohibida en razón de esa finalidad.³⁵⁵ En este sentido, la producción del resultado típico se da mediante la realización de una conducta culposa, es decir, una conducta que es violatoria de un deber de cuidado que era exigible al actor. El COIP determina en el artículo 27 que: “Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso”.³⁵⁶

Esta conducta realizada es necesariamente voluntaria, así como encaminada a un resultado no tipificado, sin embargo, al realizar dicha actividad de forma defectuosa, violando el deber objetivo de cuidado que le era exigible al autor en la actividad, se produce un resultado que, si bien no era querido por el autor, sí era previsible y evitable.³⁵⁷ En otras palabras, la conducta es voluntaria, mas no intencional del resultado, esto es, el autor realiza voluntariamente un acto, pero en el desarrollo de esa actividad, viola un deber objetivo de cuidado que le era exigible, por lo que deviene el resultado típico por la lesión de un bien jurídico.

El deber de cuidado no nace del tipo mismo sino de un ámbito regulativo que se encuentra fuera del sistema punitivo, por lo tanto, el tipo penal culposo es un tipo

³⁵³ Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: EDIAR. 2000., p. 523.

³⁵⁴ *Id.*, p. 523.

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 27. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

³⁵⁷ Cfr. Mir Puig. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Ed. Edit. Bosch. 1996, p. 162.

penal en blanco,³⁵⁸ y contiene elementos de remisión cuyo contenido corresponde al juez completar con apoyo a las regulaciones existentes. Ese ámbito de previsión contemplado en la figura del deber de cuidado puede surgir de los usos sociales, de las costumbres, de los reglamentos de actividades que requieren destreza o especiales conocimientos, de la propia ley o inclusive de órdenes o instrucciones dadas por la autoridad pertinente.³⁵⁹

Asimismo, la doctrina penal ha señalado la existencia de dos niveles de culpa: la culpa consciente o con representación y la culpa inconsciente o sin representación. La culpa consciente, es aquella en la que el agente tiene consciencia de la posibilidad de producción del resultado, es decir, conoce que el resultado típico puede sobrevenir de la creación de un peligro que el autor mismo ha generado pero que no quiere que se produzca. Aquí, el autor prevé la posibilidad de producción de un resultado pero actúa con imprudencia, es decir, con un exceso de confianza en que el resultado no se producirá y viola el deber objetivo de cuidado por la falta de prudencia y cuidado necesarios frente a un resultado lesivo, previsible y evitable.³⁶⁰ La expectativa, esperanza o confianza del autor en que no se producirá el resultado disvalioso es aquello que separa esta figura de la figura del dolo eventual, sin embargo, el autor del ilícito debe tener capacidad suficiente para comprender su acto y poderlo dirigir y orientar.³⁶¹

Por otro lado, en la culpa sin representación, el autor, pese a tener los conocimientos que le permitirían prever la posibilidad de producción del resultado, no piensa en ellos o no los actualiza y, por ende, no tiene conciencia respecto de la creación del peligro.³⁶² En este sentido, el autor, al no emplear la diligencia y prudencia necesarias, que está en condiciones de emplear, desatiende el deber objetivo de cuidado y no prevé la producción de un resultado lesivo a un bien jurídico, es decir, se

³⁵⁸ Cfr. Jesús Orlando Gómez López. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, p. 155.

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. *Derecho Penal... Óp. cit.*, p. 524.

³⁶¹ Cfr. Norberto Montanelli. *Responsabilidad Criminal Médica. Óp. cit.*, p. 113.

³⁶² Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. *Derecho Penal... Óp. cit.*, p. 524.

trata de la falta de previsión de lo que es normalmente previsible.³⁶³ Esta imprevisión o descuido produce resultados típicamente antijurídicos y constituye el actuar del profesional.³⁶⁴

La distinción entre culpa consciente y la culpa inconsciente, radica en que, en la primera, el autor tiene un conocimiento actualizado del aumento del peligro pero confió en su capacidad. Por otro lado, en la culpa inconsciente, el autor tiene un conocimiento actualizable del resultado, pero dejó de preverlo cuanto éste era previsible.³⁶⁵ En conclusión, tanto en la culpa consciente como en la inconsciente hay conocimientos efectivos. Asimismo, si no existe este conocimiento actualizable, no hay tipicidad objetiva, ya que el aumento del peligro no es objetivamente imputable a la acción de autor. Finalmente, es importante recalcar que, en cualquier caso, para que exista tipicidad culposa basta con la existencia del conocimiento actualizable, es decir que no es necesaria la actualización, ya que con la producción del daño bajo los parámetros establecidos en el tipo penal, la conducta ya es susceptible de ser reprochada penalmente.³⁶⁶

3.8 Deber objetivo de cuidado

El deber objetivo de cuidado constituye el punto de partida del tipo culposo por la naturaleza del cuidado a observar en una determinada actividad. Los tipos penales culposos son tipos penales en blanco, ya que no es posible que la ley penal señale en el tipo cuál era el deber de cuidado, por lo tanto el juez deberá completar este elemento en blanco deduciéndolo de las normas escritas, de la tradición que regulan la respectiva actividad o de los usos o normas de experiencia a observar por una persona prudente y diligente. Por lo tanto, el deber objetivo de cuidado se fija determinando cuál era el exigido en el ámbito de relación.³⁶⁷ Asimismo, lo debe deducir el juez en

³⁶³ Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. *Derecho Penal... Óp. cit.*, p. 524.

³⁶⁴ Cfr. Norberto Montanelli. *Responsabilidad Criminal Médica. Óp. cit.*, p. 112.

³⁶⁵ Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. *Derecho Penal... Óp. cit.*, p. 527.

³⁶⁶ *Ibid.*

³⁶⁷ Cfr. Jesús Orlando Gómez López. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, p. 309.

base a criterios normados en reglamentos o en los usos sociales, profesionales o científicos para determinar cuál era la conducta que habría asumido una persona prudente y razonable en la situación, por lo tanto, se infiere como un criterio objetivo.³⁶⁸

Dentro del deber de cuidado debe plantearse qué era lo de previsible producción, para establecer el nivel mínimo de cuidado exigible y de riesgo permitido en cada caso. En este sentido, debe haber al menos un ejercicio de la razón previsiva a fin de evitar daños o peligros a bienes legalmente tutelados. De igual forma, el riesgo permitido implica la existencia de una conducta que crea un peligro abstracto de lesión de un bien jurídico. Esta conducta que encierra riesgos propios, sólo puede realizarse adoptando todas las medidas de prudencia, control y supervisión, para así, descartar o mantener dentro de ciertos límites, los peligros implicados y evitar la producción de un daño.³⁶⁹ Por ende, el riesgo permitido constituye un criterio de delimitación que implica la existencia de riesgo mínimo que no es penalmente sancionado y que comúnmente se encuentra delimitado en la *lex artis*. Entonces, si una acción se efectúa fuera del riesgo permitido y no vulnera el deber objetivo de cuidado, no se produce la conducta descrita en el tipo penal y, en consecuencia, no es reprochable penalmente.³⁷⁰ Asimismo, la simple inobservancia de la norma de cuidado no implica necesariamente la existencia de culpabilidad por imprudencia en la conducta concreta, ya que la norma de cuidado está prevista en términos generales y para condiciones normales.³⁷¹

El deber objetivo de cuidado hace referencia al deber en relación al cuidado y prudencia exigible a los profesionales en general en el día a día, atendiendo a las condiciones particulares y las capacidades y limitaciones subjetivas que tiene un

³⁶⁸ Cfr. Jesús Orlando Gómez López. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, p. 309.

³⁶⁹ Cfr. Francisco Bernate Ochoa. *Imputación objetiva y Responsabilidad Penal médica*. Bogotá: Universidad del Rosario. 2010, pp. 95-10.

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ *Id.*, p. 310.

determinado autor, en nuestro caso, aquellas que tiene el profesional de la salud. Es decir, se presentará una violación siempre que se le pueda exigir al autor, una debida diligencia atendiendo a sus aptitudes.³⁷²

Uno de los problemas que se le plantea a la dogmática actual es dilucidar si el contenido del deber de cuidado se conforma en base a un parámetro individual u objetivo. En efecto, una de las cuestiones esenciales de la teoría del delito culposo, que aún se discute actualmente, es la relativa a la adscripción del deber subjetivo de cuidado a la tipicidad del delito imprudente o al ámbito de la culpabilidad. Frente a esto, es importante resaltar que, tanto los conocimientos especiales del autor, como su capacidad individual, son circunstancias que influyen en la determinación de la infracción de la norma de cuidado, por lo que resulta imprescindible que se realice el análisis de tales circunstancias a nivel de la tipicidad, incidiendo esto, fundamentalmente, sobre la previsibilidad y la evitabilidad del resultado lesivo.³⁷³ En consecuencia, la determinación del cuidado exigido debe hacerse en función de los conocimientos del autor, la capacidad individual, las circunstancias concretas de la acción, las circunstancias del hecho y las personales del autor.³⁷⁴

Cabe resaltar que, los conocimientos especiales son aquellos que se refieren a la experiencia del sujeto en la actividad que se trate. Asimismo, el aprendizaje que el autor haya recibido sobre dicha actividad y el especial conocimiento de la situación que éste tiene en el caso concreto, forman parte de la evaluación de sus conocimientos especiales. Adicionalmente, la capacidad o aptitud mencionadas, hacen referencia a la habilidad particular que tiene el autor en el desempeño de su actividad profesional.³⁷⁵

En consecuencia, no basta para afirmar la tipicidad del delito imprudente con la

³⁷² Cfr. Adolfo Pasquel Zambrano. "Deber objetivo de cuidado: Análisis jurídico del Art. 146 del COIP". *Revista Judicial Derecho Ecuador*. (2014)., pp.1-5.

³⁷³ Cfr. Jesús Orlando Gómez López. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, p. 310.

³⁷⁴ Cfr. Hans, H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. TII*. Barcelona: IRP. 1981, p. 778.

³⁷⁵ Cfr. Norberto Montanelli. *Responsabilidad Criminal Médica. Óp. cit.*, p. 100.

comprobación de un desvalor de resultado sino que resulta necesario comprobar un desvalor de acción que en el caso del delito culposo se manifiesta en la infracción del deber de cuidado exigible.³⁷⁶ Asimismo, en la determinación de esa infracción no pueden dejar de tenerse en cuenta las circunstancias personales, individuales y el grado de evitabilidad y previsibilidad exigibles del hecho. Así, la medida del cuidado objetivo que se exige al autor se determinará *ex ante* y, para ello, se tendrá en cuenta lo antes mencionado, siempre que el autor pueda emplearlo voluntariamente en el momento de realizar la conducta junto a las circunstancias externas concurrentes conocidas o cognoscibles por el autor.³⁷⁷

3.9 Violación al deber objetivo de cuidado

Se produce con la inobservancia del autor del deber objetivo de cuidado y que le era exigible. En este sentido, el autor, quien está en posición de garante, dispone su actuación hacia un objetivo no típico pero, en la realización de esa actividad no se esfuerza en la forma en que debía hacerlo, evitando la creación de un riesgo o el incremento de los mismos para los bienes tutelados. Entonces, la violación al deber objetivo de cuidado implica una actividad objetiva y subjetiva que no se adecúa al nivel exigible de prudencia, cuidado u observación de las normas de atención y previsión. Entonces, esta infracción constituye el núcleo del tipo culposo y la razón por la cual la acción es desvalorada.³⁷⁸

Cabe resaltar que el autor conoce cuál es el deber de cuidado concreto que debe tener, sin embargo, no coloca la diligencia necesaria de la que es capaz o, conociendo cuál era el deber de cuidado, no lo prevé y actúa sin representarse respecto del resultado lesivo.³⁷⁹ En el caso del médico, su posición de garante se desprende del deber de protección de los bienes jurídicos a él encomendados frente a cualquier

³⁷⁶ Cfr. Adolfo, Pasquel Zambrano. "Deber objetivo de cuidado: Análisis jurídico del Art. 146 del COIP". *Revista... Óp cit.*, pp. 1-5.

³⁷⁷ *Ibid.*

³⁷⁸ Cfr. Jesús Orlando Gómez López. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, p. 312.

³⁷⁹ *Ibid.*

peligro que pueda amenazarlos, en razón de su profesión. Es decir que, la posición de garante del médico proviene del deber de cuidado dentro de la actividad médica de los bienes jurídicos que están bajo su exclusivo y total control.³⁸⁰

Si el concreto cuidado que era necesario produce un resultado imprevisible, éste constituye un hecho que escapa de la culpa. En consecuencia, es necesario evaluar si el autor conocía o pudo conocer cuál era el cuidado debido y si estaba en posibilidad de observarlo. Para esto, cobran valor las posibilidades, aptitudes y capacidades propias del autor o el especial conocimiento que el obligado tenga de la situación, es decir, no solo se debe valorar cómo habría actuado un hombre diligente y prudente, sino las particulares actitudes, capacidades y conocimientos del sujeto, pues si bien el deber de cuidado es objetivo, la previsibilidad y la evitabilidad del resultado están referidas al autor individualizado.³⁸¹ Es decir, al autor le es exigible un cuidado especial y más intenso debido a sus conocimientos especiales o el dominio que tiene respecto de una actividad.

Entonces, en resumen, el deber de cuidado es una exigencia genérica que opera frente a quien ejerza la clase de actividad en la cual se debe ser cuidadoso. Asimismo, la violación a este deber de cuidado implica una transgresión individual del deber que le era posible al individuo observar, ya que nunca se debe olvidar que, ninguna persona se encuentra jurídicamente obligada a lo imposible o a lo que supera las fuerzas humanas.³⁸² Asimismo, hay que tomar en cuenta que, la culpa se encuentra dividida en grados, es decir, si el autor tiene un mayor grado de conocimiento, le es exigible un cuidado mayor y por lo tanto, la culpa es más grave.³⁸³ A continuación, se analizará los elementos que el COIP establece en los artículos 146 y 152 para la concreción del deber objetivo de cuidado.

³⁸⁰ Cfr. Norberto Montanelli. Responsabilidad Criminal Médica. *Óp. cit.*, p. 100.

³⁸¹ *Id.*, p. 103.

³⁸² Cfr. Jesús Orlando Gómez López. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, p. 312.

³⁸³ *Id.*, p. 313.

3.10 Condiciones para la concreción de la infracción al deber objetivo de cuidado de acuerdo al Código Orgánico Integral Penal

La muerte ocasionada por la infracción al deber objetivo de cuidado que tiene el profesional de la salud debe estar sujeta a la comprobación de la concurrencia de las cuatro condiciones estipuladas en el artículo 146, ya que, en caso de no haber concurrencia, la conducta no es imputable. Las condiciones son:

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

Es decir, la muerte de un paciente no significa que necesariamente el médico haya infringido al deber objetivo de cuidado. Asimismo, tomando en cuenta que, el ejercicio de la medicina implica siempre la existencia de un riesgo, se deberá analizar el desarrollo de los hechos que concluyeron en la muerte del paciente y no solo el resultado *per se*.³⁸⁴

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

En este numeral, se contempla el incumplimiento por parte del médico a las normas generales de su profesión. En este sentido, el desapego a los estándares mínimos de la profesión, constituye una condición fundamental para evaluar la posible violación al deber objetivo de cuidado. En el caso del médico, se deberá evaluar su debido apego a las leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, normas técnicas, protocolos y *lex artis* que la ciencia establece. Asimismo, frente a la inexistencia de una norma previa que establezca el debido actuar, no se puede hablar de inobservancia, y por lo tanto, tampoco cabe la existencia de culpa alguna.³⁸⁵

³⁸⁴ Cfr. Ministerio de Salud Pública del Ecuador. *MSP explica el art 146 del COIP*. <http://www.salud.gob.ec/msp-explica-el-art-146-del-coip/> (acceso:02/9/2015).

³⁸⁵ Cfr. Xavier Andrade Castillo. *Actualización en Derecho Penal y Procesos Penales*. Universidad San Francisco de Quito: Quito, Verano 2013/2014.

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

Es decir, debe existir un nexo entre la infracción del deber objetivo de cuidado y el resultado dañoso, por lo que, si un paciente muere por hechos ajenos al obrar del médico, como la falta de insumos o medicamentos, infraestructura inadecuada, causas propias de la enfermedad o por características propias de la persona, no es posible imputar esa responsabilidad al médico. En otras palabras, debe existir una relación directa, un nexo o conexión de antijuridicidad, entre la acción, la violación al deber objetivo de cuidado y el resultado dañoso.³⁸⁶

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

Existen varios elementos contenidos en esta disposición, sin embargo, es evidente que para el análisis técnico de cada caso, exista la necesidad de iniciar un proceso que precise de la concurrencia de peritos especializados en función de la naturaleza del mismo. Aquí, se deberá analizar la diligencia con la que el profesional actuó y el grado de su formación profesional, tomando en cuenta que, entre más conocimiento del profesional de la salud, mayor es la exigencia del deber objetivo de cuidado.³⁸⁷ Asimismo, para realizar una adecuada evaluación del caso concreto, se deberá analizar si otro médico, en las mismas condiciones, pudiese haber obrado de distinta manera. Cabe además resaltar que, el análisis no se realiza únicamente respecto del grado de conocimiento del autor, sino sobre todas las condiciones concretas que engloban el hecho investigado, de manera que, lo que se persigue a través de este tipo penal, es la imprudencia y la inobservancia derivada del ejercicio profesional defectuoso.³⁸⁸

De igual manera, se deberán analizar las condiciones objetivas con las que contaba el profesional al momento de la realización del hecho y la previsibilidad y la

³⁸⁶ Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. *Derecho Penal... Óp. cit.*, p. 525.

³⁸⁷ Cfr. Xavier Andrade Castillo. *Actualización en Derecho Penal y Procesos Penales*. Universidad San Francisco de Quito: Quito, Verano 2013/2014.

³⁸⁸ *Ibid.*

evitabilidad de éste. En este sentido, la esencia de la culpa radica en no prever aquello que es previsible, por lo que el resultado es típico cuando deviene de un hecho esencialmente previsible y evitable que se produce a consecuencia de la existencia de una previsión confiada o que no debió ser. Por lo tanto, no existe culpa cuando el resultado es producto de factores imprevisibles, incontrolables, inevitables o factores sobrevinientes ajenos a la capacidad de prevención y evitación del resultado del autor.³⁸⁹

En el caso de la previsibilidad, la ley exige para la culpa que el autor deba haber previsto el resultado por el hecho de ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo, con lo cual señala que se trata de un conocimiento actualizable, esto es que, el autor podía representarse y no obstante, no lo hizo.³⁹⁰ Cabe asimismo resaltar que, cuando el resultado ha sido previsto, la acción está acompañada de un efectivo elemento psíquico volitivo que se diferencia del dolo, ya que en la culpa, no quiere el resultado pero obra con una voluntad confiada de que lo evitará.³⁹¹

Adicionalmente, para poder determinar la previsibilidad en un resultado culposo, es necesario de un observador objetivo que juzgue el hecho en el instante decisivo *ex ante*. Para que esto sea posible, el observador objetivo deberá estar situado en la posición del autor, equipado con el saber experimental de su tiempo sobre los procesos causales y con el conocimiento de los factores reales que hubiera captado un hombre prudente, además de los que conocía el autor.³⁹²

Por otro lado, el resultado típico además de previsible, debe ser evitable. Es decir que, el autor habría podido y debido evitar el resultado atendiendo a su previsibilidad y posibilidad de control, por lo que, si el resultado no podía evitarse, pese a su

³⁸⁹ Cfr. Jesús Orlando Gómez López. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, p. 313.

³⁹⁰ *Id.*, p. 314.

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² Cfr. Xavier Andrade Castillo. *Actualización en Derecho Penal y Procesos Penales*. Universidad San Francisco de Quito: Quito, Verano 2013/2014.

previsibilidad, el evento no es imputable a culpa del autor, pues el derecho penal no puede imponer lo que supera las posibilidades humanas.³⁹³ Por último, al igual que la previsibilidad, la evitabilidad del resultado es un factor que debe medirse con referencia a la capacidad del autor y a lo se le podía exigir en el ámbito de la situación concreta.³⁹⁴

Es así que, en base a lo establecido en este numeral, la violación del deber de cuidado debe examinarse en el caso concreto, tomando en cuenta los elementos aquí establecidos y las condiciones objetivas que rodean el caso. Por lo tanto, el profesional de la salud actúa como custodio del bien objetivo y, en base a esa custodia, el accionar del médico variará ante una emergencia o un estado de necesidad, de manera que se buscará siempre, evitar la imprudencia o el abandono de dicha custodia. Asimismo, el curso causal debe ser material y objetivo, es decir, debe existir una participación directa o intermediación entre el bien jurídico y el autor. Aquí, el autor es quien tiene el control del curso causal y está en custodia directa del bien jurídico protegido. En este sentido, la mala práctica se produce a raíz de la violación al deber objetivo de cuidado a través de la realización de un medio defectuoso por la inobservancia de los requerimientos mínimos establecidos por la *lex artis*.³⁹⁵

3.11 Acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas

Por otro lado, el tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional contempla un agravante de la pena para los casos en que la muerte se produzca por *acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas*. Estos elementos, constituyen elementos descriptivos que no se encuentran definidos en ninguna norma del ordenamiento jurídico ecuatoriano. En consecuencia, quien deberá determinar el significado de dichos elementos para cada caso en concreto es el juez en su labor de administrar justicia, es decir, el juez es el encargado de realizar la operación lógica jurídica de

³⁹³ Cfr. Álvaro Román Márquez. "El Delito Imprudente en la Mala Práctica... *Óp. cit.*, pp. 150-151.

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ Cfr. Xavier Andrade Castillo. *Actualización en Derecho Penal y Procesos Penales*. Universidad San Francisco de Quito: Quito, Verano 2013/2014.

interpretar los elementos mencionados en el contexto de una norma y de un cuerpo normativo y, para ello, será necesario que se auxilie de peritos en la materia, arte o ciencia que se trate.³⁹⁶

Sin embargo, el mayor problema en referencia a estos tres elementos se encuentra en lograr delimitar su significado, ya que son palabras con una gran amplitud polisémica, por lo que en consecuencia, se puede dar varios significados a la definición de cada una de ellas, implicando la relativización de su significado y la posible manipulación en forma anti ética de las normas jurídicas, constituyendo una vulneración frontal al principio de legalidad.³⁹⁷

Los elementos normativos son aquellas “categorías valorativas del tipo cuyo contenido y significación pueden ser establecidos por el juez, a partir de otras normas jurídicas, culturales o sociales”.³⁹⁸ Constituyen expresiones del tipo, que conllevan una categoría de valor y significado que se encuentran dados por otra norma jurídica, normas de cultura, conocimientos o ciencias de la vida.³⁹⁹ Al tratarse de referencias a contenidos jurídicos, tienen la función de delimitar la conducta típica, esto es, que la acción únicamente alcanza a ser típica cuando se realiza con el desvalor que la norma señala.⁴⁰⁰ En nuestro caso, los tres elementos en cuestión requieren de una valorización por parte del intérprete que no podrá alcanzar una precisión absoluta de su significado debido a la falta de una norma que los delimite.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, ha definido como *necesario* a aquello que se hace y ejecuta obligado por otra cosa, como opuesto a voluntario y espontáneo, y también de las causas que obran sin libertad por determinación de su naturaleza.⁴⁰¹ En consecuencia, las *acciones innecesarias* serían

³⁹⁶ Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. *Derecho Penal... Óp. cit.*, p. 527.

³⁹⁷ Cfr. Álvaro Román Márquez. “El Delito Imprudente en la Mala Práctica... Óp. cit.”, pp. 150-151.

³⁹⁸ Jesús Orlando Gómez López. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, p. 215.

³⁹⁹ *Id.*, p. 96.

⁴⁰⁰ Jesús Orlando Gómez López. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, pp. 216-217.

⁴⁰¹ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 23.ª edición. Madrid: Espasa Libros. 2014. “Necesario”.

aquellas que van en contra de la previsión racional de las relaciones causa efecto, tomando en cuenta que, el ser humano obra con conciencia y voluntad, al estar dotado de razón. Por consiguiente, cuando un médico interviene para curar, lo hace conociendo las relaciones biológicas de causa-efecto y tomando en cuenta que, unas reacciones pueden preverse y otras no.⁴⁰²

Por otro lado, lo *peligroso* es aquello que tiene riesgo o puede ocasionar un daño.⁴⁰³ Aquí cabe señalar que, la actividad propia de la medicina implica un riesgo constante, es decir, todo procedimiento a realizarse, por más simple o rutinario que parezca, posee un grado de riesgo a considerar. En consecuencia, y basándonos en la definición literal de *peligroso*, cabe afirmar que toda práctica médica es peligrosa, ya que conlleva un riesgo de producción de un daño, previsible o imprevisible. Entonces, en el ejercicio de la profesión del médico, el elemento *peligroso*, constituye una condición que siempre se verá cumplida debido a la naturaleza misma de la profesión.

Por último, el diccionario define a lo *legítimo* como todo aquello que tiene un origen cierto, genuino, conocido y verdadero en cualquier línea. Es decir, es aquello que se considera conforme a las leyes, reglamentos, protocolos, reglas de conducta, indicaciones técnicas, etc.⁴⁰⁴ Por lo tanto, una acción médica ilegítima sería aquella incierta, injustificada y que no guarda relación con la razón, la prudencia, la oportunidad y la realidad.

Por otra parte, estas reglas se aplican de igual manera para el caso de las lesiones producidas por el profesional de la salud por infringir al deber objetivo de cuidado. Sin embargo, la pena en estos casos se reduce a un cuarto de la pena mínima prevista en el tipo penal en cada caso, misma que varía dependiendo de la gravedad de la lesión y el tiempo de incapacidad que ésta produzca. Asimismo, el último inciso del artículo 152 establece que “no será punible ninguna lesión que se derive de las acciones

⁴⁰² Cfr. Carlos Riera. “Innecesario, peligroso e ilegítimo.” *El Mercurio*. 30/01/2014., p. 2.

⁴⁰³ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 23.ª edición. Madrid: Espasa Libros. 2014. “Peligroso”.

⁴⁰⁴ *Id.*, “Legítimo”.

terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautele la salud del paciente”⁴⁰⁵, es decir, no se sancionará aquellas acciones en las que el médico, con el propósito de salvar la vida del paciente, deba vulnerar un bien jurídico de menor jerarquía, como por ejemplo, el bien jurídico de integridad personal. En este sentido, el médico se encuentra en un estado de necesidad justificante en el que se confrontan dos bienes jurídicos protegidos, la vida y la integridad personal, convirtiéndose en una vía necesaria, el lesionar el primer bien jurídico para que prevalezca el segundo.⁴⁰⁶ “[...] En caso de colisión ineludible de intereses en pugna, el sujeto actúa conforme a Derecho si da preferencia al interés más valioso frente al menos valioso y con ello en definitiva hace algo socialmente provechoso.”⁴⁰⁷

Entonces, existe un choque de bienes jurídicos, y frente al peligro de un bien jurídico de mayor valor se sacrifica la valía de un bien jurídico de menor valor para que, el de mayor valor, no sea vulnerado. El estado de necesidad existe cuando la persona, en este caso el médico, al proteger un derecho ajeno, causa una lesión o daño al paciente, siempre y cuando, el derecho que el médico busca proteger está en real y actual peligro. Asimismo, el resultado del acto de protección no debe ser mayor que la lesión o daño que se quiso evitar y, adicionalmente, no deberá existir otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho que se busca precautelar.⁴⁰⁸ En consecuencia, el estado de necesidad excluye la antijuricidad de la acción por lo que no existe infracción penal.⁴⁰⁹ Por último, es importante recordar que la causa de justificación contemplada en el artículo 152 del COIP, constituye una causal de justificación legal, debido a que se encuentra expresamente tipificada en dicho cuerpo normativo. A continuación, se distinguirá la relación del tema analizado y el objetivo de esta investigación.

⁴⁰⁵ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 152. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

⁴⁰⁶ Cfr. Claus Roxin. *Derecho penal parte general*. Madrid: Civitas Ediciones. 2006., p. 672.

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 32. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

⁴⁰⁹ *Id.*, Artículo 30.

3.12 El profesional de la salud mental

Una vez analizada la tipicidad y los elementos que conforman los delitos de homicidio culposo por mala práctica profesional y lesiones, es pertinente hacer énfasis en la relación existente entre estos tipos penales y el objeto de esta investigación. Recordemos que el legislador ha establecido que, uno de los requisitos para determinar la violación al deber objetivo de cuidado consiste en, “La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión”. En un principio, parecería que la formulación de este numeral es adecuada para la determinación de responsabilidad frente a un caso de mala práctica profesional, sin embargo, ¿Qué autoridad determinará y delimitará todo el universo de información técnica y científica que se toma en cuenta en este numeral en un caso concreto?, igualmente, ¿Qué norma legal establece los límites entre lo lícito o lo ilícito penalmente hablando?⁴¹⁰

Cabe resaltar que, en el Ecuador, para el ejercicio de la práctica médica existen alrededor de 12 protocolos de técnicas médicas aplicables, sin embargo, se necesitan alrededor de 300. Entonces, ¿Qué elementos legales tiene un juez para juzgar un deber objetivo de cuidado, si no existen los protocolos médicos o normativas especializadas que establezcan los límites? En el campo de la salud mental, la inexistencia de una normativa específica que regule la materia, deja abierta una brecha abismal en la que no existen límites a la legalidad. En este sentido, la aplicación de una sanción penal dependerá de la discrecionalidad del juez o del buen o mal desempeño de un abogado o fiscal en el proceso.⁴¹¹ En consecuencia, tanto el paciente, como el médico, se encuentran en riesgo de que sus derechos sean vulnerados, denotando la existente inseguridad social y penal producto de la falta de normativa específica en materia de salud mental.

⁴¹⁰ Cfr. Arturo J. Donoso Castellón. “Los Tipos Penales en Blanco y Abiertos en el Código Orgánico Integral Penal”. *Código Orgánico Integral Penal: Hacia su mejor comprensión y aplicación*. Ramiro Ávila Santamaría. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2015, pp. 65.

⁴¹¹ *Id.*, pp. 66-67.

Entonces, una adecuada normativa en materia de salud mental que regule, de forma general, los tratamientos aplicados a personas con discapacidad mental, representa una solución jurídica al problema de los tipos penales en blanco de los artículos 146 y 152 del COIP. Estos tipos penales en blanco remiten la conducta típica penal a otras formas fuera del tipo, que en algunos casos, ni siquiera son jurídicas o legales. En consecuencia, el tipo penal no se ve completado y, al contrario, éste “se mantiene en una situación ambivalente o polivalente, rebasando lo concreto que exige la legalidad en la descripción de una conducta punible”.⁴¹²

En el caso del profesional de la salud especialista en el área de psiquiatría y salud mental, el tema se torna un poco complicado, ya que a menudo existen escenarios en los que es posible que se viole el deber objetivo de cuidado y se ocasionen daños a los bienes jurídicos integridad física y vida de los pacientes. Es decir, el área de la psiquiatría constituye un área en donde una denuncia de carácter penal se puede originar con mayor frecuencia, por lo que una adecuada normativa que regule el tema se torna aún más necesaria.

En el campo de la psiquiatría, la evaluación de los riesgos de autoagresión, de heteroagresión, de fuga y de daño al entorno, encabezan, la lista del riesgo médico-legal del psiquiatra, sin embargo, existen otros riesgos que pueden llegar a ser letales, como los inherentes a la restricción física y química en el ambiente hospitalario, la falta de indicación para una prescripción, la contraindicación en las prescripciones dadas, la administración o indicación de dosis inapropiadas de medicamentos, la duración inadecuada de un tratamiento, las fallas en el diagnóstico y el tratamiento y, en general, todo error médico que conlleve efectos adversos relativamente comunes, que

⁴¹² Cfr. Arturo J. Donoso Castellón. “Los Tipos Penales en Blanco y Abiertos en el Código Orgánico Integral Penal”. *Óp. cit.*, pp. 66-67.

hayan sido previsibles y evitables.⁴¹³ Asimismo, otras prácticas frecuentemente utilizadas y más agresivas para el paciente, como los procedimientos de terapia electroconvulsiva (TEC), el aislamiento a pacientes psiquiátricos, y la internación psiquiátrica involuntaria, constituyen un área de alto riesgo de producción de escenarios en donde se pueda sancionar al médico por la producción de un daño a consecuencia de la vulneración de su deber objetivo de cuidado.⁴¹⁴

Adicionalmente, en psiquiatría merecen especial atención el intento de suicidio y el suicidio, pues resultan ser los riesgos más graves en el ámbito de esta profesión. Estos tipos de pacientes, representan el riesgo médico-legal más importante en la práctica del psiquiatra, especialmente, en aquellos casos donde no se realizan una evaluación adecuada o cuando el tratamiento administrado no es el correcto. Del mismo modo, es el riesgo más común, y constituye la queja más frecuente en contra del personal de salud mental, del médico psiquiatra y de la institución de salud encargada del cuidado del enfermo afectado por la situación, especialmente, si el suceso ocurre intrahospitalariamente, días después de la salida hospitalaria o en pacientes ambulatorios con riesgo de suicidio moderado y alto que no han sido hospitalizados o tratados adecuadamente.⁴¹⁵

Es importante tener en cuenta que, todo riesgo médico-legal, tanto para el psiquiatra, como para cualquier profesional de la salud de otras especialidades, se minimiza casi en su totalidad, a través del ejercicio de la profesión de manera idónea, segura, de calidad, apegado a las normas, protocolos y *lex artis* y que se encuentre debidamente respaldado en la historia clínica del paciente. Esta última, constituye la mejor defensa del médico frente a un proceso por mala práctica profesional, ya que, tomando en cuenta que el ejercicio profesional de la medicina entraña riesgos para el

⁴¹³ Cfr. Franklin, Escobar. *Responsabilidad médica del Psiquiatra*. <http://www.revcolanest.com.co/es/responsabilidad-medica-del-psiquiatra/articulo/90094364/> (acceso: 09/09/2015).

⁴¹⁴ *Ibid.*

⁴¹⁵ Cfr. Franklin Córdoba, Marcelo Hernández, Jahir Pedreros. *Aislamiento en pacientes psiquiátricos*. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-81082009000400006> (acceso: 09/09/2015).

paciente, todo accionar del médico debe estar debidamente respaldado y comunicado al paciente.⁴¹⁶

Entonces, queda claro que varios de los resultados dañosos producto de la violación del deber objetivo de cuidado del profesional de la salud provienen de acciones que éstos realizan, sin embargo, ¿Qué sucede con las omisiones imprudentes que producen un daño? ¿Existe un tipo penal en el COIP que regule la figura de la omisión culposa? Como se revisó anteriormente, el profesional de la salud mental puede incurrir en responsabilidad por omisiones en el ejercicio de su profesión, por ejemplo, la omisión de un diagnóstico o tratamiento, la omisión de una prescripción adecuada, entre otro sin número de posibilidades que giran en torno al ejercicio de la profesión. A continuación, se revisará la figura de la omisión culposa y su estado actual en el COIP.

3.13 La omisión culposa

Dentro del ejercicio de la profesión, no todo daño corresponde a acciones realizadas por el médico, de hecho, varios daños a bienes jurídicos protegidos, se producen por omisiones en el ejercicio de la profesión médica. En este sentido, el abandono de personas enfermas en hospitales psiquiátricos, la falta de administración del tratamiento debido, la falta de cambio de tratamiento frente a la evolución o no del paciente, entre otros ejemplos, son prácticas que suceden con frecuencia en el ámbito de la salud mental a nivel mundial. Aquí, se vulneran bienes jurídicos protegidos de pacientes a través de la omisión de las acciones a las que el profesional de la salud se encuentra obligado por la naturaleza de su profesión.

La omisión, constituye la ausencia de acción, es decir, el dejar o abstenerse de hacer un acto que debe ejecutarse, esto es que, se presupone la existencia de una cierta expectativa respecto de una acción positiva que tendría que haberse

⁴¹⁶ Cfr. Franklin Córdoba, Marcelo Hernández, Jahir Pedreros. *Aislamiento en pacientes psiquiátricos*. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-81082009000400006> (acceso: 09/09/2015).

ejecutado.⁴¹⁷ En el finalismo, la omisión es una subclase de la conducta humana dominable por la voluntad de la actividad final y distinta de la acción. A saber, la omisión es el abstenerse de hacer una acción posible del autor, que está subordinada al poder final del hecho, es decir a la finalidad potencial perseguida por el autor. En otras palabras, la omisión es la no realización de una actividad que el sistema jurídico espera de una persona o el no impedir un resultado concreto que el sujeto tiene el deber jurídico de evitar.⁴¹⁸

El delito omisivo se configura con un no hacer, cuando la norma manda a hacer algo, es decir, la ley penal sanciona la desobediencia del propio mandato de obrar de determinada manera. La doctrina señala que el delito de omisión puede ser de dos tipos: el delito de omisión propia o simple y el delito de comisión por omisión, llamado también omisión impropia. En el primero, la ley prevé expresamente el no hacer, es decir, la ley establece un mandato de actuar de determinada manera, por lo que se sanciona la no realización de la acción exigida por la ley.⁴¹⁹

Por otro lado, la comisión por omisión, constituye la no evitación de la lesión a un bien jurídico cuya tutela sólo estaba prevista frente acciones positivas. Aquí, el sujeto activo posee e incumple el deber de evitar la producción del resultado, por lo que la realización del tipo se produce con la infracción de un mandato que impone evitar la producción de un daño.⁴²⁰ Dentro del COIP, el artículo 23 prescribe que “no impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”.⁴²¹ En este sentido, un profesional de la salud, al omitir cumplir con la realización de su labor en base al deber objetivo de cuidado que su profesión exige,

⁴¹⁷ Cfr. Marco Antonio Terragni. *Delitos de Omisión y Posición de Garante en Derecho Penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2011, pp. 61-62.

⁴¹⁸ Cfr. Juan Manuel Soria. *La omisión en el sistema penal*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica. 2009., pp. 37-38.

⁴¹⁹ Cfr. Ernesto Albán. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. *Óp. cit.*, p. 136.

⁴²⁰ Cfr. María José Meinke. *La Mala Práctica Médica... Óp. cit.*, p. 96.

⁴²¹ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 23. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

puede incurrir en un delito de omisión impropia siempre que el daño al paciente no se deba a circunstancias externas como fuerza mayor o caso fortuito.⁴²²

En consecuencia, es pertinente afirmar que la actividad del médico puede encajar dentro de ambas figuras de omisión, ya sea propia por la falta de prestación de servicios de acuerdo a lo legalmente exigido, o de comisión por omisión, cuando el profesional de la salud no evita un resultado lesivo a los pacientes respecto de los que se encuentra en posición de garante. En ambos tipos de omisión se comparten elementos de la situación típica como la ausencia de una acción esperada y la capacidad de acción del autor, sin embargo, en la comisión por omisión, se requiere la existencia de un autor en posición de garante, la producción del resultado que la norma busca evitar y el nexo entre la conducta omisiva y el resultado.⁴²³

Dado que es casi imposible concebir que el profesional de la salud, en ejercicio de su profesión realice u omita acciones con desigmo de causar daño, los resultados dañosos que vulneran bienes jurídicos de sus pacientes como consecuencia de determinada conducta, son fruto de la infracción al deber de obrar como profesionales de la salud. Es decir, “la inobservancia por omisión del deber de cuidado origina delitos culposos”⁴²⁴, por lo que la omisión del médico no presenta un carácter doloso.

La omisión culposa, constituye un caso particular de omisión, y consiste en la exigencia de una actuación positiva que el actor no asumió. Así, toda forma de culpa entendida en sentido amplio, contiene un elemento negativo, como la falta de diligencia, de cuidado o de prudencia, sin embargo, ésta no debe confundirse con la omisión de una acción concreta, que la ley mande a realizar.⁴²⁵ En este sentido, la figura de la omisión se asemeja mucho a la figura de la imprudencia, sin embargo, en la primera nos encontramos frente a la no ejecución de una conducta debida, mientras

⁴²² Cfr. Francisco Bernate Ochoa. *Imputación Objetiva y responsabilidad Penal Médica*. Bogotá: Universidad del Rosario. 2010., p. 268.

⁴²³ *Id.*, p. 127.

⁴²⁴ Norberto Montanelli. *Responsabilidad Criminal Médica*. *Óp. cit.*, p. 132.

⁴²⁵ Cfr. Marco Antonio Terragni. *Delitos de Omisión y Posición de Garante...* *Óp. cit.*, p. 121.

que en la imprudencia, lo que configura el ilícito es la no atención del cuidado, produciendo un resultado lesivo. Es decir, en la imprudencia, existe una omisión de una acción interna, la “omisión del esfuerzo voluntario necesario para prever un resultado previsible”⁴²⁶, mientras que en la omisión, se suprime una acción externa.

Por otro lado, es necesaria la existencia de una norma que castigue a quien omita la realización de la acción de manera culposa, es decir, cualquier persona que se halle en la situación típica puede ser autor, pues la obligación de actuar en esa situación deviene de la mera condición de persona y no por relaciones jurídicas particulares.⁴²⁷ En el caso del médico, el deber de cuidado sobre el cual se estructura la omisión culposa, se basa en la previsibilidad de que de la propia conducta pueda derivarse un daño a terceros.⁴²⁸ En consecuencia, en la tipicidad omisiva debe existir un nexo de evitación, es decir, el resultado típico se produce por efecto de una causa y la omisión del agente de interrumpir esa causalidad provoca el resultado. Es decir, se comprueba con la evitación de la producción del resultado cuando existe una conducta positiva que se interpone para evitarlo. Dicho de otra manera, la conducta interfiere el curso causal de manera que se evita la producción de un resultado.⁴²⁹

Entonces, la omisión culposa corresponde a la omisión del deber objetivo de cuidado. En consecuencia, “al actor no se le imputa el haber dejado de hacer algo, sino el haber creado, con su conducta omisiva, un riesgo no permitido (abarcado por el fin de protección de la norma) que se concreta con el resultado”.⁴³⁰ Es decir, la imputación objetiva se formula a quien tiene el dominio del riesgo, el poder de hecho para poder detener o evitar la causalidad que ocasionará el resultado dañoso.⁴³¹ Asimismo, quien tiene dominio del riesgo y, en consecuencia, responsabilidad directa

⁴²⁶ Mirentxu, Corcoy Bidasolo. *El delito imprudente Criterios de Imputación del Resultado*. Buenos Aires: D de F, 2008., p. 34.

⁴²⁷ Cfr. Eugenio R. Zaffaroni. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Óp. cit., p. 443.

⁴²⁸ Cfr. Norberto Montanelli. *Responsabilidad Criminal Médica*. Óp. cit., p. 132.

⁴²⁹ Cfr. Eugenio R. Zaffaroni. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Óp. cit., p. 444.

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ *Id.*, p. 445.

sobre la garantía y seguridad de una persona, se encuentra en posición de garante, esto quiere decir:

[...] quien tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.⁴³²

De este modo queda claro que la correspondencia de la omisión, sea esta propia o impropia, con el comportamiento activo, se establece no en la ejecución, sino en la no evitación del resultado para que se pueda fundamentar la imputación objetiva. Asimismo, en todos los casos, el resultado dañoso debe ser una consecuencia de la concreción del riesgo generado por la dejadez.⁴³³

Por último, es necesaria la existencia de una ley expresa que establezca una conducta prohibida para el caso de la omisión propia y, en el caso de la omisión impropia, ésta debe ser punible, siempre que exista un tipo penal culposo al que equivalga dicha omisión, ya que en la comisión por omisión, no impedir la producción de un resultado dañoso cuando se está obligado a hacerlo, equivale a haberlo ocasionado.⁴³⁴ Actualmente, el Código Integral Penal del Ecuador no contempla la figura de la omisión culposa, pese a que se trata de una figura legal ampliamente contemplada en la doctrina jurídico penal. Asimismo, las omisiones en el campo de la salud, especialmente en el campo de la salud mental, constituyen una práctica recurrente dentro del ejercicio diario de la profesión del médico. No obstante, el COIP contempla y sanciona, únicamente, aquellas omisiones de carácter doloso, por lo que, las omisiones culposas son conductas atípicas que quedan en la impunidad, ya que rige el principio rector del derecho penal *nullum crimen nulla poena sine lege*.⁴³⁵

⁴³² Código Orgánico Integral Penal. Artículo 28. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

⁴³³ Cfr. Marco Antonio Terragni. *Delitos de Omisión y Posición de Garante...* *Óp. cit.*, p. 122.

⁴³⁴ Cfr. Norberto Montanelli. *Responsabilidad Criminal Médica*. *Óp. cit.*, p. 132.

⁴³⁵ Cfr. Luis Jiménez de Ansúa. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires. *Óp. cit.*, p. 34.

Finalmente, ¿Qué sucede en aquellos casos en que sí existe designio de causar daño por parte del profesional de la salud? A continuación, se analizará qué respuesta legal propone el COIP para aquellos casos aislados en el que el ejercicio de la profesión del médico y los daños lesivos producto de ésta, dejan de ser un hecho reprochable como culposo y pasan a ser contemplados como actos dolosos tipificados y sancionados como tortura y tratos crueles. Pese a que es difícil pensar e imaginarnos que existan casos de esta naturaleza en contextos en los que la salud debería verse garantizada y realizada, la experiencia en la historia, ha demostrado que son prácticas recurrentes en centros especializados en salud mental poco supervisados. En consecuencia, existe la necesidad de controlar y sancionar aquellos casos de tortura y tratos crueles observados en contextos de salud mental. A continuación, se profundizará este tema.

3.14 Tortura y tratos crueles

La profesión médica ha adoptado numerosas normas éticas que prohíben uniformemente la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (malos tratos) en entornos de atención de la salud. Si bien, en un principio se creería que la prohibición de la tortura se aplicaba únicamente en contextos como interrogatorios, castigos o intimidación de detenidos, la comunidad internacional ha empezado a ser consciente de que la tortura y los malos tratos también puede darse en otros contextos. En consecuencia, la conceptualización como tortura o malos tratos a los abusos cometidos en entornos de atención de la salud constituye un fenómeno relativamente reciente. Éstos, apenas han sido objeto de atención específica, ya que la denegación de atención médica ha sido considerada como una interferencia directa con el derecho de la salud.⁴³⁶ Sin embargo, existe un problema de por medio cuya dimensión e intensidad es importante investigar, ya que a menudo, pasan desapercibidos los abusos cometidos en entornos de atención de la salud en contra de

⁴³⁶ Cfr. Juan E. Méndez. *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Asamblea General De Las Naciones Unidas. 2013, p. 4.

personas con discapacidad psicosocial o intelectual y que llegan a constituir algo más que meras violaciones al derecho de salud.

Es importante destacar que, la participación médica en la tortura o los malos tratos, a través de la realización de tratamientos sin motivos médicos legítimos que infringen dolor o sufrimiento grave, que abandonen al paciente, que no dispensen los cuidados necesarios, o cualquier acto que disminuya la capacidad de la víctima de resistirse a un tratamiento, es condenado explícitamente, por lo que no cabe el intento de justificar estas prácticas con el argumento de ser tratamientos médicos necesarios.⁴³⁷

En la actualidad, la legalidad o ilegalidad de las prácticas en el área de salud mental, y en general, en el área de la salud, depende de principios interpretativos relacionados con el consentimiento informado del paciente, la necesidad y la existencia de alternativas terapéuticas. Tanto el progreso de la ciencia, como la evolución reciente del derecho nacional e internacional, están cambiando rápidamente el panorama de lo que es permisible y apropiado, como el cuidado de la salud y el tratamiento, por lo que cada vez se requiere de criterios más detallados para la aplicación de ciertas prácticas.⁴³⁸

El Ecuador, ha adoptado un Código de Ética Médico donde se plantean numerosos principios éticos que prohíben de manera uniforme la tortura y los malos tratos. En razón de esto, la participación médica en ellos, así como en todo acto que disminuya la capacidad de la víctima, es condenada.⁴³⁹ La Constitución del Ecuador, reconoce y garantiza la prohibición de la tortura y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes⁴⁴⁰ y el COIP se encarga de sancionar dichos actos. Bajo el título de Delitos

⁴³⁷ Cfr. Whashington College Of Law. *Torture in Healthcare Settings: Reflections on the Special Rapporteur on Torture's 2013 Thematic Report*. Whashington : American University , 2013, p. 4.

⁴³⁸ Cfr. Whashington College Of Law. *Torture in Healthcare Settings... Óp cit.*, 2013, p. i.

⁴³⁹ Código de Ética Médica. Artículos 25,26, 27y 28. Registro Oficial 5 de 17 de agosto de 1992.

⁴⁴⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66, literal c). Registo Oficial 449 de 20 de octubre 2008.

contra la Integridad Personal prescritos en la sección segunda de dicho cuerpo normativo, se contempla el delito de tortura, en el artículo 151.⁴⁴¹ Éste, es esencialmente doloso, es decir, con designio de causar daño⁴⁴² y prescribe que será sancionada:

La persona que, inflija u ordene infligir a otra persona, grave dolor o sufrimiento, ya sea de naturaleza física o psíquica o la someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aun cuando no causen dolor o sufrimiento físico o psíquico; con cualquier finalidad en ambos supuestos [...]

Asimismo, el artículo contempla como agravante que: (1) El autor se proveche de su conocimiento técnico para aumentar el dolor de la víctima; (2) Que la acción la cometa una persona que es funcionaria o servidora pública u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, por instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia; (3) Que la acción se cometa con la intención de modificar la identidad de género u orientación sexual de una persona; (4) Que la acción se cometa en persona con discapacidad, menor de dieciocho años, mayor de sesenta y cinco años o mujer embarazada.⁴⁴³

En el caso de las personas que adolecen discapacidades mentales, el tema de la tortura y los tratos crueles debe ser especialmente analizado y monitoreado. La *tortura* constituye "todo acto por el cual se inflija intencionadamente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona"⁴⁴⁴, ya sea en contextos asociados con cárceles y centros de detención preventiva, o en lugares tales como escuelas, hospitales, orfanatos, instituciones de atención psiquiátrica y social, pabellones psiquiátricos, campamentos de oración o internados seculares y religiosos.⁴⁴⁵

⁴⁴¹ Código Orgánico Integral Penal. Artículos 151,152 y 153. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

⁴⁴² *Id.*, Artículo. 26.

⁴⁴³ *Id.*, Artículos 151.

⁴⁴⁴ Convención Contra La Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. (1984). Artículo 1.

⁴⁴⁵ Cfr. Whashington College Of Law. *Torture in Healthcare Settings... Óp. cit.*, 2013, pp. 36-42.

La definición de tortura recoge cuatro elementos esenciales “La tortura debe infligir dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales; ser intencional; tener un propósito concreto; e intervenir, o al menos prestar su aquiescencia, un funcionario del Estado”.⁴⁴⁶ Entonces, los actos que no se ajusten a esta definición pueden constituir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes según lo dispuesto en el artículo 16 de la Convención.⁴⁴⁷ Cabe además resaltar que, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado que: “Aun no siendo el propósito o el objetivo del acto del Estado, por acción u omisión, degradar humillar o castigar la víctima, el resultado de ese acto no fuera otro que ese”⁴⁴⁸, es decir, en el contexto de los tratamientos médicos de personas con discapacidad, el Estado tiene la obligación de prohibir la tortura, prohibición que se aplicará tanto para funcionarios públicos como a médicos, profesionales de la salud, trabajadores sociales e incluso personas que trabajen en hospitales privados y en otras instituciones o centros de detención, ya que la prohibición de la tortura debe hacerse cumplir en todo tipo de instituciones y los Estados son quienes deben ejercer la debida diligencia para impedir, investigar, enjuiciar y castigar las infracciones cometidas por sujetos privados o agentes no estatales.⁴⁴⁹

Por otro lado, las definiciones legales de la tortura y los tratos crueles son lo suficientemente amplias como para abarcar una serie de abusos que prevalecen en los entornos de atención de salud.⁴⁵⁰ Estos abusos deben cumplir con categorías para ser considerados tortura o tratos crueles, a saber:

- a) La acción debe causar una forma agravada de sufrimiento, físico o mental;
- b) El sufrimiento debe ser severo;
- c) El sufrimiento debe ser infligido deliberadamente;
- d) El sufrimiento debe ser infligido injustificadamente;

⁴⁴⁶ Cfr. Juan E. Méndez. *Informe del Relator Especial sobre la tortura... Óp. cit.*, 2013, p. 5.

⁴⁴⁷ Convención Contra La Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. (1984). Artículo 16.

⁴⁴⁸ Cfr. Gonzalo Bueno. *El Concepto de Tortura y de Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, pp. 603-607.

⁴⁴⁹ Cfr. Juan E. Méndez. *Informe del Relator Especial sobre la tortura... Óp. cit.*, p. 6.

⁴⁵⁰ Cfr. Whashington College Of Law. *Torture in Healthcare Settings... Óp. cit.*, pp. xv- xx.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha explicado que la constatación de la gravedad de un hecho depende de la totalidad de las circunstancias, incluyendo "la duración del tratamiento; sus efectos físicos y mentales; y, en algunos casos, el sexo, la edad y estado de salud de la víctima".⁴⁵¹ Estas consideraciones son muy importantes para los abusos cometidos en el contexto de la atención de la salud, donde las víctimas se encuentran en una posición vulnerable debido a su necesidad de atención médica, es decir, los pacientes en dichos entornos dependen de los profesionales sanitarios que les prestan servicios, por lo que éstos se encuentran en una situación de impotencia en la que el paciente se encuentra bajo el control absoluto de otra persona.⁴⁵² En consecuencia, las intervenciones médicas forzosas pueden llegar a elevarse al nivel de tortura o malos tratos crueles, como por ejemplo, la coacción a un paciente a recibir un tratamiento de electroshock en el que se puede potenciar su dolor y sufrimiento como resultado de la naturaleza íntimamente personal de dicho procedimiento.⁴⁵³

Entonces, todo tratamiento médico de carácter intrusivo e irreversible, que no tiene una finalidad terapéutica justificada, constituye tortura o malos tratos cuando es administrado de forma forzada, sin el consentimiento libre e informado del paciente o su representante legal.⁴⁵⁴ Por lo tanto, la acción se analiza en la medida en que ésta es justificada, siempre y cuando, el propósito por la que se realizó era el de beneficiar al paciente, es decir, la acción puede causar cierto sufrimiento durante el proceso para llegar al beneficio buscado, únicamente, cuando la acción haya sido consensuada libremente por el paciente, de lo contrario, toda justificación para la tortura o malos tratos crueles está estrictamente prohibida.⁴⁵⁵

⁴⁵¹ Cfr. Whashington College Of Law. *Torture in Healthcare Settings... Óp. cit.*, pp. 603-607.

⁴⁵² *Id.*, pp. 19-26.

⁴⁵³ Cfr. Defensoría Del Pueblo. *Salud Mental y Derechos Humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental*. Lima: Konygraf&Cia. S.A.C., 2005., pp. 7-9.

⁴⁵⁴ Cfr. Juan E. Méndez. *Informe del Relator Especial sobre la tortura... Óp. cit.*, p. 8.

⁴⁵⁵ Cfr. Nigel S. Rodley. *The Treatment of Prisoners... Óp. cit.*, pp. 80-82.

Frente a esto, es importante tener en cuenta que, los casos de tratamientos intrusivos e irreversibles no consensuados se practican de manera frecuente a nivel mundial, especialmente, en pacientes de grupos marginados, como las personas con discapacidad mental.⁴⁵⁶ En efecto, la doctrina de la *necesidad médica*, es decir, aquella que establece que una actividad es justificada como razonable, necesaria o apropiada a fin de precautelar la vida o salud de un paciente, ha sido invocada en numerosas ocasiones como una herramienta de protección del médico frente a posibles abusos arbitrarios en entornos de atención en salud mental.⁴⁵⁷ En este sentido, todos aquellos tratamientos que vulneren los derechos de los pacientes y la evidencia clínica respecto de ellos, no pueden ser justificados en virtud de la doctrina de la necesidad médica o de las buenas intenciones que el profesional de la salud alegue tener de por medio.⁴⁵⁸

En consecuencia, la administración no consentida de medicamentos, la esterilización involuntaria, la sedación o alimentación por la fuerza, la continua inmovilización al paciente, el aislamiento, el encierro involuntario, entre otros, son procedimientos que a menudo son defendidos afirmando que son necesarios y redundan en beneficio del denominado interés superior de la persona afectada. Frente a esto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que todo tratamiento que no es necesario o que no se ajusta a la práctica psiquiátrica admitida y a las leyes prácticas de la profesión, representa un maltrato arbitrario que no se puede legitimar ni justificar y puede constituir una forma de tortura o malos tratos.⁴⁵⁹

Por otro lado, es importante tener en cuenta que, la situación de las personas que padecen enfermedades mentales es especialmente grave para aquellas que se ven obligadas a vivir durante décadas y a menudo, de por vida, en instituciones cerradas de largas estancias, restringidos de capacidad jurídica que afecta su derecho a rechazar el tratamiento y bajo leyes que suspenden su derecho a la libertad. En estos escenarios, tanto la tortura, como los tratos crueles, se presentan con mayor

⁴⁵⁶ Whashington College Of Law. *Torture in Healthcare Settings... Óp. cit.*, pp. vii-x.

⁴⁵⁷ Cfr. Juan E. Méndez. *Informe del Relator Especial sobre la tortura... Óp. cit.*, p. 8.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ *Id.*, p. 9.

frecuencia, ya que, precisamente en estos centros de atención de salud no penales, es donde pueden ocurrir escenarios atroces, dado que, los entornos de atención de salud no se consideran lugares de abuso que estén mal controlados, lo que ocasiona que las violaciones continúen. En otras palabras, la presencia de este tipo de eventos en los entornos de atención de la salud, constituyen un motivo de especial alarma porque se trata de entornos en los que se esperaría encontrar realizados los derechos humanos.⁴⁶⁰

En consecuencia, en el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se afirma que no puede existir una justificación terapéutica para el uso de medidas coercitivas y no consentidas, ya que pueden constituir una forma tortura y malos tratos. Es así que, teorías de incapacidad y de necesidad terapéutica contrarias a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la medida en que infligen dolor o sufrimiento graves, contravienen la prohibición absoluta de la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes.⁴⁶¹

Asimismo, para evitar la existencia de prácticas contrarias a la Convención, pero que tienen una amplia aceptación social debido a leyes nacionales que legitiman acciones de esta naturaleza, es necesaria la existencia de una ley que aclare, expresamente, los criterios que determinan los motivos para administrar un tratamiento sin que haya consentimiento libre e informado en situaciones de emergencia. Lo mismo debe suceder respecto de las leyes que contemplan la capacidad jurídica de las personas, de manera que éstas busquen establecer un sistema que promueva la autonomía, la voluntad y las preferencias de la personas para tomar decisiones, mas no, afectarlas haciéndolas susceptibles de intervenciones médicas forzadas y exponiéndolas a prácticas médicas no consentidas.⁴⁶²

⁴⁶⁰ Cfr. Defensoría Del Pueblo. *Salud Mental y Derechos Humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental*. Lima: Konygraf&Cia. S.A.C., 2005., pp. 7-9.

⁴⁶¹ Cfr. Juan E. Méndez. *Informe del Relator Especial sobre la tortura... Óp. cit.*, p. 16.

⁴⁶² *Id.*, pp. 17-18.

Por último, es importante tener en cuenta que, los tratamientos forzosos deberían ser sustituidos por los servicios a la comunidad que cumplen con las necesidades expresadas por las personas con discapacidad y el respeto a su autonomía, su derecho a elegir, su dignidad y su privacidad. En consecuencia, todos los Estados deberían revisar las disposiciones legales que permiten la detención por motivos de salud mental y cualquier intervención coercitiva o tratamiento en este ámbito sin el consentimiento libre e informado de la persona a tratar.⁴⁶³ En el caso del Ecuador, la inexistencia de una normativa que regule el tema, abre una importante y peligrosa posibilidad que expone, día a día, a las personas con discapacidad mental, a violaciones de derechos, sometimiento a tratos crueles o, incluso, tortura. Asimismo, la gravedad del problema demuestra la necesidad urgente que tiene el Ecuador de adoptar protocolos o procedimientos estandarizados mínimos que promuevan y protejan el derecho a la salud mental, ya que ésta, constituye la única vía efectiva que puede fortalecer la prevención de la tortura y los malos tratos a fin de proteger los derechos de las personas discapacitadas y la de los profesionales de la salud.

⁴⁶³ Cfr. Whashington College Of Law. *Torture in Healthcare Settings... Óp. cit.*, pp. vii-x.

CONCLUSIONES

1. Desde el inicio de la humanidad, el enfermo mental ha sido marginado y discriminado en razón de su condición. Desde entonces, los trastornos mentales han conllevado una carga estigmatizada que, en algunos casos, se mantiene hasta la fecha debido, entre otras cosas, a la falta de normativa existente para precautelar sus derechos y garantizar la igualdad, la no discriminación y la confidencialidad. En consecuencia, la indefensión de las personas con discapacidad mental debido al abuso y la constante vulneración de sus derechos en entornos de la salud, son prácticas que se llevan a cabo con cotidianidad a consecuencia de la falta de una normativa adecuada en la materia o de la inexistencia de la misma. De igual manera, tomando en cuenta que, los trastornos mentales representan el 14% de la carga mundial de enfermedades y el 25% de la población adulta en la Región de las Américas y el Caribe los adolece,⁴⁶⁴ la magnitud y gravedad del problema denotan la necesidad de una legislación especializada que se enfoque en establecer los procedimientos y criterios mínimos a seguir, para proteger a este grupo vulnerable de la sociedad.

Actualmente, los avances científicos, clínicos y farmacológicos han producido cambios significativos en el conocimiento y tratamiento de los trastornos mentales, asimismo, se ha incrementado la conciencia sobre la necesidad de proteger los derechos humanos de las personas que los adolecen.⁴⁶⁵ No obstante, el desarrollo y la aceptación en el campo de la salud mental varía de un país a otro y depende de cuánta importancia y presupuesto le dedique cada país a este tema.

A nivel internacional, ha existido un extraordinario avance de la legislación sobre derechos humanos durante los últimos 30 años, sin embargo, la legislación enfocada en proteger, específicamente, los derechos de las personas con discapacidad mental

⁴⁶⁴ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Invertir en Salud Mental... Óp. cit.*, p. 7.

⁴⁶⁵ Cfr. Organización Mundial de la Salud en 2003. *Conjunto de Guías sobre Servicios y Políticas de Salud Mental: El Contexto de la Salud Mental. Óp. cit.*, p. 4.

ha sido relativamente lenta y limitada. Es así que, los órganos encargados de velar por el cumplimiento de los principales instrumentos de derechos humanos han dedicado poca atención a los derechos de las personas con discapacidad mental. No obstante, la adopción de los PPEM y las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, pese a no ser normas de carácter vinculante, han constituido un hito importante en la evolución del marco del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, ya que han creado pautas importantes a seguir, para tratar el contexto que engloba a los enfermos mentales.

Por otro lado, pese a que no existe una norma especializada en materia de salud mental, se ha promulgado la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, misma que constituye la única norma *ius cogens* que regula el tema correspondiente a los derechos de las personas con discapacidad, sea esta física o mental. Pese a esto, la Convención no es suficiente, ya que no abarca temas específicos referentes a la salud mental como los estándares mínimos para la administración de tratamiento o las condiciones que deben existir, obligatoriamente, en centros de salud mental.

El Ecuador, si bien posee varios cuerpos legales que estipulan normas claras respecto del tema de Salud Mental, no existe una Ley de Salud Mental específica para la materia. En consecuencia, el tema se encuentra regulado en disposiciones aisladas contenidas en la Ley Orgánica de Salud y otras leyes como, la Ley de Discapacitados, Control de Sustancias Estupefacientes y Derechos y Amparo del Paciente, etc., que no hacen referencia a criterios mínimos para tratar a este grupo vulnerable de personas. Es así que, los derechos reconocidos y garantizados en la Constitución son frecuentemente vulnerados debido a la falta de interés y cuidado que el país ha dado a este tema como consecuencia de la inexistencia de una norma especializada en salud mental que establezca parámetros mínimos de procedimientos y condiciones en este entorno, buscando que se elimine la vulneración de derechos y cesen los escenarios de abuso y mala práctica médica.

2. La terapia de electroshock (TEC) es un procedimiento frecuentemente utilizado para tratar ciertos desórdenes psiquiátricos, cuya gravedad significa un peligro a la integridad o la vida del paciente o de terceras personas. Pese a tratarse de un tratamiento que ha arrojado resultados positivos, éste es complejo, poco entendido y agresivo, por lo que es necesario que se practique en base a los requerimientos obligatorios establecidos en la *lex artis*, ya que de no hacerlo, el riesgo de vulnerar los derechos de los pacientes aumenta considerablemente.

En el Ecuador, la TEC es frecuentemente utilizada, sin embargo, su empleo se da de manera irregular, ya que, al no existir un reglamento que homogenice su uso, la experiencia y la discreción del médico se sobreponen a las indicaciones doctrinarias y científicas respecto del tema. En este sentido, la mayoría de médicos (88%) se basa en la *lex artis* para la aplicación de la terapia, no obstante, no existe una disposición legal que los obligue a actualizarse constantemente, ni un mecanismo que verifique dicha actualización, por lo que no existe certeza de que los procedimientos se estén realizando en base a la evidencia más actualizada o que éstos, se sigan realizando en base a métodos anticuados que puedan llegar a vulnerar los derechos de los pacientes.

De igual forma, en el Ecuador existe un deficiente control y seguimiento de los centros especializados o centros que brinden servicios en salud mental, de manera que, la identificación y el cese de irregularidades en ese ámbito es casi nula. Es así que, requerimientos intrínsecos de esta terapia como el uso de anestesia o de un quirófano especializado, no constituyen una práctica obligatoria en el día a día. Asimismo, el principio que sostiene que la TEC es un mecanismo de última instancia es, frecuentemente, pasado por alto. De igual forma, pese a tratarse un derecho constitucional del paciente, el consentimiento informado se presta de manera irregular, y tanto los pacientes, como sus familiares o representantes legales, no

reciben información plena y suficiente respecto del alcance y efectos del procedimiento a realizarse.⁴⁶⁶

Adicionalmente, la mayor parte de profesionales de la salud carecen de conocimientos en Derechos Humanos, específicamente, en aquellos derechos relacionados con la salud. Recordemos que los médicos tienen una función clave en la prestación de atención de alta calidad para todos los pacientes sin discriminación y en la prevención de actos de tortura y malos tratos que constituyen graves violaciones de los derechos humanos. En consecuencia, la falta de conocimientos sobre los derechos humanos que tienen un impacto en la salud y los derechos de los pacientes, ocasiona que los médicos, ejerzan su profesión desconociendo los derechos que podrían vulnerar al desapegarse de lo establecido en las guías y protocolos médicos. Asimismo, no todos los profesionales de la salud entienden plenamente el alcance del artículo 146 del COIP, de manera que desconocen qué es el deber objetivo de cuidado, su importancia y la obligación que tienen de no violarlo para evitar sanciones por responsabilidad penal.

3. El derecho a la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos,⁴⁶⁷ por lo que “todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”.⁴⁶⁸ Asimismo, toda persona, incluidas aquellas que adolecen de algún tipo de discapacidad mental, tienen el derecho fundamental a la vida y a la integridad física, psíquica y moral sin discriminación, por lo que su aplicación es de imperativa importancia en el contexto de hospitales psiquiátricos o servicios de salud mental.

En consecuencia, de acuerdo a lo establecido por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es necesario el uso de *ajustes razonables* que modifiquen y realicen las adaptaciones necesarias, con el fin de

⁴⁶⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 362. Registro Oficial 449 de 20 de octubre 2008.

⁴⁶⁷ Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 14. (2000)., párrafo 1.

⁴⁶⁸ *Ibid.*

garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.⁴⁶⁹ Por consiguiente, una ley especializada en salud mental es necesaria para garantizar a las personas con discapacidad mental el goce y ejercicio del más alto nivel de salud. En este sentido, es necesario que la normativa establezca ciertos criterios mínimos para la aplicación de tratamiento, ya que éste, no siempre puede ser aplicado de la misma manera que el aplicado a personas sin ningún tipo de discapacidad.

Una normativa especializada en salud mental debe contemplar temas como la necesidad de un diagnóstico; la verificación de riesgos de autoagresión o agresión a terceros y si el tratamiento del diagnóstico solo puede ser administrado en una institución especializada; el tratamiento y su forma de administración; el consentimiento informado para la administración de todo tipo de tratamiento, el consentimiento informado para la aplicación de TEC y otras terapias agresivas; el fundamento legal para procedimientos en que existe total ausencia de consentimiento informado; el ingreso de pacientes a instituciones especializadas para la administración de un determinado tratamiento; la revisión periódica de la evolución del tratamiento; la confidencialidad; la necesidad de una historia clínica clara, completa y detallada; el Derecho del paciente al acceso de la información y; el Derecho a la rehabilitación integral y la asistencia permanente.

4. El ejercicio profesional de la medicina constituye una actividad que siempre conlleva un riesgo, mismo que es socialmente aceptado, ya que, de su ejercicio, se desprenden grandes beneficios para los pacientes. Este riesgo no puede convertir a los profesionales de la salud en sujetos responsables penalmente, ya que se estaría penalizando el ejercicio mismo de la profesión del médico, sin embargo, es

⁴⁶⁹ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2008). Artículo 2, inciso 4.

reprochable penalmente todo daño producto de la violación al deber objetivo de cuidado al que el médico estaba legalmente obligado.

En este sentido, los avances en la normativa referente a la salud obliga a los profesionales de esta área a ser cada vez más minuciosos con el trabajo que deben realizar para que, de esta manera, minimicen los riesgos de producción de daños debido a la violación al deber de cuidado al que se encuentran sujetos. Asimismo, los avances tecnológicos en el campo de la medicina, las nuevas técnicas y conocimientos, hacen que los profesionales de la salud asuman más deberes y responsabilidades para con sus pacientes.

En consecuencia, los requerimientos de la sociedad moderna, obligan al profesional de la salud a observar siempre todos los criterios mínimos establecidos para el ejercicio de su especialidad. En este sentido, el médico deberá ejercer su profesión con conciencia, ética y con atención a la evidencia científica, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas, *lex artis* y normas legales. Recordemos que, la profesión médica tiene una obligación de medios y no de resultados, es decir, existe un delito culposo cuando el medio utilizado es defectuoso y, en consecuencia, viola el deber objetivo de cuidado produciendo un resultado dañoso. Entonces, la conducta imprudente que ocasiona un daño irresistible al paciente es sancionable penalmente, ya que, pese a que el médico conoce el medio a través del cual debió actuar, elige prescindir de la aplicación de toda ciencia, diligencia y prudencia en la atención del paciente, y, produce un daño al bien jurídico protegido, valorándose que era exigible otra actuación que aquella que se tuvo.⁴⁷⁰

5. Los delitos de homicidio y lesiones culposas por mala práctica profesional constituyen injustos imprudentes debido a la naturaleza del ilícito, es decir, la violación al deber de cuidado exigido, en este caso, a los profesionales de la salud. Al ser la medicina una actividad de riesgo, la previsibilidad y evitabilidad que se tiene de las

⁴⁷⁰ Cfr. Norberto Montanelli. Responsabilidad Criminal Médica. *Óp. cit.*, p. 127.

posibles consecuencias de determinada acción y las circunstancias concretas de la acción y del hecho, son fundamentales para establecer si existió o no la producción de un delito culposo. Además, se debe analizar también, el grado de especialidad, capacidad individual, aptitudes y amplitud de los conocimientos que le son exigidos a los profesionales de la salud, ya que éstos, no podrán excusarse con la no previsibilidad del resultado de una determinada acción, que en razón de su profesión debían conocer. En este sentido, el médico posee una mayor responsabilidad de sus actuaciones ante la sociedad, ya que a mayor conocimiento, mayor culpabilidad.⁴⁷¹

Asimismo, el deber objetivo de cuidado, nos indica la forma en la que debe comportarse un sujeto para que su conducta sea adecuada y no sea imputable penalmente. Es así que, el sujeto activo tendrá que realizar esta conducta de acuerdo con sus posibilidades, sus conocimientos, su experticia y la evidencia científica que respalda el ejercicio de su profesión, ya que el profesional, siempre estará obligado a cumplir el deber de cuidado en la medida que ello sea posible.

El COIP establece la concreción de la infracción al deber objetivo de cuidado cuando hay cumplimiento y concurrencia de las 4 condiciones establecidas en el artículo 146. (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 y; (4) Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

6. Los tipos culposos se encuentran expresamente escritos en la ley y constituyen una modalidad legislativa mucho más limitativa del poder punitivo. Éstos no criminalizan acciones como tales, sino que las acciones se prohíben en razón de que el

⁴⁷¹ Cfr. Hans, H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. TII*. Barcelona: IRP. 1981, p. 778.

resultado se produce por una particular forma de realización de la acción,⁴⁷² de lo contrario, se estaría penalizando el ejercicio de la profesión que se trate. El tipo culposo no castiga al autor por la forma en que un fin es perseguido, sino porque el resultado final, distinto al querido originalmente, presupone de parte del causante un daño por la creación de un peligro prohibido que era previsible y evitable.

El COIP prevé un agravante de la pena en el tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional referente a la muerte producida por *acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas*. Éstas, constituyen elementos descriptivos que no se encuentran definidos en ninguna norma del ordenamiento jurídico ecuatoriano, por lo que, en consecuencia, dejan cabida a que su determinación sea realizada de manera arbitraria por el juez.

El mayor problema en referencia a estos tres elementos se encuentra en lograr delimitar su significado, ya que son palabras con una gran amplitud polisémica, por lo que existen varias definiciones aplicables a cada una de ellas. Entonces, escoger un significado determinado, implicaría la relativización del concepto y la posible manipulación en forma anti ética de las normas jurídicas, constituyendo una vulneración al principio de legalidad y un evento que pone en grave peligro el ejercicio de la profesión del médico, ya que éste, podría ser penalizado en relación al significado que el juez decida darle, en el caso concreto, a estos tres elementos.⁴⁷³

7. Los actos lesivos que configuren supuestos de mala práctica profesional, en este caso mala práctica médica, a consecuencia de la violación del deber objetivo de cuidado del médico que produzca un daño a la vida e integridad física del paciente, deben ser sancionados penalmente. Estos daños pueden ser producto de acciones u omisiones del profesional de la salud, por lo que es necesario que el ordenamiento jurídico ecuatoriano contemple ambas posibilidades.

⁴⁷² Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: EDIAR. 2000., p. 523.

⁴⁷³ Cfr. Xavier Andrade Castillo. *Delitos de Peligro y Omisión*. Universidad San Francisco de Quito: Quito, Verano 2011/2012.

En este sentido, el COIP prevé únicamente sanciones para aquellos daños producto de las acciones culposas de los profesionales de la salud, sin embargo, el tipo penal de la omisión culposa por mala práctica profesional no existe en este cuerpo normativo. En consecuencia, las conductas lesivas provenientes de una omisión culposa del profesional de la salud quedan en la impunidad pese que deberían ser sancionadas, ya que vulneran bienes jurídicos protegidos que se encuentran comprendidos en la más alta escala valorativa de la sociedad. Cabe resaltar que, para la existencia de una sanción penal, es necesaria la existencia de una norma penal que establezca la obligación de actuar del profesional, de manera que no se vulnere el principio fundamental de legalidad basado en la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Entonces, en el delito omisivo culposo, el profesional de la salud omite algo que estaba obligado a hacer en razón del deber de obrar impuesto a los profesionales de la salud. En este sentido, el tipo penal se cumple, sólo cuando el actor se haya encontrado en condiciones de realizar aquello que de él se espera, o lo que el ordenamiento jurídico penal le ordene, por lo que, toda omisión que escape del alcance del actor de la evitación del resultado no podrá ser penalmente imputado. Asimismo, en la mala práctica profesional podemos encontrar tanto el tipo de omisión propia para los casos en que el médico no presta sus servicios profesionales a un enfermo, como los de omisión impropia cuando el médico no evita el resultado lesivo respecto de quienes ya se encuentra en posición de garante.

Finalmente, no se debe confundir la omisión con la figura de la imprudencia, ya que la primera, constituye la no realización de una acción debida o no impedir que se de un resultado dañoso cuando se está obligado a hacerlo, mientras que la imprudencia, constituye una acción carente de diligencia en la que se vulnera el deber objetivo de cuidado. Es decir, la imprudencia se encuentra prevista y sancionada en el COIP, mientras que la omisión culposa no.

8. La tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (malos tratos) en los entornos de atención de la salud constituyen un fenómeno que apenas a recibido atención específica, ya que se ha creído improbable la producción de este tipo de eventos en entornos de la salud, sin embargo, existen abusos cometidos en contra de personas con discapacidad mental que llegan a constituir algo más que meras violaciones al derecho de salud.⁴⁷⁴

La participación médica en la tortura o los malos tratos, a través de la realización de tratamientos intrusivos e irreversibles, sin finalidades terapéuticas legítimas y justificadas, que infringen dolor o sufrimiento grave, que abandonen al paciente, que no dispensan los cuidados necesarios, o cualquier acto que disminuya la capacidad del paciente de resistirse a un tratamiento, debe ser condenado y no se lo podrá justificar alegando el *principio de necesidad médica*.

Asimismo, para identificar y sancionar este tipo de actos se debe tomar en cuenta la totalidad de las circunstancias en cada caso concreto, incluyendo "la duración del tratamiento; sus efectos físicos y mentales; y, en algunos casos, el sexo, la edad y estado de salud de la víctima".⁴⁷⁵ En consecuencia, se afirma que no puede existir una justificación terapéutica para el uso de medidas coercitivas y no consentidas, ya que pueden constituir una forma tortura y malos tratos.⁴⁷⁶

Entonces, para que se efectivice la prohibición a la tortura, es necesario poner en práctica los llamamientos a la rendición de cuentas y establecer un equilibrio adecuado entre la libertad y dignidad de la persona y las inquietudes en materia de salud pública. De esta forma, la atención prestada al marco de la lucha contra la tortura, garantiza que las deficiencias del sistema y la falta de recursos o servicios no

⁴⁷⁴ Cfr. Juan E. Méndez. *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Asamblea General De Las Naciones Unidas. 2013, p. 4.

⁴⁷⁵ Cfr. Whashington College Of Law. *Torture in Healthcare Settings... Óp. cit.*, pp. 603-607.

⁴⁷⁶ Cfr. Juan E. Méndez. *Informe del Relator Especial sobre la tortura... Óp. cit.*, 2013, p. 16.

permitirán justificar malos tratos. Asimismo, los tratamientos forzosos deben ser sustituidos por los servicios a la comunidad que cumplen con las necesidades expresadas por las personas con discapacidad y el respeto a su autonomía, su derecho a elegir, su dignidad y su privacidad.

RECOMENDACIONES

1. La creación de una norma especializada en materia de salud mental que contemple criterios mínimos, tanto para la aplicación de tratamientos, como para las condiciones en que una persona con discapacidad mental debe ser tratada. El principal objetivo de la norma será precautelar y garantizar los derechos de este grupo vulnerable que están vigentes en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales. Asimismo, busca llevar un mayor y mejor control de los centros especializados en salud mental de manera que se pueda identificar, sancionar y acabar definitivamente con todo tipo de irregularidades que pongan en peligro al discapacitado mental. Asimismo, la normativa establecerá requisitos mínimos a seguir por parte del profesional de la salud, de manera que actúe en base a los estándares internacionales y sin poner en riesgo su profesión, su libertad personal y el bienestar del paciente. Es decir, es necesaria la creación de una norma específica que garantice la atención calificada de la salud mental, con normas prácticas acordes a las pautas desarrolladas por la OMS y los Instrumentos Internacionales.

2. Que el Estado ecuatoriano cumpla un papel de vigilancia y control que sea efectivo para promover el cumplimiento de los principios y garantías reconocidos en la Constitución y en una posible futura ley de Salud Mental. En este sentido, el Estado deberá “inspeccionar las instituciones psiquiátricas, presentar, investigar y resolver

quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados”⁴⁷⁷ para sancionar y regular los casos en que exista una conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes.

En este sentido, se debería promover la existencia de un procedimiento de revisión u organismo de revisión creado legalmente con la única finalidad de dar seguimiento oportuno y minucioso y llevar un mejor control de los procedimientos y condiciones existentes en los centros que prestan servicios especializados en materia de salud mental. Asimismo, el organismo tendrá la facultad de realizar revisiones periódicas de las decisiones que afectan a la integridad o a la libertad de los pacientes, de manera que, se pueda identificar a tiempo, aquellos casos irregulares que pueden ser objeto de sanciones y, a su vez, supervisar el cumplimiento de las normas de derechos humanos.

3. Incluir en el Código Orgánico Integral Penal el tipo penal de homicidio y lesiones producto de la omisión culposa por mala práctica profesional o, a su vez, incluir la figura de la omisión culposa dentro del artículo 146, de manera que todas las conductas omisivas producto de la violación al deber objetivo de cuidado que tiene el médico y que causen un daño a terceros, no queden en la impunidad debido al principio fundamental de legalidad basado en la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*.

4. Promover la emisión de una cláusula interpretativa por parte de la Corte Nacional de Justicia respecto del artículo 146 del COIP sobre el homicidio culposo por mala práctica profesional. Así, se establecería la definición exacta de las *acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas* de manera que, la base para su uso, quede debidamente fijada y se cumpla con el principio de legalidad. Este tema se torna necesario en la medida que toda actividad del profesional de la salud conlleva la

⁴⁷⁷ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental. (1991). Artículo 22.

asunción de un riesgo permanente, por lo que es imprescindible la fijación legal de definiciones que no permitan que la discrecionalidad del juez se interponga a la hora de interpretar dichos elementos.

5. Proporcionar información y educación en materia de derechos humanos al personal de atención de la salud de manera que reciban información adecuada y suficiente sobre la prohibición de la tortura y los malos tratos, así como sobre la existencia, el alcance, la gravedad y las consecuencias de diversas situaciones en las que podrían incurrir durante el ejercicio de su profesión y que pongan en peligro dichos derechos, promoviendo en todo momento, una cultura de igualdad y respeto a la integridad y dignidad de las personas.

Cabe resaltar que, pretender que los profesionales de la salud reciban formación sobre toda la extensa materia en Derechos Humanos es pretencioso y poco práctico. Por esta razón, se considera que es importante que la información proporcionada sea en relación a aquellos derechos que se pueden ver comprometidos en el ejercicio de su profesión. En consecuencia, la educación en materia de derechos humanos debe enfocarse en el derecho humano a la salud y los derechos de los pacientes. Asimismo, se debe buscar una educación que prevenga actos de tortura o malos tratos. Recordemos que, los derechos humanos son garantías universales que protegen a individuos y grupos contra acciones que interfieran las libertades fundamentales y en la dignidad humana, por lo que se deberá promover que el médico adquiera conocimiento de aquellos derechos relacionados al ejercicio de su profesión.

Adicionalmente, se deberá promover el entrenamiento clínico en el uso de principios internacionales aceptados, el tratamiento en comunidad y, la aplicación de un tratamiento lo menos restrictivo posible, basado en el consentimiento informado de los pacientes y los procedimientos que guarden la integridad corporal y mental y la libertad de éstos. Asimismo, se deberá promover el acceso adecuado y de calidad a la atención en salud mental, impulsando temas como la conciencia sobre la preservación de la dignidad del paciente y el interés en el mejoramiento de su calidad de vida,

impidiendo, la producción de escenarios de discriminación y promoviendo siempre a la igualdad.

Finalmente, es necesario asegurar que los profesionales de salud mental no consideren sistemáticamente que los pacientes con trastornos mentales son incapaces de tomar sus propias decisiones como consecuencia de su estado de salud. En este sentido, se deberá promover la suposición de la capacidad de los pacientes para tomar sus propias decisiones, salvo aquellos casos en que, por el estado de salud del mismo, debidamente evaluado, se determina que su capacidad para tomar decisiones se encuentra limitada.

REFERENCIAS

1. Doctrina

- Albán, Ernesto. *Manual De Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo I, Parte General*. Quito: Ediciones Legales. 2011.
- Ambrosio Morales, María Teresa, Carrillo Fabela, Luz María Reyna Y González Mora, Bárbara Victoria. *La Responsabilidad Del Médico Como Servidor Público En México*. México D.F.: Instituto De Investigaciones Unam, 2003.
- American Psychiatric Association. *Diagnostic And Statistical Manual Of Mental Disorders Dsm-5*. 2013.
- Andrade Castillo, Xavier. *Delitos De Peligro Y Omisión*. Universidad San Francisco De Quito: Quito, Verano 2011/2012.
- Andrade Castillo, Xavier. *Actualización En Derecho Penal Y Procesos Penales*. Universidad San Francisco De Quito: Quito, Verano 2013/2014.
- Arias Eibe, Manuel J. *Funcionalismo Penal Moderado Teológico-Valorativo Versus Funcionalismo Normativo Radical*. Coruña: Doxa. 2006.
- Asamblea General De Las Naciones Unidas. *Declaración Universal De Los Derechos Humanos*. Resolución 217 A (Iii). París, 1948.
- Asamblea General De Las Naciones Unidas. *Principios Para La Protección De Los Enfermos Mentales Y El Mejoramiento De La Atención De La Salud Mental*. Resolución 46/11. New York: 17 De Diciembre De 1991.
- Asamblea General De Las Naciones Unidas. *Convención Contra La Tortura Y Otros Tratos O Penas Cruelles, Inhumanos O Degradantes*. 1984.
- Ávila Santamaría, Ramiro. "El Código Orgánico Integral Penal Y Su Potencial Aplicación Garantista". *Código Orgánico Integral Penal: Hacia Su Mejor Comprensión Y Aplicación*. Ramiro Ávila Santamaría. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2015.
- Bernate Ochoa, Francisco. *Imputación Objetiva Y Responsabilidad Penal Médica*. Bogotá: Universidad Del Rosario. 2010.
- Bertolote Jm, Sartorius N. *Who Initiative Of Support To People Disabled By Mental Illness: Some Issues And Concepts Related To Rehabilitation*. European Psychiatry. 1996.

Blanco, Luis Guillermo. *Bioética Y Bioderecho, Cuestiones Actuales*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2002.

Bueno, Gonzalo. *El Concepto De Tortura Y De Otros Tratos Crueles, Inhumanos O Degradantes En El Derecho Internacional De Los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

Carrascosa Godoy Y López Iniesta. *Protocolo De Terapia Electroconvulsiva (Tec)*. Albacete: Complejo Hospitalario Universidad De Albacete. 2007.

Castaño De Restrepo, María Patricia. *El Consentimiento Informado Del Paciente En La Responsabilidad Médica*. Bogotá: Temis, 1997.

Catón, A. Santiago. *El Derecho Internacional Como Un Instrumento Esencial Para La Promoción Y Protección De Los Derechos Humanos Y Libertades Fundamentales De Las Personas Con Discapacidad Mental: La Experiencia Del Sistema Interamericano De Derechos Humanos*. Buenos Aires: Sidh. 2008.

Cidh. *Recomendación De La Comisión Interamericana De Derechos Humanos Sobre La Promoción Y Protección De Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad Mental*. Aprobada Por La Comisión En Su 111º Período Extraordinario De Sesiones, El 4 De Abril De 2001. <http://www.cidh.org/Annualrep/2000sp/Cap.6d.htm>. (Acceso: 15/10/15).

Cidh. Informe Sobre Acceso A La Información En Materia Reproductiva. Adoptado Por La Comisión Interamericana De Derechos Humanos El 22 De Noviembre De 2011, Oea/Ser.L/V/II. Doc. 61.

Comité Europeo Para La Prevención De La Tortura Y De Las Penas O Tratos Inhumanos O Degradantes (Ctp). "Normas Del Ctp Secciones De Los Informes Generales Del Ctp Dedicados A Cuestiones De Fondo". *Internación Involuntaria En Establecimientos Psiquiátricos; Extracto Del 8vo Informe General [Ctp/Inf (98) 12]*. Estrasburgo: Consejo De Europa, 2003, Pp. 53-63.

Committee Of Ministers. *Recommendation No. Rec (2004)10 Of The Committee Of Ministers To Member States Concerning The Protection Of The Human Rights And Dignity Of Persons With Mental Disorder And Its Explanatory Memorandum*. (2004).

Corcoy Bidasolo, Mirentxu. *El Delito Imprudente Criterios De Imputación Del Resultado*. Buenos Aires: D De F, 2008.

Criado Del Río, María Teresa. *Aspectos Médico-Legales De La Historia Clínica*. Zaragoza: Universidad De Zaragoza., 1999.

Defensoría Del Pueblo. *Salud Mental Y Derechos Humanos: La Situación De Los Derechos De Las Personas Internadas En Establecimientos De Salud Mental*. Lima: Konygraf&Cia. S.A.C., 2005.

- Departamento De Salud Mental Y Toxicomanías Organización Mundial De La Salud. *La Importancia De Los Derechos Humanos Consagrados Internacionalmente En La Legislación Nacional Sobre Salud Mental*. Ginebra: Oms. 2004.
- De Ansúa, Jiménez. *Tratado*. Tiii. Bogotá: Ed. Temis. 1971.
- De La Torre, Javier. *La Salud Mental*. Cuenca: Agn , 2013 .
- Dohna, Alexander Graf. *La Estructura De La Teoría Del Delito*. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot. 1958.
- Donnelly, Nartha. *Electroconvulsive Therapy*. British Columbia: Guidelines For Health Authorities, 2002.
- Donoso Castellón, Arturo J. “Los Tipos Penales En Blanco Y Abiertos En El Código Orgánico Integral Penal”. *Código Orgánico Integral Penal: Hacia Su Mejor Comprensión Y Aplicación*. Ramiro Ávila Santamaría. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2015.
- Dyer, Clare. *Compulsory Treatment In The Community For The Mentally Ill?*. British Medical Journal , 1987.
- El Universo. *Los Trastornos Por Adicciones Pesan En La Salud Mental*.
[Http://Www.Eluniverso.Com/Noticias/2014/10/05/Nota/4065861/Trastornos-Adicciones-Pesan-Salud-Mental](http://Www.Eluniverso.Com/Noticias/2014/10/05/Nota/4065861/Trastornos-Adicciones-Pesan-Salud-Mental) (Acceso: 14/10/2015).
- Escobar Córdoba F, Hernández Yasnó M, Pedreros Velásquez J. *Aislamiento En Pacientes Psiquiátricos*. Porto Alegre: Scielo, 2009.
- Escobar, Franklin. *Responsabilidad Médica Del Psiquiatra.*, Vol 40. Bogotá: Revista Colombiana De Anestesiología, 2012.
- Etcheberry, Alfredo. *Tipos Penales Aplicables A La Actividad Médica*. Santiago: Universidad Católica De Chile , 1986.
- Pasquale, Evaristo. *Psiquiatría Y Salud Mental: Historia De La Institución Psiquiátrica*. Trieste: Asteristos Delithanassis Editore. 2000.
- García Falconí, José Carlos. *La Responsabilidad Médica En Materia Civil, Administrativa Y Penal Y El Derecho Constitucional A La Salud*. Quito: Rodin, 2011.
- Goic G., Alejandro. *El Fin De La Medicina*. Santiago: Mediterráneo, 2000.
- Gómez Méndez, Alfonso. *Delitos Contra La Vida Y La Integridad Personal*. Bogotá: D´Vinini. 1998.

- Gómez López, Jesús Orlando. *Teoría Del Delito*. Bogotá: Ediciones Doctrinaria Y Ley Ltda. 2003.
- Gostin O., Lawrence. "Salud Mental U Derechos Humanos. Vigencia De Los Estándares Internacionales". *Ley De Derechos Humanos Y Discapacidad Mental Internacional: Libertad, Dignidad, Igualdad Y Derecho*. Buenos Aires: Ops., 2009.
- Hospital San Luis Beltrán. *Manual De Consentimiento Informado* San Jerónimo: E.S.E. 2013.
- Huertas Rafael, Campos Ricardo Y Álvarez Raquel. *Entre La Enfermedad Y La Exclusión. Reflexiones Para El Estudio De La Locura En El Siglo Xix*. Madrid: Scic. 1997.
- Jaramillo, Carlos Ignacio. *La Culpa Y La Carga De La Prueba En El Campo De La Responsabilidad Médica*. Bogotá: Ibañez, 2010.
- Jescheck, Hans. *Tratado De Derecho Penal. Tii*. Barcelona: Irp. 1981.
- Jiménez De Ansúa, Luis. *Tratado De Derecho Penal*. Buenos Aires: Editar. 1950.
- Kellner, Charles. *Overview Of Electroconvulsive Therapy (Etc) In Adults*. Uptodate, 2014.
- Kellner, Charles. *Technique For Performing Electroconvulsive Therapy (Ect) In Adults*. Uptodate, 2014.
- Luna Maldonado, Aurelio. "Problemas Médico Legales Del Manejo De La Historia Clínica". *Revista Latinoamericana V*, (2000).
- Martínez Hernández, Juan. *Historia Clínica*. Murcia: Hospital Santa María De Rosell., 2006.
- Meincke, María José. *La Mala Praxis Médica, Relaciones Entre Ética, Derecho Y Medicina*. Buenos Aires: Ediciones Ad.Hoc, 2001.
- Méndez, Juan E. *Informe Del Relator Especial Sobre La Tortura Y Otros Tartos O Penas Cruelles, Inhumanos O Degradantes*. Asamblea General De Las Naciones Unidas. 2013.
- Mejía, Ruby. *Guía Para La Elaboración De Historia Clínica De Psiquiatría*. Pereira: Universidad Tecnológica De Pereira. 2013.
- Miles, Steven H. *Doctors Complicity With Torture*. Minneapolis: The Bmj, 2008.
- Ministerio De Salud Pública Del Ecuador. *Plan Estratégico Nacional De Salud Mental 2015-2017*. 2014.
- Ministerio De Salud Pública Del Ecuador. *Msp Explica El Art 146 Del Coip*. [Http://www.salud.gob.ec/msp-explica-el-art-146-del-coip/](http://www.salud.gob.ec/msp-explica-el-art-146-del-coip/) (Acceso:02/9/2015).

- Mir Puig, Santiago. *Estado, Pena Y Delito*. Buenos Aires: B De F Ltda. 2006.
- Montanelli, Norberto. *Responsabilidad Criminal Médica*. Buenos Aires: García Alonso, 2005.
- Montero, Francisco. *Derechos De Los Enfermos Mentales*. San José: Revista Latinoamericana De Derecho Médico Y Medicina Legal, 2011.
- Naciones Unidas. *Convención Internacional Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad*. 2008.
- Naciones Unidas. *Convención Internacional Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad*. [Http://Acnudh.Org/2011/12/Hoja-Informativa-Convencion-Internacional-Sobre-Los-Derechos-De-Las-Personas-Con-Discapacidad/](http://Acnudh.Org/2011/12/Hoja-Informativa-Convencion-Internacional-Sobre-Los-Derechos-De-Las-Personas-Con-Discapacidad/). (Acceso: 08/7/15)
- Organización Mundial De La Salud. *Constitución De La Organización Mundial De La Salud*. 1946.
- Organización Mundial De La Salud. *Clasificación Internacional De Enfermedades Cie-10*. 1992.
- Organización Mundial De La Salud. *Informe Sobre La Salud En El Mundo*. Ginebra: Maqueta De Gráficos. 2001.
- Organización Mundial De La Salud. *La Salud Mental En Las Américas: Nuevos Retos Al Comienzo Del Milenio*. Washington D.C.: Oms. 2001
- Organización Mundial De La Salud. *Invertir En Salud Mental*. Ginebra: Tushita Graphic Vision. 2004.
- Organización Mundial De La Salud. *Conjunto De Guías Sobre Servicios Y Políticas De Salud Mental: El Contexto De La Salud Mental*. Asturias: Editores Médicos, S.A. Edimsa, 2005
- Organización Mundial De La Salud. *Conjunto De Guías Sobre Servicios Y Políticas De Salud Mental: Legislación Sobre La Salud Mental Y Derechos Humanos*. Asturias : Editores Médicos, S.A. Edimsa, 2005.
- Organización Mundial De La Salud. *Manual De Recursos De La Oms Sobre Salud Mental, Derechos Humanos Y Legislación*. Ginebra: Oms, 2006.
- Organización Mundial De La Salud. *Informe Sobre El Sistema De Salud Mental En El Ecuador, Iesm-Oms*. 2008.

- Organización Panamericana De La Salud. *Salud Mental Y Derechos Humanos: Vigencia De Los Estándares Internacionales*. Buenos Aires: Ops, 2009.
- Organización Mundial De La Salud. *Criterios Médicos De Elegibilidad Para El Uso De Anticonceptivos*. Cuarta Edición. 2009.
- Organización Mundial De La Salud. *Informe Mundial Sobre La Discapacidad*. Malta: Biblioteca Biblioteca Oms. 2011.
- Organización Mundial De La Salud. *Plan De Acción Sobre Salud Mental 2015-2020*. Washington D.C.: Biblioteca Oms. 2014.
- Organización Panamericana De La Salud. *Estrategia Y Plan De Acción Sobre Salud Mental*. Washington D.C.: Biblioteca Oms. 2009.
- Oviedo Garzón, Stalin. *Medicina Legal*. Loja: Universidad Técnica Particular De Loja. 1997.
- Pasquel Zambrano, Adolfo. "Deber Objetivo De Cuidado: Análisis Jurídico Del Art. 146 Del Coip". *Revista Judicial Derecho Ecuador*. (2014).
- Puig, Mir. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Ed. Edit. Bosch. 1996.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 23.ª edición. Madrid: Espasa Libros. 2014.
- Riera, Carlos. "Innecesario, peligroso e ilegítimo." *El Mercurio*. 30/01/2014.
- Rodley, Nigel S. *The Treatment of Prisoners under International Law*. Great Britain: Oxford. 1999.
- Rodríguez Salguero, Gloria L. *La Confidencialidad en el ámbito de la Salud y sus valores implícitos: Secreto, Intimidad y Confianza*. Bogotá D.C.: Universidad del Bosque. 2009.
- Román Márquez, Álvaro. "El Delito Imprudente en la Mala Práctica Profesional". *Código Orgánico Integral Penal: Hacia su mejor comprensión y aplicación*. Ramiro Ávila Santamaría. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2015.
- Rosenthal, Eric y Sundram, Clarence. *La Importancia de los Derechos Humanos Consagrados Internacionalmente en la Legislación Nacional sobre Salud Mental*. Ginebra: OMS, 2004.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas. 2006.
- Ruiz, Wilson. *La Responsabilidad Médica en Colombia* Bogotá: ECOE Editores, 2008.

- Salas Parra, Nicolás. "El Esquema del Delito en el Código Orgánico Integral Penal". *Código Orgánico Integral Penal: Hacia su mejor comprensión y aplicación*. Ramiro Ávila Santamaría. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2015.
- Salaverry, Oswaldo. *La Piedra de la Locura: Inicios Históricos de la Salud Mental*. Lima: Revista Peruana de Medicina Experimental. 2012.
- Silva Sánchez, Jesús María. El Delito de Omisión. Concepto y sistema. Buenos Aires: B de F. 2003.
- Soria, Juan Manuel. *La omisión en el sistema penal*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica. 2009.
- Tamayo Martínez, Jaime. "La Relación Médico Paciente y la Mala Praxis Médica". *Revista Novedades Jurídicas IV*, Quito: Ediciones Legales. (2007).
- Terragni, Marco Antonio. *Delitos de Omisión y Posición de Garante en Derecho Penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2011.
- Tess Av, Smetana. *Medical evaluation of patients undergoing electroconvulsive therapy*. New York: Engl J Med. 2009.GW.
- Valencia Pinzón, Giovanni. "La Lex Artis". *Revista Médico Legal*. Año VII 3ra. ed. Bogotá: 2001.
- Vásquez, Javier. "Salud Mental u Derechos Humanos. Vigencia de los Estándares Internacionales". *Derecho internacional como un instrumento esencial para la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad mental y sus familiares en el contexto del Sistema Europeo e Interamericano de Derechos Humanos*. Buenos Aires: OPS., 2009.
- Victorian Government Department Of Human Services. *Electroconvulsive Therapy*. Melbourne: State Government Victoria. 2008.
- Vidal Palao, Diego. *La Entrevista Clínica Psiquiátrica*. Barcelona: Corporació Sanitària i Universitària Parc Taulí. 2009.
- Wezel, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal*. Barcelona: Trad. Cerezo Mir. 1964.
- Whashington College Of Law. *Torture in Healthcare Settings: Reflections on the Special Rapporteur On Torture's 2013 Thematic Report*. Whashington : American University. 2013.
- Zaffaroni, Eugenio R. *Manual De Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Goiar. 2005.
- Zaffaroni, Eugenio R. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar. 2000.

Zavala Egas, Jorge. "La Imputación Objetiva en el Código Orgánico Integral Penal". *Código Orgánico Integral Penal: Hacia su mejor comprensión y aplicación*. Ramiro Ávila Santamaría. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2015.

2. Jurisprudencia

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de Julio de 2006. Serie C No. 149.

Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007.

3. Plexo normativo

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre 2008.

Código de Ética Médica. Registro Oficial 5 de 17 de agosto de 1992.

Código Orgánico Integral Penal . Suplemento del Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

Ley Orgánica de Discapacidades. Suplemento del Registro Oficial 796 de 25 de septiembre de 2012.

Ley Orgánica de Salud. Suplemento del Registro Oficial 423 de 22 de diciembre de 2006.

Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades. Suplemento del Registro Oficial 145 de 17 de diciembre de 2013.

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud. Registro Oficial 9 de 28 de enero de 2003.