

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**El Derecho Sanitario desde la promoción de la salud en la
actividad trasplantológica.**

Saúl Patricio Ortiz Guzmán

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de
Abogado

Quito, 19 de noviembre de 2021

© DERECHOS DE AUTOR

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

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

Nombres y apellidos: Saúl Patricio Ortiz Guzmán

Código: 00200402

Cédula de identidad: 1718012386

Lugar y fecha: Quito, 19 de noviembre de 2021

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**EL DERECHO SANITARIO DESDE LA PROMOCIÓN DE LA SALUD EN LA ACTIVIDAD
TRASPLANTOLÓGICA¹.**

HEALTH LAW THROUGH THE PROMOTION OF HEALTH IN TRANSPLANTOLOGY ACTIVITY.

Saúl Patricio Ortiz Guzmán²

saulortiz567@gmail.com

RESUMEN

En Ecuador la discusión sobre la autonomía, especialidad y dinamismo del derecho sanitario ha sido escasa, por eso, el presente trabajo expone un análisis bibliográfico en torno a las instituciones de relevancia para el derecho sanitario. Con ese objetivo, se investigaron las teorías que sustentan la naturaleza jurídica, el objeto, clases de actos y principios, para luego llevarlos al campo de estudio de la donación y trasplante de órganos, tejidos y células en el derecho ecuatoriano. Materia en la que el principio de promoción de la salud se vuelve determinante al momento de llevar a la práctica una donación de órganos voluntaria, gratuita y altruista. Finalmente, se expondrán datos que reflejen, que la deficiencia en la promoción de la salud en el área de donación y trasplante responde a razones de incentivos, inseguridad laboral, desconocimiento de normativa aplicable y el desconocimiento de la relación horizontal entre paciente, médico y Estado.

PALABRAS CLAVE

Derecho Sanitario, Promoción de la salud, Acto médico.

ABSTRACT

In Ecuador, the discussion related to the autonomy, specialty and dynamism of health law has been scarce, which is why, in this paper, a bibliographic analysis of the relevant institutions involved in health law is presented. To this purpose, the theories that support the legal nature, its object and type of acts and principles were investigated, to bring them in to the field of study related to the donation and transplantation of organs, tissues and cells in Ecuadorian law. In this context, the principle of health promotion becomes determinant for the implementation of a voluntary, free, and altruistic organ donation. Finally, data will be provided to demonstrate that the deficiency in health promotion in the field of donation and transplantation is due to reasons such as incentives, job insecurity, ignorance of the applicable regulations and ignorance about the horizontal relationship that exists between the patient, the doctor and the state.

KEY WORDS

Health Law, Health Promotion, Medical practice.

Fecha de entrega: 19 de noviembre de 2021

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2021

¹Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Mauricio Maldonado Muñoz

² © 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 en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DE LA CUESTIÓN.- 3. MARCO NORMATIVO.- 4. MARCO TEÓRICO.- 5. DESARROLLO.- 5.1. EL ACTO MÉDICO DENTRO DEL DERECHO SANITARIO.- 5.2. LEX ARTIS ENFOCADA A LA PRÁCTICA MÉDICA.- 5.3. LA PROMOCIÓN DE LA SALUD DENTRO DEL DERECHO SANITARIO.- 5.4. DATOS Y ESTADÍSTICAS RELACIONADAS CON LA PROMOCIÓN DE LA SALUD EN DONACIÓN Y TRASPLANTE ÓRGANOS EN ECUADOR.- 6. CONCLUSIONES.

1. Introducción

En Ecuador, el estudio y análisis sobre el derecho sanitario es escaso. Esta ‘nueva rama del derecho’, ha nacido a partir de la existencia de complejos procedimientos quirúrgicos –como el trasplante– que han debido vérselas, por ello, con una óptica jurídica. Tratar de entender su origen, naturaleza, fuentes y principios, características, derechos y obligaciones, implica emprender en el estudio de un área del derecho que hasta hace unos años era entendida como integrada solo por normas de carácter civil, penal y administrativo³.

Rafael Aguiar Guevara, señala que el derecho sanitario debe entenderse como:

El conjunto de normas jurídicas y los preceptos éticos y morales, de carácter público y privado, que regulan no solamente la actividad de los proveedores de los servicios de salud (trabajadores y las instituciones) en relación con el derecho de la sociedad en materia de salud y atención médica, sino también relacionado con la reglamentación de la salud pública a través de las directrices y políticas necesarias; así como el control universal de la difusión de enfermedades que pudieran comprometer el bienestar individual de los miembros de la sociedad, sin discriminación, y donde al salud de la comunidad prevalece sobre el interés individual⁴.

De esta definición, podríamos decir que el derecho sanitario tiene amplia relación con áreas como el derecho laboral –trabajadores– y administrativo – políticas públicas –. A pesar de ello, a diferencia de otras materias ‘tradicionales’, el fenómeno de la codificación, estudio y promoción, han llegado de forma aproximada e incluso defectuosa.

Lo anterior, trajo consigo la formación de una legislación sanitaria que sistematiza, al menos tendencialmente, las normas que regulan, en términos generales, los componentes del derecho sanitario –objeto, principios, clases de actos–, y que están dispersos en todo el ordenamiento jurídico⁵.

³Ver, Rafael Aguiar Guevara, *Tratado de Derecho Médico*, tercera edición, vol. 1 (Quito: ONI-Grupo Editorial, 2015), (énfasis añadido).

⁴ *Ibidem*, 118.

⁵ Edmundo Pino Andrade y Raúl Pino Andrade, “Legislación o Derecho médico en el Ecuador”, en *Modelo para la implementación de un sistema de trauma, emergencia y cuidado intensivo quirúrgico*, (Azuay:

Pero contrario a una legislación médica, el derecho sanitario, en función de sus características, necesita de una sistematización y estudio de sus contenidos por parte de abogados, jueces y particulares. Entre sus principales características encontramos: 1) el dinamismo. 2) la especialidad. 3) la autonomía.

El derecho sanitario es dinámico porque las ciencias de la salud siempre están en constante desarrollo. El saber del médico, gracias a las nuevas tecnologías y procedimientos –como el trasplante–, es siempre cambiante. Es por eso que las normas que regulan el ejercicio de los profesionales de salud deben estar en constante desarrollo manteniéndose informado de los avances médicos⁶.

Adicionalmente, este derecho es especial debido a que las normas que lo regula presentan un amplio contenido ético y moral; donde los convenios particulares –regulados por normas de carácter civil– o normas de carácter punitivo, son insuficientes para abordar un conflicto sanitario. Es por ello, que se requiere de amplios conocimientos en todas las áreas del derecho con las cuales el derecho sanitario se relaciona⁷.

Finalmente, el derecho sanitario es autónomo porque posee fuentes propias⁸. Esto hace que no dependa de otro derecho para su existencia. Incluso, este derecho contiene sus propias normas orientadas a la regulación de la salud, las cuales son desarrolladas y aplicadas por los órganos delegados para ello⁹.

Desafortunadamente, las características mencionadas generan problemas al momento de sistematizar y estudiar los contenidos del derecho sanitario. Por ejemplo, la dispersión generada por el dinamismo de este derecho, desde una óptica económica, puede afectar a la eficiencia asignativa de recursos, entendida como la asignación en el sentido de pareto, donde se deja mejor a unos sin empeorar a otros.

Un ejemplo claro, que se explica a detalle en los últimos acápite, es el caso de la certificación de la muerte encefálica a cargo de la unidad de trasplantes de cada hospital acreditados con un ‘programa de trasplantes’¹⁰; donde el desconocimiento sobre la naturaleza

Universidad del Azuay Casa Editora, 2018), 139 - 150. Disponible en: <http://publicaciones.uazuay.edu.ec/index.php/ceazuay/catalog/book/12>, (última revisión: 15/11/2021).

⁶ Rafael Aguiar Guevara, *Tratado de Derecho Médico*, tercera edición, vol. 1, 2015.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Revisar Grafico No. 1: Fuentes del Derecho Sanitario, 14.

⁹ Rafael Aguiar Guevara, *Tratado de Derecho Médico*, tercera edición, vol. 1.

¹⁰ Revisar Grafico No. 6: Programas de trasplante, 27.

de la certificación genera que a pacientes con muerte encefálica se les siga administrando fármacos que podrían ser utilizados en otros pacientes.

Desde una óptica jurídica, se genera un problema frente a la ausencia de conocimientos médicos específicos, que afecta a la actividad de jueces y abogados al momento de resolver una controversia sanitaria que exige la aplicación de conocimientos médicos. Conocimientos que deben ser socializados mediante la promoción de la salud para establecer puntos de conexión entre la óptica jurídica y la óptica médica.

Otro problema es expuesto por José Vara quien sostiene que, en un sistema jurídico, la falta de protección legal del quehacer médico en la mayoría de sus ámbitos refleja un problema de seguridad jurídica¹¹, obligando al personal sanitario a optar por una actuación orientada hacia una medicina defensiva por la incompreensión de la labor médica¹².

En ese sentido, Rafael Aguiar Guevara expresa su preocupación con respecto al artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, COIP, caso en el que el legislador ha dejado un criterio prudencial al juez, y este, a su vez, suelen confiar en peritos que analizaran los casos de mala práctica médica, haciendo que la absolución o condena, puedan verse influenciadas por las diversas corrientes científicas médicas que dependen de cada tiempo y lugar, y sobre las cuales el perito desarrollara su informe¹³.

Respecto a este tema se ha discutido muy poco, teniendo en cuenta que existe un antecedente de regulación al ámbito de aplicación del derecho sanitario, la Ley de Ejercicio Profesional de Médicos Anestesiólogos. Dicho desconocimiento, ha generado que el derecho sanitario como rama dinámica, especial y autónoma de derecho, sea regulado, por lo general, bajo normas de carácter civil o penal, estableciéndose la siguiente pregunta orientada hacia el derecho sanitario: ¿Cuál es la naturaleza e importancia de la aplicación de la promoción de la salud en el área de donación y trasplante de órganos, tejidos y células?

La metodología utilizada para el desarrollo es de tipo doctrinaria y dogmática, por lo que, en términos generales, se busca desarrollar un análisis bibliográfico en torno a las instituciones sobre las que versa el derecho sanitario y el ordenamiento jurídico para transmitir

¹¹ José Manuel Vara González, “Aspectos éticos y jurídicos del trasplante de órganos. La especialidad de la donación en asistolia”, *ILEMATA*, 23 (2017), 129-157. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5836128>, (última revisión: 19/10/2021).

¹² Ver, Rafael Aguiar Guevara, *Tratado de Derecho Médico*, tercera edición, vol. 1, 47

¹³ Rafael Aguiar Guevara, *Tratado de Derecho Médico*, tercera edición, vol. 1, 465.

el conocimiento y utilización de los cuerpos normativos que comprende la materia en cuestión.

Por lo mencionado, el presente artículo pretende exponer la realidad de la aplicación de la promoción de la salud en el área de la donación y trasplante de órganos, células y tejidos en Ecuador, mediante la introducción de los actos médicos y la *lex artis* médica. Posteriormente, se establecerán la relación entre los términos mencionados con la actividad trasplantológica. Por último, se dará respuesta a la pregunta de investigación analizando la importancia y eficiencia con la que se aplica la promoción de salud en Ecuador.

2. Marco Normativo

El derecho sanitario, su ámbito de aplicación –actos médicos– y costumbres –la *lex artis* médica–, son conceptos sobre los cuales la normativa internacional y nacional, han empezado a discutir; y lo podemos encontrar en la legislación colombiana, española e incluso alemana. Ya se ha mencionado que el derecho sanitario y su contenido cuentan con una amplia dispersión; su objeto, conceptos y principios se encuentran contenidos dentro de varios cuerpos normativos, lo cual responde al dinamismo que posee este derecho¹⁴.

En la base del derecho sanitario encontramos algunos de los derechos fundamentales más importantes: la vida, la salud y la seguridad de las personas. Todos estos derechos se encuentran reconocidos por diferentes actos normativos, incluso en aquel documento –en cierto sentido fundacional del constitucionalismo contemporáneo¹⁵– con pretendida validez universal que es la declaración universal de los derechos humanos, ratificada por el Estado ecuatoriano el 10 de diciembre 1948¹⁶,

En concordancia, La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, se ha encargado de abordar los principios éticos de la profesión médica mediante la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, ratificada por el Estado ecuatoriano el 19 de octubre del 2005. En ella, dichos principios se

¹⁴ Rafael Aguiar Guevara, *Tratado de Derecho Médico*, tercera edición, vol. 1.

¹⁵ Ver, Maldonado Muñoz, M, “Por una genealogía de la constitución”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, XX, (2020), 165-191. Disponible en: https://www.academia.edu/44961749/Por_una_genealog%C3%ADa_de_la_constituci%C3%B3n , (última revisión: 14/11/2021).

¹⁶ Declaración universal de Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948, ratificada por el Ecuador el 10 de diciembre de 1948.

presentan como regulando el ámbito del derecho médico con base en varios de los adelantos en aspectos sociales, ambientalistas, jurídicos y tecnológicos¹⁷.

Dentro del derecho interno, la Constitución de la Republica del Ecuador, CRE, reconoce el derecho a la vida y a la salud, ejes centrales sobre los cuales gira el derecho sanitario y todos los actos médicos que comprende. En ese sentido, el Estado ecuatoriano se ha encargado de la regulación de aspectos referentes al derecho sanitario en diferentes normas que se pondrán a consideración a lo largo de este trabajo¹⁸.

En ese sentido, la Ley Orgánica de la Salud, LOS, en el título III, sobre los trasplantes de órganos, tejidos y disposición de cadáveres, habla sobre el control de la actividad –actos médicos– de los profesionales implicados en los procesos trasplantológicos. Todo con el fin de regular las acciones que aseguran al objeto del derecho sanitario: la salud y la vida¹⁹.

Enfocándonos en el trasplante, la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, en resumen, se encarga de regular y promover el derecho a la salud dentro de la actividad relacionada con el trasplante. Incluso hace alusión a los actos médicos propios del análisis del Derecho Sanitario²⁰, pero no hace referencia alguna al acto médico trasplantológico²¹.

Por último, encontramos el Código de Ética Médica, que tiene como objetivo el servir como un instrumento ético-jurídico que regule la amplia gama de actividades del médico; estableciendo derechos, deberes y obligaciones dentro de la relación diada que existe entre médico y paciente. Siendo esta la norma con mayor acercamiento a una regulación y estudio formal del derecho sanitario como eje de análisis de la actividad médica y su ejercicio²².

¹⁷ Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, París, 19 de octubre de 2005, ratificada por el Ecuador el 10 de diciembre de 1948.

¹⁸ Constitución de la Republica del Ecuador, [CRE], R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

¹⁹ Ley Orgánica de la Salud, [LOS], R.O. Suplemento 423, 22 de diciembre de 2006, reformada por última vez R.O. Segundo Suplemento 353, 23 de octubre de 2018.

²⁰ Art. 22, LOS.

²¹ Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, R.O. 398, 04 de marzo de 2011, reformada por última vez R.O. Segundo Suplemento 31, 07 de julio 2017.

²² Código de Ética Médica, R.O. 5, 17 de agosto de 1992.

3. Estado de la cuestión

Desde un punto de vista metafórico, hay quien sostiene que, en el relato bíblico de la creación, se realizó mediante dos tipos – metafóricamente hablando – de ‘actos médicos’²³: El ‘soplo divino’ –engendrar vida, darla a luz– y el ‘trasplante’ de la costilla de Adán a Eva. Se cuenta, por lo demás, que Cosme y Damián –santos de la iglesia y patronos de los médicos–, realizaron el primer trasplante de pierna a Justiniano.

Rafael Aguiar-Guevara señala algunos antecedentes del moderno derecho sanitario, que puede hallarse, incluso, en la época mesopotámica, pasando por el periodo griego y romano, y luego regulado en las áreas del derecho civil –dentro del contrato de prestación de servicios médicos– y derecho penal –en la mala práctica médica– del ordenamiento jurídico de cada país²⁴.

En ese sentido, Juan Carlos Bello considera que la realidad de este derecho sanitario y sus actos médicos, especiales y escasamente estudiados, se regulan bajo normas civiles, penales o administrativas²⁵, que como se verá, solo constituyen fuentes generales del derecho sanitario.

En cuanto al origen de los actos médicos, Octavio Casa Madrid sostiene, que la primera definición formal en el derecho sobre los actos médicos es de origen penal y se le atribuye Carlos Stoss, quien sostiene que es: “La acción beneficiosa para la salud de la persona, ejercida sobre su cuerpo”²⁶. Concepto que, como veremos más adelante, confunde y asimilaba el acto médico a un tratamiento médico, conceptos que son parcialmente distintos.

Ataz López, en efecto, distingue los tratamientos médicos de los actos médicos en general. A esos efectos, se aprecia que los tratamientos médicos se encuentran dentro de la definición de actos médicos, cuando expone y aclara que dichos actos son:

El conjunto de actos, operaciones o tareas propias, desarrolladas por los médicos y demás profesionales sanitarios, que normalmente tienen lugar sobre el cuerpo humano y que tienden, directa o

²³ Octavio Casa Madrid, “El acto médico y el derecho sanitario”, *CONAMED*, 10.1 (2005), 16-23. Disponible en: <file:///D:/Evaluaci%C3%B3n%20Int/referen/Referencia%20Dialnet/21.%20El%20acto%20medico%20y%20el%20derecho%20sanitario.pdf>, (última revisión: 19/10/2021).

²⁴ Rafael Aguiar Guevara, *Tratado de Derecho Médico*, tercera edición, vol. 1, 2015.

²⁵ Juan Bello, “Derecho Médico”, en *Derecho Médico*, (Santiago: Rubicón Editores, 2021), 17-45. Disponible en: https://falmed.cl/falmed/site/docs/20210407/20210407160823/libro_falmed.pdf, (última revisión: 19/10/2021).

²⁶ Octavio Casa Madrid, “El acto médico y el derecho sanitario”, *CONAMED*, 2005.

indirectamente, a la conservación, mejora y, en general, promoción de las condiciones de la salud humana, individual o colectiva, en todas sus facetas, físicas, psíquicas y sociales²⁷.

De dicha definición se desprenden elementos y principios del derecho sanitario; sobre los culés, Leny Jojoa señala, que merecen un estudio que aporte a la implementación de planes de acción, para disminuir potenciales riesgos en la relación médico-paciente²⁸. Preocupación que nace de los estudios a nivel internacional y nacional, sobre el alza en los procesos jurídicos relacionados con la profesión médica²⁹.

Beltrán E., Araque F. y Molinares C., analizando el impacto del COVID-19 en el contexto social, resaltan que el problema de salud que existe a nivel mundial se generó por falta de precedentes y respuestas certeras ante el conjunto de limitaciones que trajo el virus para el sujeto humano. Limitaciones que afectaron a la vida, salud, empleo y derechos humanos de gran parte de la población. Por lo que es necesario aclarar la dimensión jurídica de los diferentes actos médicos³⁰.

En esa línea, Rafael Aguiar Guevara señala la existencia de un conflicto generado entre una ‘óptica médica’ y una ‘óptica jurídica’ por la falta de integración entre ambas materias. Resaltando su preocupación sobre el alza de demandas medicas civiles y penales, en un contexto en el que la óptica medica choca con la óptica jurídica³¹. Adicionalmente el autor citado, resalta el conflicto mediante un ejemplo:

[...] un joven de 16 años de edad, quien va a ser intervenido de una hernia inguinal derecha; no presenta antecedentes patológicos a excepción de [...] la propia patología causa de la intervención quirúrgica en cuestión. Dicho paciente no tiene antecedentes personales ni familiares de enfermedades cardiovasculares de ningún tipo [...] a quien se le piden exámenes de rutina preoperatoria. [...] Clasificado como de riesgo mínimo de acuerdo con la Clasificación ASA [...], y la de Goldman para riesgo operatorio, no presentando antecedentes cardiovasculares. Con base en algún criterio nacional e internacional, no se pidió ni practicó examen cardiovascular preoperatorio. Durante la

²⁷ Carlos Tena Tamayo y Octavio Casa Madrid Mata Aguiar Guevara, *Medicina asertiva, acto médico y derecho sanitario*, (México D. F.: Editorial Alfíl, 2009), 66. Disponible en: <https://elibro-net.ezbiblio.usfq.edu.ec/es/ereader/usfq/72765?page=1>, (última revisión: 20/10/2021)

²⁸ Leny Andrea Jojoa Pinchao, *Elementos del Derecho Medico*, (Cali: Universidad Santiago de Cali, 2020), 6-9. Disponible en: <https://repository.usc.edu.co/bitstream/handle/20.500.12421/5081/ELEMENTOS%20DEL%20DERECHO%20M%20C3%89DICO.pdf?sequence=3&isAllowed=y>, (última revisión: 19/10/2021).

²⁹ Ver, Rafael Aguiar Guevara, *Tratado de Derecho Médico*, tercera edición, vol. 1, 5-9.

³⁰ Elisama Beltrán de la Rosa, Francis Araque Barboza y Carmen Molinares Brito, “Coronavirus: el acto médico desde lo jurídico y los derechos humanos en Colombia”, *Revista Internacional de Filosofía y Teoría Social*, 8 (2020), 183-194. Disponible en: <file:///D:/Evaluaci%C3%B3n%20Int/referen/Referencias%20SCOPUS/5.%20Coronavirus%20el%20acto%20m%C3%A9dico%20desde%20lo%20jur%C3%ADdico%20y%20los%20derechos%20humanos%20en%20Colombia.pdf>, (última revisión: 19/10/2021).

³¹ Rafael Aguiar Guevara, *Tratado de Derecho Médico*, tercera edición, vol. 1.

intervención quirúrgica el paciente presenta, súbitamente, una bradicardia severa con arritmia ventricular; a pesar del diligente cuidado y medidas tomadas por el anesthesiólogo, el paciente fallece sin poder determinarse en el momento cusa alguna aparente de muerte. Los familiares denuncian el caso ante los tribunales penales, ratificando posteriormente su acusación contra el medico anesthesiólogo a quien señalan responsable de la muerte del paciente por mala práctica médica³².

Desde una óptica médica, el médico anesthesiólogo fue diligente al momento de solicitar los exámenes preoperatorios, cumpliendo con las normas y practicas aceptadas por la profesión. Sin embargo, la óptica jurídica sostiene la existencia de una relación de causalidad entre la operación y muerte del paciente, sobre la base de, si la causa de muerte fue un paro cardiaco y que las enfermedades cardiovasculares son la mayor causa de muerte súbita según peritos, al paciente se le debió practicar una prueba de ese tipo debido a su importancia³³.

Pero este conflicto no ha hecho más que acrecentar el fenómeno de la medicina defensiva. El medico al verse enfrenado a un conflicto similar al mencionado, podría, en favor de sus intereses, no escatimar en la solicitud de exámenes a los pacientes, aun si estos son o no necesarios para el diagnóstico; lo cual aplica a todas las ramas del ejercicio médico y por ende influye en la en la relación médico-paciente.

4. Marco Teórico

Desde el siglo XIX, existe la teoría de que las relaciones médico-paciente, y los actos dentro del derecho sanitario, deben ser analizadas bajo una óptica civil o penal. Para el derecho civil, estas relaciones nacen del consentimiento y generan obligaciones de tipo contractual o extracontractual. Por su parte, el derecho penal con el fin de precautelar bienes jurídicos protegidos tipifica delitos culposos o dolosos del ejercicio médico³⁴.

En contraposición, nace la teoría de un derecho sanitario autónomo, especial y dinámico. Autónomo, porque a pesar de tener relación con otras ramas del derecho, esta nueva rama posee fuentes propias y reglas orientadas al control de la salud³⁵. Especial, porque se debe tener conocimiento en el área del derecho y la medicina, para aplicarse en un caso en concreto. Dinámico, en el sentido de que su desarrollo está ligado a las nuevas tecnologías y

³² Rafael Aguiar Guevara, *Tratado de Derecho Médico*, tercera edición, vol. 1, 15-16.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*, 90-95.

³⁵ *Ver, Ibidem*, 111-114.

procedimientos diagnósticos, terapéuticos e investigativos; por ejemplo, el desarrollo de inmunosupresores que reducen el peligro de rechazo del órgano³⁶.

En ese contexto, el derecho sanitario no cuenta con un estudio formal dentro del derecho ecuatoriano y se debe a un conflicto entre una ‘óptica médica’, como la que todos los médicos avalan y son prácticas reiteradas conforme la *lex artis*; y una ‘óptica jurídica’, como aquella que analiza hechos y aplica criterios de culpa virtual ante la lógica jurídica. En los que se presentan problemas de interpretación de textos, valoración de determinados hechos y, más importante, como se analizará en los últimos epígrafes, en la garantía del derecho constitucional a la promoción de la salud³⁷.

Un ejemplo claro, en cuanto a la valoración de los actos, son las normas y estándares aplicados por las vetustas reglas del derecho civil, para determinar la responsabilidad contractual o extracontractual del médico³⁸. Sin embargo, las características de autonomía, especialidad y dinamismo son las que nos dan una guía para entender el derecho sanitario y los actos que demuestran dicho dinamismo: en especial, en lo que aquí importa, el acto médico trasplantológico

5. Desarrollo

5.1. El acto médico dentro del derecho sanitario

Dentro del análisis del derecho sanitario como rama dinámica, se encuentra una amplia gama de normas y conceptos desconocidos para médicos, abogados y jueces. Basta un simple análisis sobre su objeto, ámbito de aplicación –actos médicos– y fuentes, para entender que los profesionales relacionados con esta área están frente a un derecho autónomo.

En cuanto a su objeto, el derecho sanitario se encarga de proteger el derecho a la salud, derecho a la vida y el derecho a la integridad física; derechos que, al ser reconocidos dentro de la CRE, son la justificación constitucional sobre los cuales se ampara el derecho sanitario.

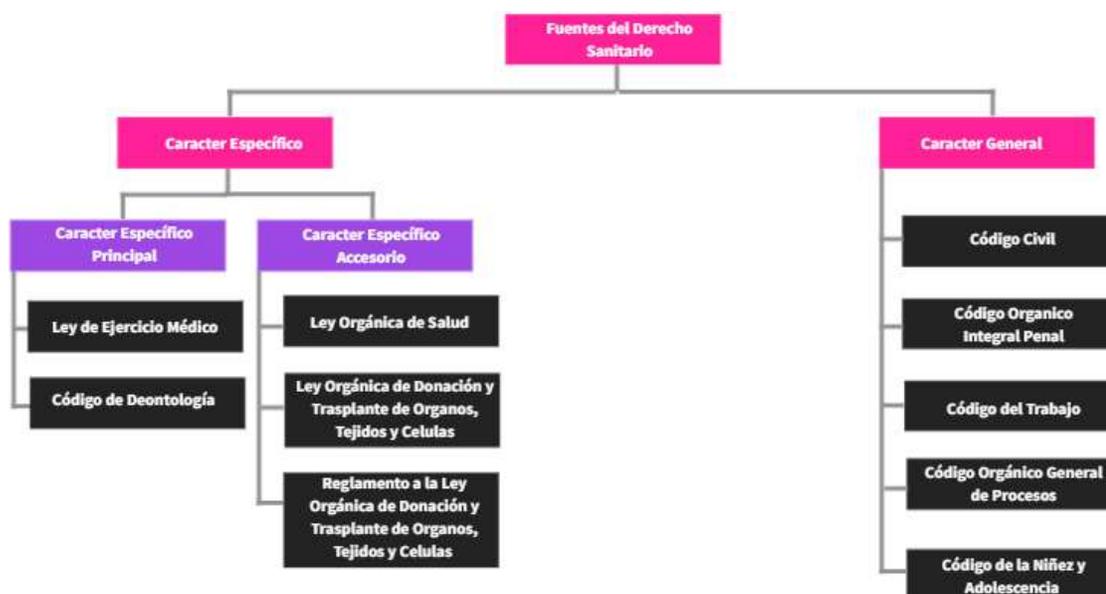
³⁶ Ingrid Brena, “Reflexiones jurídicas en torno a los sujetos que intervienen en un trasplante de órganos”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 105 (2002), 797-816. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1229222>, (última revisión: 19/10/2021).

³⁷ Art. 360, CRE, 2008.

³⁸ Octavio Casa Madrid, “El acto médico y el derecho sanitario”.

En cuanto a las fuentes, podemos encontrar normas de carácter específico y general. Con base a esa distinción se sostiene que el derecho sanitario es especial, al contar con normas especializadas para su área. Y es autónomo, por contar con una clasificación concreta de cuerpos normativos que nutren el derecho sanitario. Para ilustrar, existe una clasificación específica de cuerpos normativos en los cuales puede contenerse³⁹

Gráfico No. 1: Fuentes del Derecho Sanitario



Fuente: Elaboración propia a partir de Rafael Aguiar Guevara⁴⁰.

Enfocándonos en el ámbito de aplicación, el derecho sanitario estudia y regula la aplicación de los actos médicos. Ataz López, citado por Octavio Casa Madrid, define a los actos médicos como:

El conjunto de actos, operaciones o tareas propias, desarrolladas por los médicos y demás profesionales sanitarios, que normalmente tienen lugar sobre el cuerpo humano y que tienden, directa o indirectamente, a la conservación, mejora y, en general, ‘promoción’ de las condiciones de la salud humana, individual o colectiva, en todas sus facetas, físicas, psíquicas y sociales⁴¹.

De esta definición se podría argumentar que la forma en la que se entienden los actos que regula el derecho sanitario, es restrictiva y deberían llamarse actos sanitarios, porque es claro que el médico no es el único personal sanitario que se relaciona con la salud y la vida.

³⁹ Rafael Aguiar Guevara, *Tratado de Derecho Médico*, tercera edición, vol.1.

⁴⁰ *Ibidem*, 111-114.

⁴¹ Carlos Tena Tamayo y Octavio Casa Madrid Mata Aguiar Guevara, *Medicina asertiva, acto médico y derecho sanitario*, (México D. F.: Editorial Alfil, 2009), 66. Disponible en: <https://elibro-net.ezbiblio.usfq.edu.ec/es/ereader/usfq/72765?page=1>, (última revisión: 20/10/2021)

Tanto el actuar de odontólogos, psicólogos, fisioterapeutas, en si profesiones llamadas paramédicas⁴², influyen el objeto del derecho sanitario. Para solucionar esta confusión, se ilustra la clasificación de actos médicos:

Gráfico No. 2: Clasificación de los actos médicos



Fuente: Elaboración propia a partir de Juan Bello⁴³.

Por ejemplo, con base en esta clasificación, el actuar de un odontólogo por regla general es del tipo sanitario no médico, por no ser del tipo quirúrgica. Incluso, pueden existir actos que entren en varias de estas clasificaciones. Un ejemplo son los laboratorios médicos que por regla general realizan actos de apoyo para determinar un diagnóstico, pero también es un acto realizado por un centro de salud. Lo mismo sucede con los actos realizados en torno a la actividad de donación y trasplante, que como veremos es un área donde los actos médicos se observan de forma clara.

5.1.1. El acto médico trasplantológico

Al referirnos a este término es intuitivo pensar que este acto se encuentra dentro de los actos médicos propiamente tales, por ser de tipo quirúrgico y realizado por cirujanos. No obstante, el acto médico trasplantológico es un término amplio. Para entenderlo, primero se debe precisar lo que se entiende por donación de órganos y trasplante, para posteriormente analizar las referencias al acto médico trasplantológico dentro del ordenamiento jurídico.

⁴² Marcelo Rodríguez Molinero, Perfil general del Derecho médico, *Anuario de filosofía del derecho*, 12 (1995), 39-64. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142330> (última revisión: 24/10/2021)

⁴³ Juan Bello, "Derecho Médico", en *Derecho Médico*.

En primer lugar, en referencia a la donación, el Protocolo para el diagnóstico y certificación de la muerte encefálica define a la donación de órganos como el: “[...] hecho de dar órganos, tejidos o celular de un sujeto para ser aplicadas en otro sujeto, con la finalidad de curar, mejorar o prolongar la supervivencia del receptor”⁴⁴.

Complementando, la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, dicta que la donación de órganos debe ser un acto: a) altruista en la medida que refleja una atención desinteresada por otro sujeto. b) voluntario porque implica el no poder obligar a un sujeto a donar órganos, c) gratuito porque no admite compensación económica, d) solidario por ser un acto orientado a proteger el derecho a la salud de otro sujeto, f) transparente para promover el conocimiento de su contenido y fundamentos, g) intercultural porque debe orientarse en el respeto a la diversidad cultural, h) orientado en la bioética⁴⁵.

En segundo lugar, el trasplante es definido por la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células como un simple: “[...] reemplazo, con fines terapéuticos, de componentes anatómicos en una persona, por otros iguales y funcionales, provenientes del mismo receptor, de un donante vivo o cadavérico⁴⁶.” Pero el trasplante, al igual que el derecho sanitario, es dinámico, por lo que no puede encasillarse en un simple reemplazo⁴⁷.

La actividad trasplantológica, tiene dos momentos importantes. El primer momento, en donde se realiza la ablación –sustracción– de órganos, tejidos y células, es aquí donde la teoría de los bienes jurídicos cobra relevancia, para comprender que órganos se pueden sustraer y comercializar⁴⁸, por ejemplo, aquellos órganos, tejidos, células que pueda renovarse, se pueden sustraer libremente y comercializar; pero, en los no renovables, su comercialización y sustracción se encuentra limitada.

El segundo momento es donde se implanta el órgano, tejido o célula, del donador al receptor. Implantación que dependerá del tipo de donante que sea compatible con el receptor.

⁴⁴ Ministerio de Salud Pública del Ecuador, “Protocolo para el diagnóstico y certificación de muerte encefálica”, *Dirección Nacional de Normativización*, (2015).

⁴⁵ Art. 4, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, R.O. 398, 04 de marzo de 2011, reformada por última vez R.O. Segundo Suplemento 31, 07 de julio 2017.

⁴⁶ Art. 84, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, 2011.

⁴⁷ Ver, Rafael Aguiar Guevara, *Tratado de Derecho Médico*, tercera edición, vol. 2 (Quito: ONI-Grupo Editorial, 2015), (énfasis añadido).

⁴⁸ *Ibidem.* 1474.

Con base en ello, el trasplante posee regulación y practicas distintas cuando se trate de un donante cadavérico y un donante vivo, por ejemplo, entre ambos podemos encontrar trasplantes homólogos –entre una misma especie–, xenotrasplantes –entre diferentes especies–, alotrasplante –entre parientes–, entre muchos otros⁴⁹.

En cuanto a los actos médicos, en Ecuador existe un cuerpo normativo que de forma expresa regula el ejercicio de la actividad del médico, la Ley de Ejercicio Profesional de Médicos Anestesiólogos⁵⁰. Dicha ley representa un intento de armonización entre la óptica médica y óptica jurídica. Sin embargo, su corto desarrollo –comparado con la gran incertidumbre a la que se somete el acto médico– junto al hecho de que la ley se publicó hace 19 años, resaltan la falta de promoción y análisis de las materias propias del derecho sanitario.

Afortunadamente, la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células hace referencia a los actos médicos de una manera particular. La ley, al referirse a la acreditación profesional, introduce los actos médicos referidos al proceso de donación y trasplantes⁵¹; y, al referirse al trasplante a extranjeros de donante vivo, introduce los actos quirúrgicos de donación y/o implantación de órganos y tejidos⁵².

Si concatenamos esta información con la clasificación de actos médicos antes ilustrada, se podría hacer dos afirmaciones: a) Los actos médicos generados en el proceso de donación y trasplantes, hacen alusión a todos los actos médicos que se desarrollan dentro de la donación y trasplante, y b) Los actos quirúrgicos de donación y/o implantación de órganos y tejidos, son un ejemplo de actos médicos propiamente tales.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que –de manera implícita– se reconocen una gran cantidad de actos médicos desarrollados desde la perspectiva del trasplante, y que se generan desde la promoción, identificación de donantes, donación, extracción, preparación, almacenamiento, transporte, distribución y trasplante⁵³.

En esa línea, se sostiene que el acto médico trasplantológico es un término amplio y no solo comprende actos médicos de tipo quirúrgico. Por ejemplo, comprende actos médicos enfocados a cumplir con la promoción de la salud mediante el fomento de la cultura de

⁴⁹ Ver, *Ibidem.*, 1475.

⁵⁰ Art. 1, Ley de Ejercicio Profesional de Médicos Anestesiólogos, R.O. 676, 03 de octubre de 2002.

⁵¹ Art. 22, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células.

⁵² Art. 40, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células.

⁵³ Art. 1, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células.

donación y trasplante, y actos médicos enfocados a cumplir requisitos administrativos propios de la práctica trasplantológica, como lo es el llenar el formulario INDOT-PDC-01 para certificar la muerte encefálica⁵⁴.

Entonces, se podría decir que el ‘acto médico trasplantológico’ es el conjunto de actos, operaciones o tareas propias enfocadas a la donación y trasplante, que son desarrolladas por personal sanitario y que tienden directa o indirectamente a la promoción de la salud en materia de trasplantes, en el ámbito médico, jurídico y social.

5.2. Lex artis enfocada a la práctica médica

La historia demuestra que el análisis de los actos médicos y la diligencia que se emplea en ellos no es reciente. Juan Bello menciona que la *lex artis* médica era analizada en el Art 218 del Código de Hammurabi⁵⁵ – escrito hace más de 4 mil años – que describe una conducta típica y establece una sanción para casos de *dispraxis* médica, que viene a ser lo opuesto a la *lex artis*⁵⁶; concepto que puede traducirse como la Ley del Arte empleada por un profesional⁵⁷. En ese sentido, cabe hablar sobre su definición, criterios y donde está contenida.

Joan Monés Xiol, et al, lleva el término al área de la medicina y lo define como: “[...] el conjunto de normas profesionales, deontológicas y legales que regulan la actividad médica [...]”⁵⁸. De esta definición se extraen dos ideas: 1. La *lex artis* médica puede estar contenida en normas de carácter consuetudinario –normas profesionales–, éticas –normas deontológicas– y legales –ley de ejercicio médico–. 2. Ejemplifica como los conceptos del Derecho Sanitario pueden estar contenidas en varias fuentes.

En consonancia, Juan Bello menciona que dichas normas se refieren a: “aquella práctica médica generalmente –*inveterata consuetudo*– aceptada –*opinio iuris necessitatis*–,

⁵⁴ Ver, Ministerio de Salud Pública del Ecuador, “Protocolo para el diagnóstico y certificación de muerte encefálica”, *Dirección Nacional de Normativización* (2015), 46-47, (énfasis añadido)

⁵⁵ Art. 218, Código de Hammurabi, 1728. Disponible en: <https://www.guao.org/sites/default/files/biblioteca/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>, (último acceso: 19/10/2021)

⁵⁶ Juan Bello, “Derecho Médico”, en *Derecho Médico*.

⁵⁷ Rafael Aguiar Guevara, *Tratado de Derecho Médico*, tercera edición, vol.1.

⁵⁸ Jacinto Bátiz Cantera, Mariano Casado Blanco, Tomás Casado Gómez, María Castellano Arroyo, Luis Ciprés Casanovas, Eliseo Collazo Chao, Julio García Guerrero, Marcos Gómez Sancho, Antonio Labad Alquézar, Aurelio Luna Maldonado, Fernando Márquez Gallego, Juan Monés Xiol, Diego Murillo Solís, José Manuel Solla Camino y Enrique Villanueva Cañadas, *Manual de ética y deontología médica*, (Madrid: Organización Médica Colegial de España, 2012). Disponible en: <http://www.comteruel.org/documentos/ManualdeEtica.pdf>, (último acceso: 19/10/2021)

en un tiempo y lugar determinados, para un paciente en concreto”⁵⁹. Definición que resalta la dimensión consuetudinaria de la *lex artis* medica; e incluso otorga criterios que deberían tomarse en cuenta al momento de evaluar un acto médico con base en dicha práctica. Estos son:

Gráfico No. 3: Criterios de la Lex Artis



Fuente: Elaboración propia a partir de Juan Bello⁶⁰.

La *lex artis* medica – al igual que el Derecho Sanitario y sus fuentes – está contenida en varios documentos como protocolos, guías médicas, recientes publicaciones y la medicina basada en la evidencia. También podemos encontrarla dentro de principios éticos orientados a la medicina, por ejemplo, el ‘principio de promoción de la salud’. Inclusive la podemos apreciar dentro de la opinión de expertos médicos, que vendría a ser un símil a la labor de los doctrinarios dentro del derecho⁶¹. Todos aplicables al momento de evaluar actos médicos.

⁵⁹ Juan Bello, “Derecho Médico”, en *Derecho Médico*.

⁶⁰ *Ibidem*, 37-41.

⁶¹ *Ibidem*, 17 – 45.

Gráfico No. 4: Componentes de la Lex Artis



Fuente: Elaboración propia a partir de Juan Bello⁶².

En contraposición, Rafael Aguiar Guevara señala que evaluar y juzgar al personal sanitario por la violación u omisión de la *lex artis* médica es erróneo: los documentos, principios éticos y opiniones de expertos médicos varían conforme el tiempo, lugar y pacientes a aplicarse, por lo tanto, son ambiguos y no brindan certeza jurídica en comparación con normas de derecho positivo⁶³. El autor citado, ilustra un ejemplo:

En cardiología, específicamente en la enfermedad de tronco coronario izquierdo, un grupo de cardiólogos cree que la *lex artis* es la revascularización miocárdica o intervención inmediata a corazón abierto con implante coronario, mientras que otro grupo de cardiólogos asegura que tal intervención es demasiado riesgosa y es preferible y más confiable [...] la intervención mínima percutánea y colocación de Stent, o angioplastia coronaria transluminal percutánea. Pregunto: ¿Quién puede hablar aquí de *lex artis*?⁶⁴.

Pero, al comprar las normas de derecho positivo con los protocolos, guías, entre otros; el autor citado no hace más que enfrentar la dimensión consuetudinaria de la *lex artis* médica, con la dimensión legal de la misma. En ese sentido, es acertada la crítica que Rafael Aguiar Guevara realiza al artículo 146 del COIP⁶⁵; el cual otorga la facultad al juez penal –que poco

⁶² Juan Bello, “Derecho Médico”, en *Derecho Médico*.

⁶³ Rafael Aguiar Guevara, *Tratado de Derecho Médico*. tercera edición, vol. 1, 465.

⁶⁴ *Ibidem*, 461.

⁶⁵ *Ibidem*.

o nada conoce sobre conceptos médicos– para determinar la infracción al deber objetivo de cuidado con base en la inobservancia de la *lex artis* aplicable a la profesión.

A pesar de eso, la verdadera causa por la que la *lex artis* no debería ser aplicable en el Ecuador, es por la falta de una de las fuentes de carácter especial específico: la Ley de Ejercicio Médico, que se encarga de regular, junto con el código deontológico, los actos médicos, relaciones médico-paciente, derecho y obligaciones de los actores en el derecho sanitario, y las consecuencias que derivan de dicha relación⁶⁶.

Un factor que refuerza esta idea es que el autor realiza su crítica con base en una comparativa con el ordenamiento jurídico venezolano, que, a diferencia del ordenamiento ecuatoriano, posee tanto un Código Deontológico como una Ley de Ejercicio Médico, que viene a ser la norma de carácter positivo que solventa las inquietudes sobre la *lex artis*.

5.2.1. La *lex artis* aplicable al acto médico trasplantológico

La donación y trasplante de órganos posee sus propios protocolos, guías, principios y opinión de expertos. Es lógico intuir que el acto médico trasplantológico también cuente con normas que permitan guiar la actividad del personal sanitario dentro del proceso de donación y trasplante. A breves rasgos, la *lex artis* aplicable al acto médico trasplantológico se nutre de normas de carácter consuetudinario, ético y legal, que regulan la actividad del personal sanitario dentro del proceso de promoción, identificación, mantenimiento, evaluación, entrevista, cirugía de extracción y trasplante.

Pero antes de identificar la *lex artis* médica dentro de protocolos, normativas y principios, se advierte al lector, que en virtud de la materia a la que va direccionado el presente trabajo, la extensión y la complejidad que supondría explicar todos los conceptos médicos contenidos en dichos cuerpos, no se cuenta con un análisis exhaustivo de dichos contenidos.

Empezando por la dimensión legal, en el proceso de identificación de donante cadavérico, encontramos el Protocolo –fuente de la *lex artis*– para el diagnóstico y certificación de la muerte encefálica, que da recomendaciones para el diagnóstico, evaluación y certificación de muerte encefálica, a establecimientos de salud con servicios de cuidados intensivos y servicios de emergencia a nivel nacional⁶⁷.

⁶⁶ Rafael Aguiar Guevara, *Tratado de Derecho Médico*. tercera edición, vol. 1, 111.

⁶⁷ Ministerio de Salud Pública del Ecuador, “Protocolo para el diagnóstico y certificación de muerte encefálica”.

El protocolo en cuestión incluso contiene una fuente del tipo ‘opinión de experto’, cuando sostiene que: “[...] las pruebas diagnósticas instrumentales se utilizarán como coadyuvantes para casos específicos que requieran confirmación, mas no como requisito para el diagnóstico”⁶⁸. Uno de esos casos es la necesidad de la certificación de muerte encefálica mediante el formulario INDOT-PDC-01, para dar paso a medidas de mantenimiento para un posterior trasplante⁶⁹ y, en su defecto, para disminuir medidas de mantenimiento en caso de un no donante.

Sobre la dimensión deontológica, todos los actos médicos cuentan con el Código de Ética que sirve como referente ético para la actuación del gremio médico en general⁷⁰. En el código en cuestión, encontramos a la *lex artis* dentro del principio de promoción de la salud contenido en el artículo 5: “La ‘promoción de la salud’, la prevención de las enfermedades y rehabilitación médica y social son imperativos éticos de la profesión médica”⁷¹. Es decir, el principio de promoción de la salud como *lex artis* es aplicable al acto médico trasplantológico como parte del proceso de promoción.

Incluso, la promoción de la salud al encontrarse regulada en un cuerpo normativo de derecho positivo, que a su vez es fuente general específica del derecho sanitario, brinda mayor certeza y seguridad que cualquier otra fuente de la *lex artis*; dejando sin valor, en este caso en específico, la crítica hecha en su momento sobre la valoración de la *lex artis* para evaluar la actividad médica.

Como se verá en el quinto epígrafe, la aplicación del principio citado, en el acto médico trasplantológico –por las características de la donación de órganos⁷²– es determinante para garantizar el derecho de acceso a la salud de donantes y pacientes registrados en la ‘lista de espera única’, LUEN⁷³. Incluso, su aplicación en la práctica garantiza el derecho a recibir

⁶⁸ Ministerio de Salud Pública del Ecuador, “Protocolo para el diagnóstico y certificación de muerte encefálica”, 7.

⁶⁹ Art. 5, Norma Técnica del Proceso de Procuración en Donante Cadavérico. R.O. 373, 22 de noviembre de 2018.

⁷⁰ Código de Ética Médica, R.O. 5, 17 de agosto de 1992.

⁷¹ Art. 5, Código de Ética Médica, 1992.

⁷² Art. 4, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células.

⁷³ Art.25, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células.

información veraz⁷⁴ para manifestar la voluntad de tener la calidad de donador o no, ante la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación de la República, RC⁷⁵.

Por último, para responder si la dimensión consuetudinaria de la *lex artis* es aplicable al acto médico trasplantológico, se debe hacer alusión a las características del Derecho Sanitario, en concreto, la característica de derecho legislado que este posee, al encontrar sus fuentes de manera directa o indirecta en normas de derecho positivo⁷⁶.

En ese sentido, se concuerda con Rafael Aguiar Guevara cuando expone: “[...] en presencia de un completa gama de normas jurídicas, sustantivas y adjetivas, que abarcan la totalidad del ejercicio medico [...] la costumbre no es, ni puede ser jamás, aceptada como fuente reguladora de la actividad médica profesional”⁷⁷. Es decir, la *lex artis* consuetudinaria no es aplicable al momento de evaluar el acto médico trasplantológico, en virtud de las características del derecho sanitario, pero la *lex artis* contenida en normas de derecho positivo –como el principio de promoción de la salud–, si podrían ser aplicables.

5.3. La promoción de la salud dentro del Derecho Sanitario.

El advenimiento de las nuevas tecnologías y mecanismos de difusión de información –internet– son los factores que han logrado socializar la actuación del personal sanitario. Esta socialización a su vez ha pretendido hacer que la relación entre médico, paciente y Estado sea horizontal. Es decir, una relación tripartita donde –como organismo– tienen que actuar todos sus órganos para evitar la vulneración de su objeto a proteger: la salud. Es en este tipo de relación, como se verá adelante, en las que se lleva a la práctica la promoción de la salud de forma eficiente.

Adicionalmente, el reconocimiento del derecho a la salud como derecho humano⁷⁸ y la incorporación del derecho a recibir información veraz en la CRE⁷⁹, han incentivado un cambio hacia las relaciones de carácter horizontal entre médico, Estado y pacientes. En el sentido de que lo pacientes tiene el derecho constitucional, de que, mediante instituciones de salud, se garantice la promoción de la salud⁸⁰. Pero la relación en cuestión se ve limitada por:

⁷⁴ Art 18, CRE, 2008.

⁷⁵ Art 31, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, 2011.

⁷⁶ Ver, Rafael Aguiar Guevara, *Tratado de Derecho Médico*. tercera edición, vol. 1, 104-106.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Art 15, Declaración universal de Derechos Humanos, 1948.

⁷⁹ Art 18, CRE, 2008.

⁸⁰ Art 360, CRE, 2008.

a) la idea del rol paternalista del médico con el paciente dentro de una relación vertical y b) el desconocimiento de las diferencias y objetivos que persiguen la promoción y prevención.

La relación vertical –paternalista– entre médico y paciente, es aquella donde el médico es quien conoce lo que es mejor para el paciente y decide todo en cuanto a la salud de este⁸¹. En este tipo de relación, el paciente no adquiere un rol activo para la protección de la salud, ni con él, ni con la sociedad. Todo queda en manos y a discreción del personal sanitario, quienes, en respuesta al desconocimiento del paciente sobre conceptos sanitarios, fomentan la prevención de enfermedades en lugar de la promoción de la salud.

En esa línea, se sostiene que el saber del médico es especializado y del cual los pacientes pueden, en línea de principio, saber nada. Lo cual puede generar problemas al momento de la determinación de la responsabilidad médica en caso de conflicto. Pero, recordando líneas anteriores, este problema viene dado por el escaso estudio de la actividad médica; incluso, como se verá, también responde un problema en la promoción de la salud como actividad médica y como práctica aceptada.

Sobre la confusión entre promoción y prevención, cabe recalcar que ambos conceptos convergen en cuanto a su objeto: la protección de la salud⁸², aunque se diferencian en cuanto al fin y mecanismos que aplican para garantizar la protección del derecho a la salud.

La prevención –cuidados de curación– busca la protección de la salud, desde una perspectiva de la enfermedad y su fin es la ausencia de enfermedades que se logra mediante tratamientos⁸³, conocidos por el personal capacitado con un vasto conocimiento técnico de la enfermedad. Lo que resalta que los cuidados de curación tienden a perseguir un mundo ideal –sin enfermedades– que no existe.

Teniendo eso en cuenta, la promoción de la salud –cuidados de mantenimiento– atendida como los mecanismos que proporcionan los medios necesarios a las personas para mejorar –mantener– la salud y ejercer un mayor control sobre la misma⁸⁴; es el eje sobre el

⁸¹ Rafael Aguiar Guevara, *Tratado de Derecho Médico*, tercera edición, vol. 1, 49.

⁸² Tulia María Uribe Jaramillo, “El autocuidado y su papel en la promoción de la salud”, *Investigación y educación en enfermería* 17.2 (1999), 109-118. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5331981>, (última revisión: 22/10/2021).

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud, Ottawa, 21 de diciembre de 1986. Disponible en: <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2013/Carta-de-ottawa-para-la-apromocion-de-la-salud-1986-SP.pdf>, (última revisión: 19/10/2021).

cual gira la protección de la salud. Tulia María Uribe, sostiene que: “[...] la promoción hace énfasis en el desarrollo de habilidades personales, en el fortalecimiento de la acción comunitaria y destaca la responsabilidad del individuo en la solución de problemas que afectan su salud.”⁸⁵.

La búsqueda del fortalecimiento de las habilidades personales y la acción comunitaria justifica que la promoción de la salud requiera de una relación del tipo horizontal entre médico, paciente y Estado, para ser llevada a la práctica. Son los titulares del derecho a la salud quienes toman un rol activo cuando se promueven los cuidados de mantenimiento. Es así como la promoción de la salud se mantiene sobre los siguientes pilares:

Gráfico No. 5: Principios de la promoción de salud



Fuente: Elaboración propia a partir de Organización Mundial de la Salud⁸⁶.

En esa línea, una buena gobernanza fortalece las políticas para garantizar la elección libre de decisiones saludables con toda la sociedad⁸⁷. Decisiones que deben tener como objetivo la creación de ciudades saludables preocupadas por la buena salud y donde se garantice la promoción de los conocimientos y competencias orientadas a proteger la salud⁸⁸.

⁸⁵Tulia María Uribe Jaramillo, “El autocuidado y su papel en la promoción de la salud”, *Investigación y educación en enfermería*, 113.

⁸⁶ Organización Mundial de la Salud, Novena Conferencia Mundial de Promoción de la Salud, (Shanghai: Organización Mundial de la Salud, 2016). Disponible en: <https://www.saludcastillayleon.es/es/salud-estilos-vida/declaracion-shanghai-promocion-salud-agenda-2030-desarrollo.ficheros/813997-Los%203%20pilares%20de%20la%20Promoci%C3%B3n%20de%20la%20Salud.pdf>, (última revisión: 24/10/2021).

⁸⁷ Organización Mundial de la Salud, Novena Conferencia Mundial de Promoción de la Salud, 2016.

⁸⁸ *Ibidem*.

En ese sentido, garantizar los conocimientos sobre la salud mediante la promoción de esta, fortalece la acción comunitaria y la responsabilidad del individuo en la solución de problemas que afectan su salud⁸⁹. Incluso, el fomentar la acción social mediante una buena gobernanza; garantiza el acceso a la información veraz para la toma de decisiones autónomas, por ejemplo, en la decisión de constituirse o no como donador en el RC.

Es así que no se puede hablar de un ejercicio pleno de la autonomía, cuando no existe un intercambio de información entre todos los agentes que intervienen en el derecho sanitario⁹⁰. Eso quiere decir que, para cumplir con la promoción de la salud, debe existir un eficiente intercambio de información entre Estado, médico y paciente; tomando en cuenta a la promoción y sus pilares.

5.3.1. Promoción de la salud en el acto médico trasplantológico

La promoción de la salud ha sido mencionada a lo largo del análisis de los actos médicos y de la *lex artis* médica, pero poco o nada se ha dicho sobre cuál es la naturaleza de este. Así, queda en tela de duda si su naturaleza corresponde a la de un acto médico o la de la *lex artis* médica. Tampoco hay mención sobre la particular relevancia que la promoción de la salud tiene en el acto médico trasplantológico.

La promoción de la salud puede ser tanto acto médico como *lex artis*; incluso puede ser considerado una obligación del estado. Es ahí donde radica la importancia de la promoción en esta materia. Como obligación, el Estado garantizará el derecho a la salud mediante la promoción de esta, en todos sus niveles – social, médico y jurídico –⁹¹. El estado es responsable de formular políticas públicas que garanticen dicha promoción⁹², mediante: instituciones – Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, INDOT–, programas, políticas recursos, acciones y actores en salud ⁹³.

Como *lex artis* médica, el principio de promoción de la salud está contenido en el mencionado Art 5 del Código de Ética Médica, y es aplicable a todos los actos médicos. En

⁸⁹ Tulia María Uribe Jaramillo, “El autocuidado y su papel en la promoción de la salud”, *Investigación y educación en enfermería*.

⁹⁰ João Paulo Victorino, et al, “Evolución de la legislación brasileña sobre donación y trasplante de órganos”, *Revista Latinoamericana de Bioética* 36.1 (2019), 107-122. Disponible en: <file:///D:/Evaluaci%C3%B3n%20Int/referen/Referencia%20Dialnet/Evolucion%20De%20La%20Legislacion%20Brasilena%20Sobre%20Donacion%20Y%20Trasplante.pdf>, (última revisión: 19/10/2021).

⁹¹ Art 359, CRE, 2008.

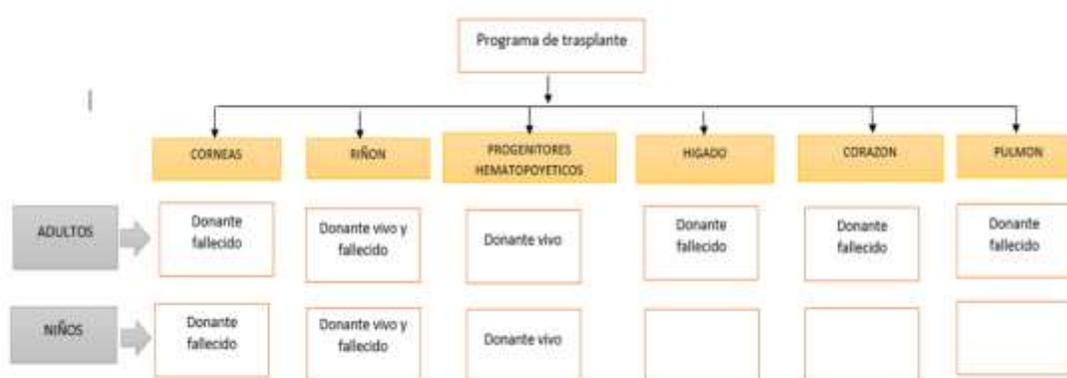
⁹² Art 363, CRE, 2008.

⁹³ Art 15, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células.

ese sentido, todo personal sanitario tiene el deber de socializar los mecanismos para mantener y controlar la salud, a todos los agentes que están involucrados en la relación horizontal. Esto incluye a jueces y abogados, quienes deben conocer las fuentes especiales de del Derecho Sanitario e interpretarlas bajo una óptica médica al momento de evaluar actos médicos.

Como acto médico trasplantológico, la función de promocionar la salud directamente a los pacientes, mediante programas y actividades enfocados a la donación y trasplante, se limita al coordinador intrahospitalario de trasplantes⁹⁴ y su equipo de ‘procuración’⁹⁵. Pero, Johanna Zambrano resalta que una de las debilidades del Sistema Nacional de Salud es no contar con coordinadores intrahospitalario a menos que el centro esté acreditado para algún programa de trasplante⁹⁶.

Gráfico No. 6: Programas de trasplante



Fuente: Elaboración propia a partir de Diagnóstico situacional del Ecuador⁹⁷.

En esa línea, la autora citada hace énfasis en la necesidad de “[...] capacitar a los profesionales de salud para que cumplan la función de Coordinadores de Trasplantes,

⁹⁴ Art. 16, Norma Técnica del Proceso de Procuración en Donante Cadavérico.

⁹⁵ Es el conjunto de actividades relacionadas con la detección, identificación, evaluación y mantenimiento de un potencial donante cadavérico.

Art. 3, Norma Técnica del Proceso de Procuración en Donante Cadavérico, 2018

⁹⁶ Johanna Yadira Zambrano Solórzano, *Diagnóstico situacional del Ecuador e incremento de la identificación de potenciales donantes con criterios de muerte encefálica por parte de los hospitales del sistema nacional de salud*, (Zaragoza: Hospital Universitario Miguel Servet, 2019). Disponible en: http://masteralianza.ont.es/download/tesinas_master_2019/Johanna%20Zambrano.pdf, (última revisión: 22/10/2021)

⁹⁷ Johanna Yadira Zambrano Solórzano, *Diagnóstico situacional del Ecuador e incremento de la identificación de potenciales donantes con criterios de muerte encefálica por parte de los hospitales del sistema nacional de salud*, 15.

promoviendo el fortalecimiento de esta acción en el nivel hospitalario”⁹⁸. Pero, dicho fortalecimiento no solo debe limitarse a dicho nivel; existen otras instituciones dentro del proceso de donación y trasplante que también influyen en la promoción de la salud.

Un ejemplo claro, es el RC que tiene la obligación de consultar a las personas mayores de dieciocho años, la manifestación de voluntad respecto de tener o no la calidad de donantes de órganos⁹⁹. En ese sentido, es lógico pensar que la promoción de la salud sobre la donación y trasplante guiada por el funcionario del registro civil es determinante a la hora de manifestar la voluntad de ser o no donante. Otro ejemplo, el Sistema Nacional Integrado de Donación y Trasplante, encargado de garantizar los mecanismos necesarios, como emitir políticas públicas; para promocionar la salud en materia de donación y trasplante¹⁰⁰.

En virtud de dichos actores y la sociedad, la promoción de la salud en materia de trasplantes tiene como objeto la creación de una cultura de donación y trasplante. La planificación estratégica de la INDOT se refiere a dicha cultura como la vinculación nacional y la participación social que sirven como vínculo entre la sociedad y las instituciones, que apoyan acciones orientadas a comunicar, sensibilizar e informar a la población sobre la importancia de la donación de órganos, tejidos y células para trasplantes¹⁰¹.

La creación de esta cultura mediante la promoción de la salud es el requisito esencial para llevar a la práctica la donación y trasplante de órganos, en una relación horizontal entre médico, paciente y estado. La naturaleza altruista, gratuita y voluntaria de la donación – de órganos – hacen que la única forma en la que se pueda incentivar a posibles donantes, a constituirse como donadores de órganos frente al RC, sea la promoción de la salud, porque ‘sin donantes, no hay trasplante’.

En este punto, el presente trabajo invita al lector a preguntarse y sacar conclusiones sobre sí: ¿Ha escuchado algo sobre el Sistema Nacional Integrado de Donación y Trasplante? ¿El acercamiento de los funcionarios del registro civil, va más allá de un ‘sí/no’ quiere ser

⁹⁸ Johanna Yadira Zambrano Solórzano, *Diagnóstico situacional del Ecuador e incremento de la identificación de potenciales donantes con criterios de muerte encefálica por parte de los hospitales del sistema nacional de salud*, 22.

⁹⁹ Art. 31, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células.

¹⁰⁰ Art. 15, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células.

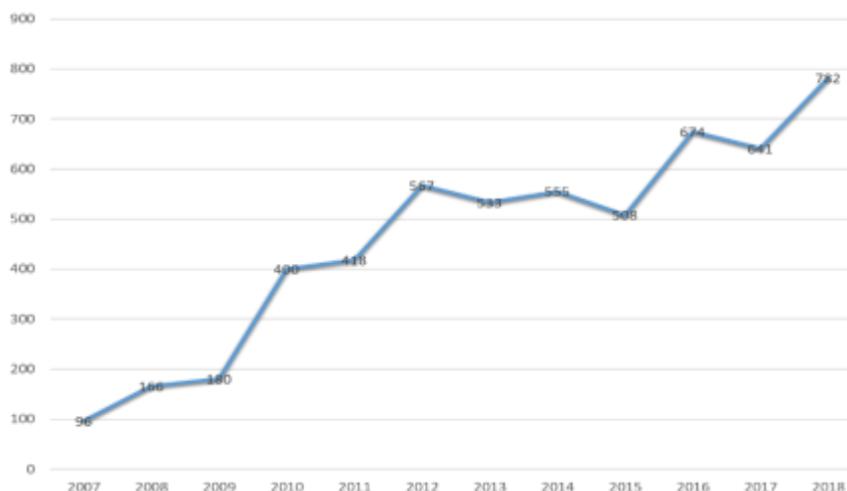
¹⁰¹ Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, *Planificación Estratégica Institucional periodo 2021-2022*, (Quito: Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, 2021). Disponible en: <http://www.donaciontrasplante.gob.ec/indot/wp-content/uploads/2021/01/PLAN-ESTRATEGICO-2021-2025.pdf>, (última revisión: 22/10/2021).

donante? ¿Ha escuchado algo sobre el funcionamiento de algún procedimiento destinado a promocionar el trasplante? La respuesta parecería ser negativa.

5.4. Datos y estadísticas relacionadas a la promoción de la salud en donación y trasplante de órganos en Ecuador

La regulación de la actividad trasplantológica en Ecuador no es reciente. El 8 de febrero de 1971 se promulgó la primera norma que regula la donación y trasplante de órganos¹⁰². Sin embargo, es a partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de órganos, Tejidos y Células en 2011, que se da mayor énfasis a la participación del médico y de la sociedad, para mejorar las condiciones de vida de los pacientes en la LUEN.

Gráfico No. 7: Trasplante por año 2011-2018



Fuente: Elaboración propia a partir de Johanna Yadira Zambrano Solórzano¹⁰³.

En el gráfico se puede observar un claro aumento en los procedimientos de trasplante solo del 2011 al 2012. Sin embargo, siguen existiendo limitantes en cuanto a la aceptación de la actividad trasplantológica y el conocimiento sobre la misma¹⁰⁴. Cifras actuales

¹⁰² Código de la Salud, Decreto Supremo 188, Registro Oficial 158, 8 de febrero de 1971.

¹⁰³ Johanna Yadira Zambrano Solórzano, *Diagnóstico situacional del Ecuador e incremento de la identificación de potenciales donantes con criterios de muerte encefálica por parte de los hospitales del sistema nacional de salud*, 9.

¹⁰⁴ Patricio Ortiz Procel, *Diagnóstico situacional del Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células – INDOT*, (Quito: Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, 2021).

demuestras que un 44% de la población en el proceso de renovación de cedulas en el año 2021, ha optado por manifestar una voluntad contraria a la donación de órganos¹⁰⁵.

El desconocimiento y falta de aceptación, sumado al impacto del COVID-19, la falta de recursos y la inexistencia de una red de trasplante; son algunas de las causas que ha generado una LUEN de alrededor 1700 pacientes, de los cuales 17 son niños; esto sin contar con quienes ni siquiera constan dentro de la lista ¹⁰⁶.

Es de conocimiento general el impacto que generó el COVID-19 en el sistema de salud. Una de las áreas más afectadas fue la de la donación y trasplante, ya que el 88% de trasplantes son de donante cadavérico y solo un 12% de donante vivo¹⁰⁷. Esto quiere decir que la gran parte de los posibles donantes pasan primero por áreas de terapia intensiva, que en el año 2020 colapsaron por el alto número de pacientes contagiados con el nuevo virus; y por ende no se podían identificar posibles donantes. Esto lo podemos evidenciar en la caída de la tasa de donantes del 2019 al 2020.

Gráfico No. 8: Tasa de donantes por millón de habitantes 2011-2020



Fuente: Elaboración propia a partir de Patricio Ortiz Procel¹⁰⁸.

Incluso, este colapso en la tasa de donantes afectó de manera directa a 54 pacientes que fallecieron y constaban dentro de la LUEN. Del año 2019 al 2020 se puede evidenciar un

¹⁰⁵ “1 700 personas esperan recibir un trasplante de órganos”, video de YouTube, publicado por “Teleamazonas Ecuador”, 28 de septiembre de 2021, <https://www.youtube.com/watch?v=OCMeepJsBIU>.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Patricio Ortiz Procel, *Diagnóstico situacional del Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células – INDOT*, 20.

aumento del 145% en la mortalidad de pacientes en espera de una donación y posterior trasplante; en comparación con otros años donde el aumento fue mínimo.

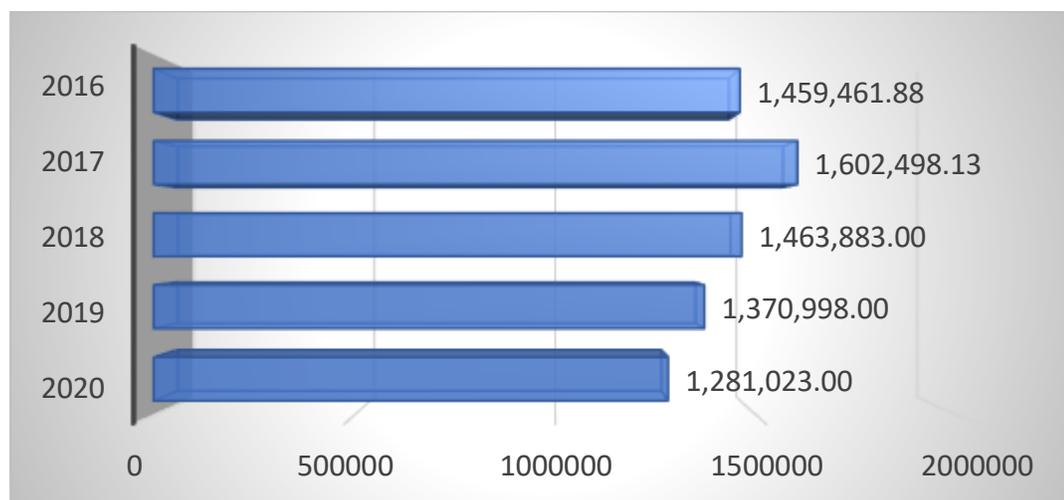
Tabla No. 1: Pacientes fallecidos en LUEN 2018-2020

PACIENTES FALLECIDOS EN LISTA DE ESPERA UNICA NACIONAL				
LEUN	2018	2019	2020	TOTAL
CARDIACA	1	0	0	1
PULMONAR	0	0	0	0
HEPÁTICA	9	11	10	30
RENAL	22	26	81	129
TOTAL	32	37	91	160

Fuente: Elaboración propia a partir de archivos institucionales INDOT¹⁰⁹.

La falta de recursos es tanto de tipo humano como económico. En los últimos 5 años la INDOT solo tuvo un aumento de presupuesto en el año 2017, en adelante, el presupuesto asignado a la entidad ha ido disminuyendo año tras año. Hecho que explica la falta de insumos y personal capacitado dentro de las coordinaciones zonales¹¹⁰, cuyos ejes de competencia son la Promoción, Información y Participación Social, la provisión y logística, la regulación, control y Gestión de la Calidad y el Banco de Tejidos y/o Células¹¹¹.

Gráfico No. 9: Presupuesto INDOT 2016-2020



Fuente: Elaboración propia a partir de Archivos Institucionales INDOT¹¹².

¹⁰⁹ Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, *Planificación estratégica institucional 2021-2021*.

¹¹⁰ Patricio Ortiz Procel, *Diagnóstico situacional del Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células – INDOT*, 33-38.

¹¹¹ Estatuto orgánico de gestión organizacional por procesos del INDOT, R.O. Suplemento 190, 21 de octubre de 2014.

¹¹² Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, *Donación y trasplante de órganos, tejidos y células en Ecuador*, (Quito: Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos

En cuanto a los recursos humanos, existe una alta rotación y es limitado debido al pensamiento del trasplante como actividad aislada para un pequeño grupo de profesionales¹¹³. Ampliamente se ha mencionado que la donación y trasplante es una actividad que requiere del actuar del paciente, médico y estado; no puede ser considerada una actividad aislada. Sobre la alta rotación del personal, esta se puede explicar por las altas tasas de inestabilidad laboral que existe en las unidades de trasplante dentro de hospitales acreditados con un programa afín.

Tabla No. 2: Inestabilidad laboral de médicos

UNIDADES DE TRASPLANTE	MEDICOS CON INTESTABILIDAD LABORAL	PERSONAL CON NOMBRAMIENTO
Hospital Vicente Corral Moscoso	55,5% 5 CIRUJANOS 1 ANESTESIOLOGO	44,40%
Hospital Regional José Carrasco Arteaga	96% 7 CIRUJANOS 1 ANESTESIOLOGO	4%
Hospital Guayaquil Abel Gilbert Pontón	100% 3 CIRUJANOS	0%
Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo	47%	53% 4 CIRUJANOS
Hospital e Especialidades Carlos Andrade Marín	40% 10 CIRUJANOS	60%
Hospital de Especialidades "Eugenio Espejo"	100% 2 CIRUJANOS	0%

Fuente: Elaboración propia a partir de archivos institucionales INDOT¹¹⁴

Lo anterior no solo afecta a los médicos con inestabilidad laboral. El alto porcentaje de profesionales médicos sin contrato afecta de manera indirecta a los incentivos que puede tener el personal capacitado en donación y trasplante, para prestar sus servicios dentro de una unidad de este tipo.

Incluso, existe otro desincentivo relacionado directamente con los posibles donantes: ‘la presunción de donación’. Un ejemplo claro de la ineficiencia de esta medida, la encontramos en Brasil. En el periodo entre 1998 y 2000, se estimaba que más de la mitad de la población brasileña se consideraba no donante, esto debido a la presunción de donación y

y Células, 2021). Disponible en: https://estudusfqedu-my.sharepoint.com/:p:/g/personal/sportiz_estud_usfq_edu_ec/Ee-nUJgaU9xFjsKv-xijwYBwRbSakAxixf0BCPkjF1NKA?e=IZeCSA, (última revisión: 24/10/2021).

¹¹³ Johanna Yadira Zambrano Solórzano, *Diagnóstico situacional del Ecuador e incremento de la identificación de potenciales donantes con criterios de muerte encefálica por parte de los hospitales del sistema nacional de salud*, 16.

¹¹⁴ Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, *Donación y trasplante de órganos, tejidos y células en Ecuador*.

la obligatoriedad de manifestar la elección que debía registrarse en un documento de identidad¹¹⁵; problema que ya se ha evidenciado en el Ecuador.

Es a partir del 2001 que el Estado brasileño pasa de una donación presunta a una consensuada y reconoce la pérdida de valor que tienen las formas de registro en documentos de identidad¹¹⁶. Este cambio logro disminuir el porcentaje de la población identificada como no donante, a menos de la mitad. La evidencia demuestra que los mejores resultados en donación dependen de tres factores: a) población dispuesta a donar, b) conocimiento de la calidad de donante por parte de parientes, c) posibles donantes correctamente abordados¹¹⁷.

Por otro lado, la falta de una red de trasplantes es resultado de la inexistencia de coordinadores hospitalarios. Debemos hacer énfasis que los coordinadores tienen competencias clave para el avance del proceso de trasplante. Ellos están encargados de: a) detectar oportunamente y dar seguimiento a potencial donante, b) verificación del potencial donante mediante certificación de muerte encefálica, c) notificar al personal técnico de la INDOT¹¹⁸.

En el escenario donde estos coordinadores no están presentes, los establecimientos de salud no podrían llevar a cabo de manera eficiente el proceso de identificación de donantes. En ese sentido Johana Zambrano menciona: “En Ecuador existen pocos establecimientos de salud acreditados para la ejecución de programas de trasplantes y ninguno para proceso de identificación de donantes”¹¹⁹. Lo cual limita la posibilidad de detectar posibles donantes entre los establecimientos de salud con terapias intensivas.

En Ecuador existen 31 establecimientos de salud pertenecientes al Ministerio de Salud Pública, MSP, y con un total de 316 camillas en terapias intensivas. Tomando ese dato junto con el promedio de 10 días que un paciente se mantiene en cuidados intensivos y que el 2% de ellos son diagnosticados con muerte encefálica; se puede estimar un total de 228

¹¹⁵ João Paulo Victorino, et al, “Evolución de la legislación brasileña sobre donación y trasplante de órganos”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, 114.

¹¹⁶ *Ibidem*, 117.

¹¹⁷ *Ibidem*, 120.

¹¹⁸ Art 16, Norma Técnica del Proceso de Procuración en Donante Cadavérico.

¹¹⁹ Johanna Yadira Zambrano Solórzano, *Diagnóstico situacional del Ecuador e incremento de la identificación de potenciales donantes con criterios de muerte encefálica por parte de los hospitales del sistema nacional de salud*, 15.

pacientes que se diagnostican con muerte encefálica, de los cuales 114 a 136 son posibles donantes; esto solo en establecimientos de salud del MSP¹²⁰.

Para finalizar se debe hacer énfasis en un último problema que refleja la necesidad de un análisis bajo la óptica jurídica. El Desconocimiento en procesos de donación y trasplante en los profesionales de salud y de las competencias del INDOT dentro del Sistema Nacional de Salud.

Johana Zambrano menciona que gran parte del equipo médico encargado de la certificación de la muerte encefálica piensa que el Protocolo para el diagnóstico y certificación de la muerte encefálica es un documento aplicable a la INDOT y que da paso a la donación de órganos. Pero en la realidad, es un documento propio de la MSP con el cual están certificando la muerte de una persona mediante el formulario INDOT-PDC-01, por lo tanto, es un documento legal ¹²¹.

Lo anterior ha generado que médicos no vean la necesidad de certificar la muerte encefálica. Aquello genera un problema de eficiencia asignativa de recursos dentro de unidades de trasplante. En el caso de un paciente no donante, el no certificar la muerte encefálica limita la posibilidad de disminuir las medidas de mantenimiento y se mantiene la administración de drogas que mantengan el corazón en funcionamiento hasta que eventualmente falle¹²²; fármacos que podrían ser asignados eficientemente a otro paciente y ahorrar recursos.

Este desconocimiento de los ámbitos legales dentro de la donación y trasplante de órganos es una de las amenazas que ha previsto la INDOT, puesto que un órgano para trasplante no espera a los engorrosos trámites administrativos y legales para poner en marcha su proceso de descomposición.

Por el motivo antes mencionado, se hace énfasis en contar con el personal médico, jurídicos y estatal, capacitados en derecho y conceptos médicos. Objetivos que depende de

¹²⁰ Johanna Yadira Zambrano Solórzano, *Diagnóstico situacional del Ecuador e incremento de la identificación de potenciales donantes con criterios de muerte encefálica por parte de los hospitales del sistema nacional de salud*, 19-21.

¹²¹ Ver, “INDOT – Charla sobre el desconocimiento de la normativa aplicable a la certificación de muerte encefálica”, audio de One Drive, publicado por: “Saúl Ortiz”, 24 de octubre de 2021, https://estudusfqedu-my.sharepoint.com/:v:/g/personal/sportiz_estud_usfq_edu_ec/EVfkdbtZ_p1KoMJRtD29MsoByNyPPFXvBFqDvsDN6VMFbg?e=J1R2yM. (última revisión: 22/10/2021)

¹²² Ver, *Ibidem*.

un arduo trabajo por parte de abogados, médicos y servidores públicos, para darle sentido a un derecho sanitario que analice y comprenda las problemáticas que se presentan en la donación y trasplante de órganos, y demás procesos médicos.

6. Conclusiones

Concluido el análisis normativo y doctrinario, se tiene como principal hallazgo que el alto índice de personas que no desean ser donantes y la caída en la tasa de donación, responde a problemas relacionados con la promoción del trasplante, generados por: a) falta de presupuesto asignado al INDOT, b) inseguridad laboral en unidades de trasplante, c) falta de incentivos a médicos y posibles donantes, d) falta de conocimiento sobre normativa aplicable a la donación y trasplante, e) desconocimiento de la relación horizontal dentro del derecho sanitario.

En Ecuador, la naturaleza de la promoción de la salud es tanto de acto médico, derecho constitucional y *lex artis* médica positiva; por tanto, esta indispensable para poder llevar a cabo la actividad de donación y trasplante de órganos, tejidos y células. La naturaleza de la donación de órganos como una actividad altruista, gratuita y voluntaria hace imposible que se pueda incentivar a posibles donantes mediante mecanismos económicos o normativos que impongan la presunción de donación; lo cual se evidencia con el 44% de la población que en el proceso de renovación de cedula de identidad en 2021 que no desea ser donante.

Esta conclusión presenta ciertas limitaciones en cuanto a: a) el desconocimiento sobre conceptos médicos que impedían concatenar de manera clara los argumentos con los conceptos jurídicos, b) la falta de análisis e información enfocada al análisis derecho sanitario dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

De forma particular, debido a la amplitud y especificidad del tema, se sugiere la siguiente línea de investigación ¿Puede el derecho sanitario garantizar el derecho a la defensa ante reclamaciones contra profesionales sanitarios? Incluso, se invita a plantearse la posibilidad de abrir campos de estudio sobre el derecho sanitario en las diferentes universidades, con mira a la posible creación de una ‘sala especializada de la salud’ con jueces, abogado y médicos con el conocimiento legal y médico para resolver controversias sanitarias.

El presente trabajo recomienda al lector o lectora, debido a la novedad de la materia y la necesidad del manejo de conceptos médicos, revisar los dos volúmenes del libro Tratado de Derecho Medico de Rafael Aguiar Guevara, para mejorar el entendimiento del problema de investigación y comprender de mejor manera la naturaleza e importancia del derecho sanitario. Es determinante que tanto jueces, médicos y abogados empiecen a preocuparse por la necesidad de contar con un derecho sanitario especial y autónomo que responda a las necesidades de médicos y pacientes.