

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**¿La mediación puede cambiar el rumbo de la relación médico
paciente?**

Tamya Shayari Pinos Camacho

Jurisprudencia

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

Quito, 20 de noviembre de 2022

© 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: Tamyá Shayari Pinos Camacho
Código: 00206042
Cedula de identidad: 0202101069
Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2022

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 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UNPUBLISHED DOCUMENT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. 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>.

¿La mediación puede cambiar el rumbo del conflicto del conflicto medico paciente?¹

¿Can mediation change the course of the conflict of the patient-medical conflict?

Tamya Shayari Pinos Camacho²
tamyapinosc@gmail.com

Resumen

Hoy en día Ecuador cuenta con una normativa limitada en lo que respecta al uso de los Metodos Alternativos de Solución de Conflictos para resolver conflictos médicos – paciente. El presente estudio analiza las diferentes legislaciones del mundo para realizar un contraste entre la normativa nacional e internacional utilizando el método de análisis – síntesis, el cual funciona a través de la descomposición de cada uno de los elementos. Como resultado se demuestra que a diferencia de otros países Ecuador no cuenta con normativa suficiente que ampare la figura de la mediación dentro de este tipo de conflictos. De tal forma que es necesario crear herramientas que contemplen esta figura, para así cambiar el rumbo de la actividad jurídica del sector salud.

Palabras Clave

Mediación, MASC, médico- paciente, responsabilidad, salud.

Abstract

Today Ecuador has limited regulations regarding the use of Alternative Dispute Resolution Methods to resolve medical-patient conflicts. This study analyzes the different laws of the world to make a contrast between national and international regulations using the analysis - synthesis method, which works through the dissemination of each of the elements. As a result, it is shown that, unlike other countries, Ecuador does not have sufficient regulations that protect the figure of mediation within this type of conflict. In such a way that it is necessary to create tools that contemplate this figure, in order to change the course of legal activity in the health sector.

Key Words

Mediation, MASC, doctor-patient, responsibility, health.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Ximena Carolina Bustamante Vásquez.

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 de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.-2. MARCO NORMATIVO.-2.1. ÁMBITO INTERNACIONAL.-
2.2. ÁMBITO NACIONAL.-3. MARCO TEORICO.- 4. ESTADO DEL ARTE.- 5.
¿QUÉ SUCEDE CON EL ACTUAR DE LOS MÉDICOS Y CUÁLES SON LOS
FACTORES QUE LLEVAN ESTOS CASOS A LA VÍA LEGAL?.- 6. EL PROCESO
JUDICIAL EN LA PRÁCTICA.- 6.1.¿QUÉ EXISTE EN TORNO AL PROCESO
JUDICIAL? .- 7. TRANSIGIBILIDAD EN LA ACCIÓN PENAL.- 8.LA MEDIACIÓN
EN LA PRÁCTICA.- 8.1.LA MEDIACIÓN COMO EL MÉTODO MÁS ACERTADO.-
9. NORMATIVA EXISTENTE PARA REGULAR CONFLICTOS EN EL ÁREA
SALUD CON EL USO DE LA MEDIACIÓN, DESDE EL MUNDO A ECUADOR.-
10.CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Introducción

Es casi imposible definir cómo nació a la vida la vía judicial pero el Código de Hammurabi, es considerado como el cuerpo legal más antiguo. Este código consta de 3 partes: el preámbulo, las disposiciones legales y el epílogo, es en este último en donde se considera la ley del talión, y se reconoce del estado como el único titular de la justicia. En lo que se refiere al área criminal se considera cosas como la condición de los testigos, el cohecho, los jueces venales y las sanciones en caso de incumplimiento.³

La historia ha demostrado que la mediación es la segunda profesión más vieja del mundo pues desde que surgió el primer conflicto existieron mediadores que aconsejaron el uso de la razón sobre la fuerza.⁴ Pero no termina ahí, autores como Boque encuentran dentro de las tradiciones culturales a la persona - recurso, misma que ama la paz y que con sentido común resuelven la situación de conflicto para llegar a acuerdos. Así también la mediación se observó hace más de dos mil años de antigüedad en China.⁵

³ Gabriel Franco, “Las Leyes de Hammurabi“, *Revista de Ciencias Sociales*, No. 3, (1962): 331-356

⁴ María Carme Boqué, *Cultura de mediación y cambio social*. (Barcelona: Gedisa, 2003) 19.

⁵ María Carme Boqué, *Guía de mediación escolar. Programa comprensivo de actividades de 6 a 16 años*. (Barcelona: Octaedro, 2002). 22.

En Ecuador la mediación es incluida por primera vez dentro del ordenamiento jurídico aproximadamente en el año 1937, esto consta en el Decreto Supremo 34, en donde Ecuador se adhirió al tratado Interamericano de Buenos Oficios y Mediación, suscrito además entre las Delegaciones de las Repúblicas Americanas, reunidas en Argentina el 23 de diciembre de 1936 para la Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz.⁶ Mas adelante se incluye se incluye la Ley de Arbitraje y Mediación en el año 1997. La Constitución de 1998 reconoce otros métodos para la solución de conflictos en su artículo 191 y la Constitución del 2008 mantiene este reconocimiento también.

El problema jurídico está enfocado en que, a pesar de que la mediación implica una vía más accesible y amigable con las personas y sus familias no es considerada equivalente a la vía judicial. Por un lado, la idea de que la mediación no puede aplicarse para los conflictos médico-paciente, y por el otro el hecho de que no existe normativa que regule la mediación dentro del sector salud. Todo esto se desarrolla en un contexto en el cual los médicos no saben cómo actuar durante estos conflictos y tampoco han sido entrenados en enfrentar ciertas situaciones con empatía.

En un escenario diferente, en el cual los médicos decidieran manejar este tipo de conflictos de otra forma un poco más humana, y considerada con el paciente, no solo implicaría brinda un mejor servicio, sino que también a nivel legal reduciría costos judiciales, afectaría de forma menor a las familias y a las posibles víctimas las mismas que llevan estos procesos a la vía judicial. Así también se podría evitar el conflicto que se genera para el medico en su profesión y prestigio.

Se considera este punto porque en Ecuador no existe una cultura de la mediación enfocada en el sector salud a diferencia de lo que sucede en otros países, como se observara más adelante. En México, Argentina y otros países si se ha considerado el uso de los métodos alternativos de solución de conflictos en este tipo de casos. Esto implica que Ecuador podría desarrollar esta herramienta para así reducir los procesos de la vía judicial y los costos, no sólo judiciales, sino todos aquellos que implican un daño psicológico a la posible víctima por la forma en la que se llevan los procesos.

Los resultados de la presente investigación están enfocados, por un lado, en fomentar una cultura legal que se basa en la mediación para resolver conflictos médico-

⁶ Tratado interamericano sobre buenos oficios y mediación, Buenos Aires, el 23 de diciembre de 1936.

paciente, pero que a su vez considera que existen una brecha entre la negligencia médica que parte de incumplir un deber de cuidado, y los resultados adversos de un procedimiento. Por otro lado, dejar claro que no existe una normativa especializada en este campo.

Los resultados se obtendrán mediante el método de análisis síntesis. En primer lugar, la explicación de cómo se llevan estos procesos, es decir que implican los conflictos médico - paciente en la vía judicial y así mismo que sucede cuando este proceso atraviesa la vía de la mediación. En segundo lugar, el análisis de las legislaciones de distintos países del mundo que han decidido implementar la mediación dentro de sus legislaciones para resolver este tipo de conflictos.

1. Marco Normativo

2.1.Ámbito internacional

El presente apartado tiene como objetivo enunciar la normativa internacional y nacional que trata los métodos alternativos de solución de conflictos, así como el actuar de jueces, mediadores, y personal de salud. El Tratado Interamericano sobre Buenos Oficios y Mediación, vincula a Ecuador junto a otros países, para facilitar, independientemente de los pactos suscritos entre ellos, el uso de los métodos pacíficos de solución de controversias contemplando en su primer artículo.⁷

En lo que se refiere a trato al paciente la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la Responsabilidad Médica, aborda asuntos relacionados a responsabilidad médica. Considerando que en ciertos países actualmente se ha observado un aumento del uso de la vía judicial en este tipo de conflictos, aun así, existen países en donde esta situación es completamente opuesta. También explica la distinción que existe entre la negligencia médica, definida desde el incumplimiento de un estándar de atención hasta el daño causado por resultados adversos.⁸

Profundizando un poco dentro del ámbito de la responsabilidad medica el Código Internacional de Ética Médica, está enfocado en establecer los cimientos del comportamiento de profesionales de la medicina. A lo largo del contenido se refiere a deberes médicos generales, deberes de los médicos hacia los pacientes, entre sí, actuar de

⁷ Artículo 1, Tratado Interamericano sobre Buenos Oficios y Mediación.

⁸ Declaración de la Asociación médica mundo sobre la responsabilidad médica, Enmendada en octubre del 2021

buena fe, velar por el bienestar del paciente, respeto a los colegas, la prohibición de no atender un paciente por asuntos relacionados a prejuicios.⁹

Dentro del enfoque de la vía judicial La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 creado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas se refiere a los principios que contemplan los jueces dentro de este tipo de procesos¹⁰. Además, existen otro tipo de herramientas como los Principios Básicos relativos de la Independencia de la Judicatura, adoptado en el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente donde se explica una serie de principios, enfocados en la búsqueda de contribuir a la independencia judicial de los países miembros de la ONU.¹¹

En este sentido el Estatuto del Juez Iberoamericano, regula la relación de los jueces, con el propósito de garantizar la independencia del juzgador, con el propósito de que dicten sentencias en los casos a su cargo sin ningún tipo de presión cosa que también afecta la vía judicial y la imparcialidad de los jueces.¹² En la misma línea el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el principio de imparcialidad junto al de competencia e independencia en su artículo 14 inciso 1, en donde se explica la necesidad de mantener principios como la independencia en casos donde existe presión mediática.¹³

2.2.Ámbito nacional

La Constitución de la república del Ecuador reconoce los métodos alternativos de solución de conflictos en su artículo 190, estos se aplicarán con sujeción a la ley en materias en donde su naturaleza permite transigir, en el caso de la contratación pública procede arbitraje en Derecho¹⁴. Además, dentro de la mediación, a nivel nacional se encuentra La Ley de Arbitraje y Mediación, misma que a partir del título II explica qué

⁹ Código Internacional de Ética Médica, Código, Asociación Médica Mundial, Enmendado en octubre de 2022

¹⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948, ratificada por el Ecuador el 10 de diciembre de 1948.

¹¹ Principios Básicos relativos de la Independencia de la Judicatura, adoptado en el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985

¹² Estatuto del Juez Iberoamericano, Estatuto, VI cumbre Iberoamericana de presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia, 175 CJI/doc. 238/07. 23,24,25 de mayo del 2001.

¹³ ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, Serie de Tratados, vol. 999, 16 diciembre 1966.

¹⁴ Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, de 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018

tipo de procedimiento es la mediación, como se solicita someterse a este tipo de proceso, cual es el contenido de esta solicitud y demás. Específicamente en el artículo 46 dentro del título ya mencionado, se especifica en qué casos podrá proceder la mediación. El artículo 47 por su parte ilustra acerca del cierre del procedimiento, con la firma de un acta.¹⁵

Dentro de accionar del personal de salud La Ley de la Federación Médica Ecuatoriana se constituye para el ejercicio, perfeccionamiento y defensa profesional de una persona jurídica de derecho privado integrada por los médicos que ejercen legalmente su profesión en Ecuador. Especifica cuales son los deberes y obligaciones de los médicos. Los mismos que están sometidos a un tribunal de honor que sentencia por delitos relativos al ejercicio de la profesión médica, aparte de las posibles acciones civiles o penal que existan dentro del caso.¹⁶

Como apoyo a esta La Ley de Derechos y Amparo al Paciente, en el capítulo II, Derechos del paciente, indica que el mismo tiene derecho a una atención digna, a no ser discriminado, a la confidencialidad, a decidir, y a la información, estos derechos constituyen los pilares de las discusiones que se dan dentro de los conflictos médico - paciente. También contempla el amparo al paciente en situaciones de emergencia y las sanciones por falta de atención en situaciones de emergencia.

En lo que se refiere al accionar legal relacionado al sector de salud el Código Organizo Integral Penal, específicamente el artículo 146:

Homicidio culposo por mala práctica profesional.- La persona que, al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley¹⁷

Específicamente en lo que se refiere a la transigibilidad el Código de Procedimiento Penal, en el artículo 37:

Art. 37.- (Sustituido por el Art. Artículo 11 de la Ley s/n, R.O. 555S, 24III2009). Las acciones por delitos de acción pública pueden ser transformadas en acciones privadas, a pedido del ofendido o su representante, siempre que el juez de garantías penales lo autorice. El fiscal podrá allanarse a este pedido; de no hacerlo, argumentará al juez de

¹⁵ Codificación. Ley de arbitraje y mediación, 2015. Registro Oficial

¹⁶ Capítulo V. Ley de la federación médica ecuatoriana. R.O. 876 de 17 de julio de 1979

¹⁷ Artículo 663, Código Orgánico Integral Penal [COIP]. R.O. Suplemento. 180 de 10 de febrero del 2014.

garantías penales las razones de su negativa. No cabe la conversión: a) Cuando se trate de delitos que comprometan de manera seria el interés social; b) Cuando se trate de delitos contra la administración pública o que afectan los intereses del Estado; c) Cuando se trate de delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio; d) Cuando se trate de crímenes de lesa humanidad; o, e) Cuando la pena máxima prevista para el delito sea superior a cinco años de prisión (...)¹⁸

3. Marco teórico

En los casos en los que se supone negligencia médica existen tres vías por las cuales se puede hacer un reclamo frente a la parte actora, la responsabilidad civil que se da en los tribunales de lo civil, la responsabilidad patrimonial, que es una versión pública de la responsabilidad civil y se reclama en el contencioso – administrativo, cuando la entidad que genera la negligencia o daño es público, y finalmente la responsabilidad penal.

El enfoque teórico del trabajo permite entender el contraste que existe entre los distintos métodos alternativos de solución de conflictos. En este caso se explica cómo la mediación es el método para resolver conflictos médico-paciente más apto. Específicamente en lo que se refiere a la tangibilidad de este tipo de conflictos considerando que generalmente son resueltos por tres vías.

El arbitraje es una de las alternativas que más se apega a la formalidad del proceso en vía judicial. La ley reconoce que el arbitraje surge de un acuerdo de voluntades dentro del ámbito privado, y coloca una serie de requisitos para que proceda como es el pacto arbitral¹⁹. Este método al tener un carácter obligatorio, previo del pacto arbitral, y basado en principios de autonomía ha generado que las legislaciones de distintos países del mundo incluyendo Ecuador creen instrumentos especializados que regulen este tipo de procesos.

La negociación se encuentra apoyada en procesos de comunicación entre las partes implicadas, su dinámica consiste en descubrir intereses, actitudes, poder y debilidades de la otra parte²⁰. Es un proceso que se lleva a cabo entre dos partes

¹⁸ Artículo 37, Código de Procedimiento Penal. R.O . 511 de 10 de septiembre de 1983.

¹⁹ Juan Pablo, *Módulo arbitraje nacional e internacional* (Colombia: Confederación Colombiana de cámaras de Comercio, 2019), 38.

²⁰ Enrique de las Alas -Pumariño, *El arte de negociar* (Madrid: Asociación de Ingenieros Industriales de Madrid, 2014), 39 - 40.

únicamente, no existe intervención de un tercero, eso implica que ambas partes se necesitan, ya que cada una tiene algo que le interesa la otra para conseguir un resultado satisfactorio.

En el caso de la conciliación, el proceso es bastante parecido a la mediación, a diferencia de otros métodos, existe la posibilidad de para plantear sugerencias de solución. Dentro de los procesos conciliatorios existen 3 modelos clave: el modelo tradicional-lineal de Harvard, el modelo transformativo de Bush y Folger, y el circular-narrativo de Sara Cobb²¹. Este tipo de procesos varían dependiendo del modelo que se utilice, el número de reuniones, el tipo de proyectos para el acuerdo, si se intercambian bienes o servicios, etc.

La mediación es un medio de gestión positiva de conflictos que tiene principios propios, maneja técnicas multidisciplinarias, dentro del proceso se involucra un mediador cuya función es auxiliar en la búsqueda de acuerdos.²² La mediación maneja un análisis profundo del conflicto, de las partes, del problema, y de sus intereses. Así también, en Ecuador, sus principios están contemplados a nivel constitucional.

4. Estado del arte

Con la vía extrajudicial se deja de lado los problemas de la vía judicial que son entre otros la lentitud, en enconamiento progresivo de las partes, la frialdad y falta de discreción, falta de elasticidad, falta de un buen asesoramiento médico, desasistencia inicial del médico por los abogados, dificultad para ejercitar otras vías, y finalmente el descrédito del médico. Con estas vías se asegura rapidez, menos burocracia, indemnización del mayor número de casos, se evita el descrédito del médico, se procura la discreción, pero sobre todo se logra una mayor comprensión entre los perjudicados, así de algún modo se logra más satisfacción hacia la víctima y sus familiares.²³

Para autores como Benjamín Musso los conflictos médico-paciente, de la forma en que han sido manejados hasta ahora, podrían incrementar exponencialmente los

²¹ Salvador Romero, *Conciliación: Procedimiento y técnicas de conciliación* (Lima: ASOPDES, 2003). Cap. V.

²² Mónica Carvalho, *La mediación como sistema complementario de administración de justicia en Brasil: La experiencia de Bahía* (Tesis de grado para obtener el doctorado, Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho Departamento de derecho público y filosofía jurídica, 2012) 56, <https://cejamericas.org> > 89Te...PDF.

²³ J Hernández, M Hernández, A Hernández, "Responsabilidad por mal praxis médica: la vía extrajudicial", *IV Jornadas Andaluzas sobre Valoración del Daño Corporal Sevilla*, (mayo-junio, 2011): 3-4

litigios, aumentando así la judicialización relacionada con el sector salud. Por otro lado, es necesario comprender que este tipo de conflictos no se agotan únicamente en el ámbito económico ya que a menudo tienen un alcance mucho más personal. Considerando ante todo que la mediación en este tipo de procesos debe mantenerse vinculada a ciertos principios específicos para los conflictos del sector salud además de ciertas características y procedimientos.²⁴

Distintos autores consideran que el desarrollo de la mediación dentro del área de salud tiene su despegue después de la crisis sanitaria COVID-19, en donde la mediación empieza a verse como una de las herramientas más efectivas, ya que muchos casos relacionados al área salud fueron llevados a cabo y de estos un total de 13,461 actas de acuerdo totales o parciales se firmaron, logrando así un alivio en el sistema judicial.²⁵

5. ¿Qué sucede con el actuar de los médicos y cuáles son los factores que llevan estos casos a la vía legal?

Un poco más allá dentro de la práctica médica se encuentra el trato que llevan estas dos partes, una relación médico- paciente positiva está relacionada con efectos favorables, que logran transmitir al paciente seguridad, que no solo es apreciada de forma psicológica, sino que también genera estabilidad en el sistema inmune y la tensión arterial, acelera la cicatrización, etc. Esto significa que existe un efecto contrato cuando la relación es negativa, ya que posibilitan una yatrogenia.²⁶ La yatrogenia es un daño que el enfermo no tenía pero que se deriva directamente de la atención, y está relacionado a aspectos psicológicos, puede agravar en enfermedad orgánicas y en algunos casos la integridad física del individuo.²⁷

Para autoras como Dagmara Sánchez y Yanetsi Contreras existe una deuda de la formación humanística, y la dificultad del personal de salud para adquirir facultades comunicativas para interactuar con el paciente y su entorno, considerando factores

²⁴ Benjamín Musso, “De las mediaciones por daños en salud”, *Actualidad Jurídica*, No. 37, (2018): 319-356

²⁵ Michelle Narváez, “La mediación y su impacto en la época de coronavirus, caso Ecuador”, *Polo del Conocimiento*, No. 57, (2021): 922-940

²⁶ Ricardo Gonzales. *Terapéutica Psiquiátrica Integral*. La Habana: Editorial de Ciencias Médicas. (La Habana: Editorial de Ciencias Médicas, 2008), 9-163.

²⁷ Yanet Acosta, Blanca Piedra. La iatrogenia. *Rev. Hosp Psiquiatr Habana* “La iatrogenia”, *Rev Hosp Psiquiatr Habana*, No. 1 (2011): p.

sociales, culturales, políticos y psicológicos, lo que implica de manera desfavorable la calidad de la práctica asistencial diaria.²⁸

Para la médico - psiquiatra Rosa Gómez existe una frecuencia de denuncias por errores médicos, mismas que han generado una ola denominada como Medicina Defensiva que ha intentado soslayar las responsabilidades legales, que se refiere específicamente al consentimiento informado que supone la opción de incluir al paciente en la toma de decisiones, para evitar la judicialización de conflictos, pero esto se ha creado de manera defensiva y burocrática, que no es precisamente un factor positivo. Aun así, las denuncias tienen un origen en la deficiente relación médico- paciente, la autora considera que si existiera una buena comunicación entre las partes se podrían evitar reclamaciones, denuncias, procesos judiciales, entre otras cosas.²⁹

Cabe recalcar que este ambiente de confianza debe generarse más desde el lado emocional que del racional, claro sin dejarlo de lado, esto significa que el paciente necesita convencerse de que el comunicador (médico) no solo es un experto en la materia, sino que además entiende al paciente y se coloca en su situación, promoviendo así la confianza del otro en sí mismo, esto es visto como un elemento esencial para superar la enfermedad.³⁰

De Ángel Yaguez estima que el comportamiento médico se ve significativamente en una idea concebida por los hombres que se refiere específicamente a que siempre tiene que haber alguien, otro no uno mismo, que es responsable por los males que le afligen.³¹ Generalmente el paciente no puede admitir que una intervención médica no tenga éxito esperando causas ajenas a la actividad del personal de salud, el paciente no acepta la existencia de imponderables o complicados que no tengan su origen en la actividad misma del cirujano.³²

²⁸ Dagmara Sánchez, Yanetsi Contreras. “La relación médico- paciente y su importancia en la práctica médica”, *Revista Cubana de Medicina Militar*, No. 4 (2014): p 528-533

²⁹ Rosa Gómez. “Los afectos del médico y sus efectos sobre la salud”, *Manual de la relación médico paciente*, No. 4 (2019): p 79

³⁰ Federico de Montalvo. La aportación del derecho a la relación médico - paciente (II): hacia un encuentro fructífero entre la autonomía del paciente y la libertad profesional. *Manual de la relación médico paciente*, No. (2019): p 301-314

³¹ Ricardo De Ángel Yáguez, Ricardo. “La responsabilidad de los profesionales y de las administraciones sanitarias”, *Revista para el Análisis del Derecho*, No. 1 (2008): p 39
, ob. cit., pág. 39.

³² Carlos Fernández. “La relación jurídica del médico con el paciente”, *Prolegómenos. Derecho y Valores*, No. 20 (2007): p 89-115

En los conflictos que existen en las organizaciones jerarquizadas, específicamente dentro de las instituciones sanitarias se propone la siguiente clasificación:

Profesional: Conflictos producidos por discrepancias en funciones, organización y comunicación entre el personal sanitario y la limitación de recursos físicos y temporales de la institución hospitalaria y la demanda asistencial realizada. Social: Conflictos derivados de la convivencia entre pacientes y familiares en situación de ingreso. Asistencial: Conflictos producidos por la insuficiente y/o ineficaz comunicación entre los/as pacientes y el personal sanitario y administrativo, además de los producidos por la mala praxis médica. Legal: Conflictos derivados del desconocimiento de la legalidad en casos «excepcionales» (maltrato, violación, incapaces, accidentes de tráfico, etc.), y la inseguridad que ello conlleva en las actuaciones clínicas con repercusiones de tipo legal.³³

El consejo de defensa de Chile entre los años 2012 - 2017 documentó los incidentes que originan reclamos en el área de salud, mismos que son: retardo en la atención, error de diagnóstico, error en la realización de procedimientos quirúrgicos o de enfermería, error en la atención obstétrica, deficiencia en la atención de urgencia, falta o deficiencia en la información entregada al paciente, seguridad del paciente dentro del recinto hospitalario, errores en la utilización o retardo en la entrega de medicamentos, seguridad y oportunidad en traslados y derivaciones de los paciente, ley de derechos y deberes del paciente, continuidad, pertinencia o especialización de quien brinda la atención, y otros, sumando un total de 19,409 reclamos.³⁴

En este punto se utilizan estadísticas chilenas, considerando su proximidad al ser un país del cono sur. Ecuador no cuenta con estadísticas en esta área, y mucho menos que manejen el mismo nivel de detalle como sucede en otros países de la región. Esto demuestra que existen muchas variaciones de las causas que originan el conflicto médico—paciente, causas que generalmente alcanzan la vía judicial. La mediación no solo es beneficiosa para las partes en búsqueda de resolver el conflicto, si no que también aligeraría la carga de la vía judicial, y lograría hasta cierto punto crear una consciencia en el sector salud que de ser efectiva reduciría estas causas, logrando así llegar al origen de este tipo de conflictos.

6. El proceso judicial en la práctica vía penal Existen tres tipos de conflictos a considerarse dentro de la vía judicial, por un lado, el área civil, por otro la patrimonial, y finalmente en área penal. Para Michael Alvarado, quien actualmente lleva casos de mala práctica profesional, el proceso penal por la vía judicial es el

³³ María Carnero. “Mediando en Salud, Una propuesta de mediación sanitaria en hospitales”, *Revista de mediación*, No. 20 (2012): p 14-18

³⁴ Denisse Lagos, Lidia Bravo “Mediación en el sistema público de salud: oportunidades para mejorar”, *Revista de mediación Chile*, No. 148 (2020): p 211-215.

siguiente: Primero la denuncia, misma que se realiza frente a la fiscalía general del Estado. Segundo se abre una investigación previa, en donde dependiendo de la estrategia jurídica que tenga el abogado, incluirá distintos tipos de diligencias. Tercero la formulación de cargos, dependiendo de que fiscalía solicite, puede tomar entre 30,60,90 días e incluso puede extenderse a 120 si existen una vinculación o reformulación de cargos. Cuarto la audiencia de evaluación y preparatoria del juicio, aquí la fiscalía emite un dictamen que puede ser abstentivo, acusatorio o mixto. Quinto la audiencia de juicio con el tribunal penal en donde termina el proceso o puede ser apelado. Este tipo de procesos puede llegar a durar hasta 2 años. Los costos se encuentran distribuidos entre abogados, copias, pericias, entre otros.³⁵

Podría decirse que llevar que este tipo de conflictos es complicado, es un trabajo fuerte, ya sea buscando la formulación de cargos o no. Dentro de la vía judicial no es posible hablar de un resultado satisfactorio para las dos partes, ya que uno de los dos tiene que perder, y en esa línea será satisfactorio para la parte que consiga el resultado deseado en base a su defensa técnica.³⁶ Es importante considerar que a pensar que el resultado se considera satisfactorio esto no implica que haya una real solución a este tipo de problemas, porque algo que no siempre se considera es lo que sucede después de atravesar la vía judicial. Aunque resuelve el problema de forma superficial, no logra profundizar en lo que sucede con las partes, es decir en lo que en el fondo estas sienten, por lo que la vía judicial en realidad no es suficiente ni considerada con las partes, ni con los médicos ni con los pacientes.

En lo que se refiere a la actitud de las partes, la situación es delicada y el proceso es muy doloroso, por un lado, están las víctimas que perdieron un familiar o que consideran que se atentó contra la vida a causa de la negligencia de la persona tratante, y en lado de los médicos el conflicto se encuentra en cómo se pone en duda su profesionalismo, y como esta duda podría traer consecuencias en el ámbito penal y civil. Estas posturas de las partes vuelven el proceso complicado ya que cada uno busca defenderse de acuerdo con su situación.³⁷

Respecto a la mediación esta ha facilitado la resolución de problemas de este tipo, el problema es que generalmente las partes no se encuentran dispuesta a ser parte de este

³⁵ Michael Alvarado, entrevistado por Tamy Pinos, 17 de noviembre del 2022, transcripción <https://docs.google.com/document/d/1uLbLWxIQN9srzC-IHahC-1vvQG09u68i/edit?usp=sharing&oid=104939110071181324613&rtpof=true&sd=true>

³⁶ Michael Alvarado, entrevistado por Tamy Pinos

³⁷ Michael Alvarado, entrevistado por Tamy Pinos

tipo de procesos, en su búsqueda de justicia esta no es una vía que permite ese fin. Es importante considerar que no existe un beneficio sobre resolver estos conflictos por la vía judicial, debido a que uno tiene que perder y en esa misma línea se encuentran las desventajas. Dentro del proceso judicial existe la posibilidad de una sentencia condenatoria a cumplirse en centro de rehabilitación, que la víctima no sea resarcida, o incluso que el delito quede en impunidad.³⁸

Para este tipo de procesos, existe una insuficiencia a nivel normativo, ya que todos estos se llevan únicamente en base a un solo artículo que es el 146 del Código Orgánico Integral Penal. En la misma línea no hay jurisprudencia, ni doctrina desarrollada al respecto, y todos estos procesos terminarían encajándose dentro del derechos de daños, en el ámbito civil y no penal. Toda esta situación ha generado conflictos dentro de los abogados litigantes al momento de llevar una buena defensa técnica³⁹

7. Transigibilidad en la acción penal (HABLAR DE LA CONCILIACION PENAL Y EL DEBER MEDICO DE CUIDADO)

El artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador, mismo que reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.”⁴⁰

Para autores como Antonio Fuente y Alma Ríos este tipo de conflictos surgen en base a:

La "responsabilidad" es la consecuencia del incumplimiento, es decir, la obligación de rendir cuentas de los propios actos. Una profesión implica la capacidad calificada con que la persona a través de una actividad realiza su vocación dentro de un marco elegido, determinando su participación en la sociedad. Le sirve de medio de subsistencia y debe influir positivamente en la economía de la comunidad.

De esta forma, la responsabilidad profesional médica es la obligación que tienen los médicos y todo profesional de la Medicina de reparar y satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores, voluntarios e involuntarios, cometidos en el ejercicio de

³⁸ Michael Alvarado, entrevistado por Tamy Pinos

³⁹ Michael Alvarado, entrevistado por Tamy Pinos

⁴⁰ Artículo 190, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

su profesión. El médico es sujeto de responsabilidad jurídica cuando actúa con negligencia, impericia y/o imprudencia.⁴¹

En Ecuador el Código Orgánico Integral Penal, (COIP) ha tipificado una categoría que se acerca a lo que implica la responsabilidad médica, en su artículo 146:

Homicidio culposo por mala práctica profesional.- La persona que, al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley.⁴²

El mismo código también considera a partir del capítulo segundo, específicamente el artículo 663 a la conciliación, que es un método alternativo de solución de conflictos que está incluido dentro de la vía penal, mismo que dice:

Artículo 663.- Conciliación.- La conciliación podrá presentarse hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal en los siguientes casos: 1. Delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años. 2. Delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte. 3. Delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general. Se excluye de este procedimiento las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.⁴³

Por otro lado, existen ciertas restricciones que se refieren a el uso de los MASC para resolver conflictos de tipo penal, para justificar la transigibilidad del artículo 146 del COIP, se toma en cuenta la conversión, explicada en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal que dice:

Art. 37.- (Sustituido por el Art. Artículo 11 de la Ley s/n, R.O. 555S, 24III2009). Las acciones por delitos de acción pública pueden ser transformadas en acciones privadas, a pedido del ofendido o su representante, siempre que el juez de garantías penales lo autorice. El fiscal podrá allanarse a este pedido; de no hacerlo, argumentará al juez de garantías penales las razones de su negativa. No cabe la conversión: a) Cuando se trate

⁴¹ Antonio Fuente del campo, Alma Ríos Ruiz. "El ejercicio de la Medicina y su entorno legal", *Cirugía plástica Ibero - Latinoamericana*, No. 2 (abril - junio de 2018): p 123-130.

⁴² Artículo 146, Código Orgánico Integral Penal [COIP]. R.O. Suplemento. 180 de 10 de febrero del 2014.

⁴³ Artículo 166, Código Orgánico Integral Penal

de delitos que comprometan de manera seria el interés social; b) Cuando se trate de delitos contra la administración pública o que afectan los intereses del Estado; c) Cuando se trate de delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio; d) Cuando se trate de crímenes de lesa humanidad; o, e) Cuando la pena máxima prevista para el delito sea superior a cinco años de prisión (...) ⁴⁴

En base a toda la normativa ecuatoriana mencionada anteriormente, se sentarán las bases para explicar el proceso de mediación, considerando que a primera vista si es viable dentro de los conflictos médico - paciente.

8. La mediación en la práctica

Para Jaime Vintimilla, mediador en esta y otras áreas, el proceso maneja la siguiente dinámica: primero se realiza la preparación del caso, ya que sin eso podría caerse la intervención. En segundo lugar, se la premediación, aquí el centro o el mediador mantiene conversaciones con las partes, aso ellas comprender a cabalidad que van a ensayar un procedimiento de mediación. En tercer lugar, se encuentran las audiencias de mediación, que dependiendo de la complejidad del caso pueden durar desde una reunión hasta un par de meses. Finalmente se consideran las horas del mediador que son pagaras por el trabajo del profesional.⁴⁵

Dentro del ámbito de la salud generalmente se acude mediación por operaciones relacionas a cirugías plásticas o donde han existido secuelas para los pacientes, en casos excepcionales se logran firmar acuerdos ya sea con la clínica o familiares de la víctima, sin dejar de lado todo el proceso que existe detrás de todos estos acuerdos, donde hay diferencia de posiciones, intereses, necesidades, niveles de poder o entendimiento del derecho, generalmente el proceso empieza con pretensiones muy altas que terminan en acuerdos con saludas razonables. Cuidando claro que no se invada el proceso de lo penal.⁴⁶

En este tipo de casos sobre todo cuando el derecho penal ha invadido el proceso no se puede dejar de lado la vía judicial. Aun así, es importante entender que la mediación es una herramienta para evitar un gasto de dinero innecesario, pérdida de tiempo y que hasta cierto punto acudir a procesos judiciales complejos que las partes no logran

⁴⁴ Artículo 37, Código de Procedimiento Penal. R.O . 511 de 10 de septiembre de 1983.

⁴⁵ Jaime Vintimilla, entrevistado por Tamy Pinos, 13 de noviembre del 2022, transcripción <https://docs.google.com/document/d/1dhOCK17rtd-9kYqeJ7Ak5yC6cr79C9wZ/edit?usp=sharing&ouid=104939110071181324613&rtppof=true&sd=true>

⁴⁶ Jaime Vintimilla, entrevistado por Tamy Pinos

comprender. En esta vía es posible indicar que aproximadamente en un total de 30 casos el 80% de estos han logrado llegar a acuerdos o actas de mediación con acuerdo total, que a su vez es satisfactorio para las partes.⁴⁷

Existe un desconocimiento de esta figura como herramienta efectiva que desplaza al juicio en los casos necesarios, así mismo es necesario aclarar hasta dónde llega la transmisibilidad en estos casos. A pesar de todo esta figura no es recomendable para las partes cuando no están seguras de accionar.⁴⁸

8.1. La mediación como el método más acertado

Dentro del ámbito internacional, en lo que refiere a la mediación se encuentran varios principios y son: la voluntariedad, el proceso es voluntario y busca llegar a una solución amigable con la controversia. Luego el consentimiento informado, en este punto se encuentran los detalles clave del proceso como la modalidad, etc. Así también la neutralidad, independencia, imparcialidad y justicia, estos son principios esenciales, la mediación será neutral respecto al resultado del proceso, independiente respecto a la forma en que se lleva el proceso en la misma línea imparcial respecto a su relación con las partes. Finalmente, la confidencialidad, principio que ayuda a crear un entorno de confianza para que las partes lleguen a posibles soluciones.⁴⁹

A pesar de la existencia de los principios anteriormente mencionados, autoras como Gabriela Rodríguez enfocan los principios en casos penales, si para ella estos principios deben reforzarse para proteger a quien se presenta como la víctima ya que en muchos casos el origen de esos procesos trae consigo una experiencia traumática. En este punto este punto se agrega el principio de la horizontalidad significa que el mediador debe comportarse, respecto a las partes, como alguien sin poder sobre ella, que obtiene la legitimación de su intervención por la aceptación de algo. Este principio aportará la imprescindible nota diferenciadora entre el sistema informal y el sistema judicial de la persecución pública.⁵⁰

Para autores como Munné y Mac- Cragh la cultura de la mediación está definida en 10 momentos que en secuencia podrá utilizar una persona para afrontar un conflicto

⁴⁷ Jaime Vintimilla, entrevistado por Tamyá Pinos

⁴⁸ Jaime Vintimilla, entrevistado por Tamyá Pinos

⁴⁹ Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado Oficina Permanente. “Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores”, 2012

⁵⁰ Gabriela Rodríguez. “Principios básicos de la mediación y Resolución alternativa de conflictos penales, *Observatorio del sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona*”, No. 1 (2011): p 307

utilizando la mediación. Los principios de trabajo personal con 4 y engloban lo que es la responsabilidad de actos y consecuencias, búsqueda de deseos, necesidades y valores, aceptación de una ayuda externa y la calidad de aprender de los momentos críticos. Los principios de trabajo interpersonal implican reconocer las crisis como algo inherente a la persona, comprensión del sufrimiento, potenciación de la creatividad en base a la realidad, la creencia de las posibilidades de las dos partes, y la necesidad de privacidad en los momentos difíciles. Finalmente, la visión del otro está basada en el respeto por los demás y la comprensión de los derechos, necesidades y valores del otro.⁵¹

En base a estos principios es posible afirmar que la mediación tiene un carácter flexible que se adapta a este tipo de conflictos, no siempre se busca una solución enfocada a nivel económico, en muchos casos únicamente la persona y la disculpa podrían cambiar la realidad del proceso. Es decir, esta enfocada no en lo que las partes desde el fondo de enojo o molestia quieren, si no mas bien en lo que necesitan para poder seguir adelante en un intento de superar lo que ha sucedido con su familiar o incluso consigo mismo.

9. Normativa existente para regular conflictos en el área salud con el uso de la mediación, desde el mundo a Ecuador.

Dentro de distintos países de Latinoamérica, como por ejemplo México se crea un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, creado mediante un Decreto Ejecutivo Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de junio de 1996, que respondía a la necesidad de poner a disposición de los mexicanos una instancia pública, especializa en actos médicos, este órgano es la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, (CONAMED) que interviene amigablemente para conciliar conflictos derivados de la prestación de servicios médicos, pero esta es solo una de sus características clave.⁵²

Desde su creación la CONAMED se ha pronunciado respecto a la necesidad de disponer de herramientas nuevas debido a la existencia de un incremento en los conflictos medicolegales, se considera a la mediación como una metodología pacífica para prevenir, transformar y contener el conflicto.⁵³

⁵¹ María Viana Orta. *La mediación en el ámbito educativo en España*. Estudio comparado entre comunidades autónomas. (Universidad de Valencia, 2011), 23-49.

⁵² Raúl Moctezuma, “La mediación en el Derecho Sanitario Mexicano. El proceso arbitral médico de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED)”, *Revista CONAMED*, no. 3 (julio-septiembre de 2016): 141-144

⁵³ Luis Bustamante, Victor Maldonado, José Meljem, Rafael Gutiérrez, “La mediación en la solución de controversias de salud”, *Revista CONAMED*, no. 18 (julio-septiembre de 2013): 125

Ley de la comisión de mediación, conciliación y arbitraje médico para el estado de baja california sur, esta ley regula un organismo descentralizado, con autonomía de gestión, personalidad jurídica y patrimonio propio. Su objetivo central se basa en tutelar el derecho a la protección de la salud. La presente ley en su capítulo sexto explica el procedimiento de mediación, conciliación y arbitraje, y en el capítulo séptimo específicamente de mediación. En este último se explica cómo se llevará el proceso, como se realiza la notificación, la audiencia, y como se documenta los acuerdos generados por las partes.⁵⁴

Ley 159. Gestión de calidad de atención y seguridad del paciente, Argentina. El objeto de esta ley es crear la Dirección Provincial de Gestión de Calidad, atención y seguridad del paciente. Esta direcciona las políticas de salud para así prevenir la prevalencia de eventos adversos, incidentes, fallas, errores o riesgos relacionados a la atención sanitaria. Esto incluye factores humanos, técnicos, organizativos y culturales.⁵⁵

En Chile el análisis de la norma concluye que para que las reclamaciones realizadas por solicitantes hacia prestadores de salud procedan, se deben cumplir en total tres requisitos:

Primero la existencia de un perjuicio susceptible de ser reparado desde la perspectiva civil, segundo la existencia de una defectuosa atención sanitaria por parte del prestador de salud o sus dependientes o funcionarios y tercero la existencia de un vínculo causal entre la defectuosa atención sanitaria y el daño producido al solicitante.⁵⁶

Actualmente Chile cuenta con un total de cinco normativas enfocadas en la mediación en materia de salud. La ley 19.966 de 2004 que establece un régimen de garantías en salud y que promueve la mediación como mecanismo de desjudicialización. La ley 9,880 que establece la base de los procedimientos administrativos. Decreto Supremo núm. 47 de 2005 que crea el reglamento de mediación por reclamos en contra de prestadores de instituciones públicas de salud. Decreto supremo núm. 35 de 2012, que aprueba el reglamento sobre el procedimiento de reclamo. Resolución núm. 142 exenta, de 2005, que establece los montos a pagar en virtud de los procesos de mediación.

⁵⁴ Artículo 1, Ley 2019. Ley de la Comisión de Mediación, Conciliación y Arbitraje médico para el Estado de Baja California Sur . Boletín Oficial del Gobierno del Estado de Baja California Sur. No. 2619 del 31 de agosto de 2019.

⁵⁵ Artículo 1, Ley 159 de 2019. Gestión de calidad de atención y seguridad del paciente. Boletín Oficial No. 159 del 16 de junio de 2022, 159.

⁵⁶ Darío Parra, Aníbal Olivares, Camila Riesco, "La mediación en el ámbito de la salud y su rol en la relación sanitaria", *Revista de Derecho*, no. 243 (enero-junio, 2018), 4

Específicamente la Ley No. 19.966 contempla las características de la mediación por daños en salud. En primer lugar, la no adversariedad. En segundo lugar, la comunicación directa de las partes. En tercer lugar, la colaboración de las partes. En cuarto lugar, la intervención de un mediador. En quinto lugar, la brevedad. En sexto lugar el efecto suspensivo de la prescripción. En séptimo lugar la informalidad. En octavo lugar la confidencialidad, en noveno la necesidad y por último la finalidad que se refiere específicamente a la solución extrajudicial de la controversia.⁵⁷

En la misma línea Decreto Supremo número 47 de 2005, Chile. Crea el reglamento de mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios prestadores privados de salud.⁵⁸

En Argentina la discusión versa sobre cómo los MASC (Métodos alternativos de solución de conflictos), procuran la participación de terceros neutrales, para este caso profesionales del sector salud, su independencia e imparcialidad se observan en su análisis ya que se encuentran apartados de intereses económicos o de oportunidad. Para este país es necesario que se genere un cambio cultural en materia de responsabilidad profesional sanitaria.⁵⁹

Para María de los Ángeles Vecchiarelli dentro del 3er Congreso Argentina de Neonatología del año 2016 el rol del mediador es preventivo en el área de salud, este facilita el dialogo, construye procesos, y también conforma equipos preparados para atender la gestión y administración de situaciones de este tipo, logrando así prevenir cuestiones gravosas. Por otro lado, equilibra los poderes en las relaciones asimétricas y también atiende la conflictividad en el área y sus interrelaciones.⁶⁰

En Ecuador la situación es bastante diferente y no existe una especialidad legal en esta área. La Ley de la Federación Médica ecuatoriana busca el perfeccionamiento y defensa profesional, integrada por todos los médicos que ejerzan legalmente su profesión en Ecuador, quienes están obligados a afiliarse a uno de los colegios médicos provinciales

⁵⁷ Benjamín Musso, “*De las mediaciones por daños en salud*”, 319-356

⁵⁸ Artículo 1, Decreto 47 de 2005. Reglamento de mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios y prestadores privados de salud. Ministerio de salud. No. 46 de 01 de febrero de 2005.

⁵⁹ Lorenzo Abogados, “Seguridad del paciente y métodos adecuados de solución de conflictos (MASC en responsabilidad profesional sanitaria)”, *Ofelia de Lorenzo Aparici*, no. 30 (2021): 131-129

⁶⁰ María de los Ángeles Vecchiarelli. Sociedad Argentina de Pediatría. “3er congreso argentino de neonatología”, Argentina, 28,29,30 y 1 de julio del 2016.

además de mencionar los derechos y obligaciones de sus miembros. Dentro de esta ley en su artículo 22 se considera:

Art. 22.- El Tribunal de Honor es el organismo provincial encargado de conocer y juzgar la conducta del médico, afiliado o no, en el ejercicio de su profesión, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar, de conformidad con las Leyes.⁶¹

A pesar de que este instrumento regula las acciones de los médicos dentro del Ecuador no explica cómo podrían resolverse conflictos de este tipo ni las alternativas con las que cuenta el médico, además deja de lado al resto del personal de salud.

Dentro del área de salud a raíz de lo sucedido con la crisis sanitaria COVID-19 se crea La Ley Orgánica de apoyo humanitario, en donde la mediación es considerada únicamente dentro de acuerdos relacionados deudas, cosa que considera un enfoque económico, mas no relativo al paciente ni a sus familiares.

10. Conclusiones y recomendaciones

En conclusión, la mediación es el método alternativo de solución de conflictos que logra involucrarse dentro de todo lo que implica el conflicto médico - paciente. Se presenta como una alternativa que considera cosas como el sentir de las partes, sus reales intereses, sus necesidades, etc. Esta vía es legal, está contemplada en la constitución y en general en la normativa ecuatoriana, pero no ha tenido el impulso ni el reconocimiento que ha tenido la vía judicial, por lo que muchas personas no consideran esta vía como una posible solución a este tipo de conflicto.

A pesar de que en la vía judicial una búsqueda por resolver conflictos de este tipo no es posible afirmar que el sistema realmente logra solucionar estos casos. Los resultados de los procesos por esta vía no han logrado cambiar la realidad de los médicos, no han mejorado el sistema de salud y muy en el fondo tampoco logra un resarcimiento real de las víctimas y de su proceso emocional y psicológico. La mediación es una vida que considera una infinidad de cosas que la vía judicial no, empezando con lo que realmente quieren las partes, no solo busca dar una restitución económica, busca modificar la calidad del sistema de salud, buscar que las víctimas sientan que atravesaron un proceso doloroso de la forma más amigable posible.

⁶¹ Capítulo VI. Ley de la federación médica ecuatoriana, 1979

Sin embargo, es importante entender que no existe ninguna herramienta que logre delimitar lo que implica la negligencia médica, y resultados negativos de un proceso médico. Existen alternativas que implican cambiar procedimientos dentro del área salud y en general todo lo que se refiere al contexto en el que se desarrollan estos procedimientos que podría ayudar a delimitar un campo para esta diferenciación. En esta línea también se considera que existen pocos manuales, principios, instructivos y demás que explique cómo debe ser el trato al paciente para poder evitar este tipo de proceso.

Hasta este punto queda claro que Ecuador si necesita una normativa especializada pero no solo eso, sino también necesita que los jueces y mediadores consideren alternativas diferentes, sobre todo en lo que se refiere al trato al paciente porque solo así estos procesos serán más llevaderos. En comparativa con otros países de Latinoamérica y del mundo en general Ecuador se encuentra por debajo de estos en el alcance normativo, ya que, a pesar de ser parte de convenios internacionales, y de tener en su normativa la Ley de Arbitraje y Mediación, no existe nada especializado respecto al área de salud, ni a nivel privado y mucho menos público.

La mediación no se opone a la vía legal, pues es contemplada dentro de la legislación como una alternativa para solución este tipo de conflictos, y tampoco es posible hablar de que la acción penal no es transigible puesto que actualmente y en la misma ley se considera a la conciliación, que también es un método alternativo de solución de conflictos y que actualmente es aplicado en la vía penal.

Finalmente cabe destacar que esta alternativa no implica la inexistencia de un proceso por la vía penal o por cualquier otra vía, pero si es una alternativa que busca una resolución legal y tangible pero que a su vez es considerada con las partes.