

LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA EN EL MARCO DE LAS DECLARACIONES Y CONVENIOS DE ÁMBITO INTERNACIONAL: LOS DERECHOS DEL PACIENTE

THE ECUADORIAN LEGISLATION IN THE FRAMEWORK
OF INTERNATIONAL DECLARATIONS AND CONVENTIONS
RELATING: THE RIGHTS OF THE PATIENT

JUAN MANUEL ALBA BERMÚDEZ¹

Doctorando en Ciencias Sociales y Derecho. Facultad
de Derecho UNED
Profesor Titular de Bioética Universidad de las Américas
Quito (Ecuador)

Resumen: En la actualidad, el derecho a la protección sanitaria está plenamente reconocido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales. Sin embargo, el derecho del paciente a rechazar un tratamiento médico sigue siendo un tema controvertido para la mayoría de los médicos y jueces, que de manera reiterada, priorizan jerárquicamente el derecho a la vida por encima de otros derechos, como la libertad para aceptar o rechazar un procedimiento médico (principio de autonomía), la libertad religiosa y la dignidad de la persona. La tendencia actual de los tribunales europeos es la despenalización del profesional de la salud que respeta la decisión del paciente, aun cuando se cause un perjuicio considerable o incluso la muerte.

¹ Profesor titular e investigador de bioética y legislación en biotecnología de la Facultad de Derecho en la Universidad de las Américas (Ecuador). Licenciado en Derecho y Máster en Derechos Fundamentales, con especialidad en bioderecho UNED. Máster en prácticas jurídicas y ejercicio de la abogacía, con especialidad en Derecho Matrimonial. Estudios de Derechos Humanos en la Université Catholique de Lyon (Francia).

En el Ecuador, la legislación no es totalmente clara y precisa en este tema, por ello, estudiaremos la base jurídica que dispone el paciente para rechazar un tratamiento médico por motivos ideológicos o religiosos en las Declaraciones, Pactos y Convenios internacionales.

Abstract: Presently, the right to health protection and provision is fully recognized in most western legal systems. However, the patient's right to refuse medical treatment remains a controversial issue for most physicians and judges, who repeatedly prioritize the right to life above all else. Such doctors can accept or Refuse a medical procedure (principle of autonomy), religious freedom and dignity of a patient. The European courts tend to side with the decriminalization of the health professionals who respect the patient's decision, even if it causes considerable prejudice or even death. In Ecuador, the legislation is not totally clear and precise in this subject, therefore, we will study the legal basis that the patient has the right to refuse medical treatment for ideological or religious reasons in declarations, covenants, international agreement.

Palabras claves: Ecuador. Bioderecho. Paciente. Bioética. Derecho internacional.

Keywords: Ecuador. Biolaw. Patient. Bioethics. International law.

Recepción original: 15/02/2017

Aceptación original: 29/03/2017

Sumario: I. Introducción. II. Origen de los derechos del paciente. III. Los derechos del paciente en las Declaraciones, Pactos y Convenios internacionales. *III.A Organización Mundial de la Salud. III.B En el continente europeo. III.C En el continente americano.* IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En este apartado² nos ceñiremos a algunos modelos de derecho internacional que ha regulado los derechos del paciente, especialmente, la posibilidad de negar un tratamiento médico. El objetivo no es realizar una comparativa entre las normativas internacionales, más bien, intentaremos resaltar los puntos positivos que pueden ser útiles

² Para desarrollar este tema nos ceñiremos básicamente a la obra de Narciso Martínez Moran, «Los derechos humanos en las relaciones médico-paciente» en *Donde la sociología te lleve Miscelanea en torno a la figura de Benjamín González Rodríguez* (A Coruña, Universidade da Coruña, 2006).

en la normativa ecuatoriana y sirva para un mayor bienestar de los pacientes en dicho país. De la misma manera, aquello que consideremos que por sus características y trayectoria resultó en fracaso, diagnosticaremos el problema para evitar su inclusión en la normativa sanitaria del Ecuador.

En este punto, no nos limitaremos a copiar modelos extranjeros e intentar insertarlos en el Ecuador, simplemente alegando que son buenos o positivos para la población. Tenemos que tener en cuenta que el contexto de cada país es diferente, los recursos económicos influyen al pretender reproducir la tecnología médica de países desarrollados.

Con el único propósito de mejorar la normativa de los derechos del paciente en el Ecuador, empezaremos realizando una trayectoria del derecho internacional en esta temática, que como percibiremos, la mayoría se encuentra ratificada y aprobada por el Estado ecuatoriano. A lo largo de este análisis, se apreciará como el estudio realizado no solo es vinculante única y exclusivamente para el Ecuador, sino también para otros modelos sanitarios. Cualquier Estado puede aprovechar los resultados obtenidos, a fin de valorar si su normativa contempla la negación de un paciente ante un tratamiento médico, aun cuando la situación no se aprecie con asiduidad.

II. ORÍGENES DE LOS DERECHOS DEL PACIENTE EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL

La famosa «Carta de los derechos del enfermo» del 6 de enero de 1973, tuvo un fuerte impacto en la sociedad norteamericana, y por extensión en todo el mundo, al incorporar principios que debían ser respetados en todos los pacientes. Por el mismo tiempo, dos importantes obras trazan el rumbo de los derechos venideros, estamos hablando de la «Teoría de justicia», de Rawls³, y «Bioética, un puente

³ Desde 1971, «*A Theory of Justice*», de John Rawls, es una obra referente para la discusión filosófica político y moral. RAWLS, John: *Teoría de la justicia* (México: Fondo de cultura económica, 2012). A fin de analizar el pensamiento de Rawls, véase la siguientes obras: Chandran KUKATHAS, Miguel Ángel RODILLA GONZÁLEZ, Philip PETTIT: *La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos* (Barcelona: Tecnos, 2004). Paul WOLFF: *Para comprender a Rawls: una reconstrucción y una crítica de teoría de la justicia* (México: Fondo de Cultura Económica, 1981). Óscar MEJÍA QUINTANA: *Justicia y democracia consensual: la teoría neocontractualista en John Rawls* (Bogotá: Siglo del hombre editores 1997). Gardy Augusto BOLÍVAR ESPINOZA, Óscar Rogelio CALOCA OSORIO: «Teoría de la justicia de Rawls», *Polis*, Vol. 40 (2015). CABALLERO, José Francisco: «La teoría de la justicia de John Rawls», *Voces y contextos*, Vol. 2.1 (2006): 1-22.

hacia el futuro», de Van Potter. Un año más tarde de la «Carta de los derechos del enfermo», se aprobó una declaración de los «Derechos de los enfermos», por el Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los EEUU. Y en 1979, se publica la «Carta del enfermo usuario de hospital», creada por la comisión de hospitales de la Comunidad Económica Europea, que tiene una notable incidencia en los derechos del paciente en todo el continente⁴.

Es importante poder acotar cuales son los derechos tanto del paciente como de los profesionales de la salud, junto con los *deberes* de ambos. Por obvias razones de contenidos, y posible desinterés no trataremos algunos acontecimientos históricos, sino que nos centraremos en el momento actual, con una mirada más profunda al futuro que al pasado.

Es abundante la legislación internacional, especialmente cuando hacemos alusión a las Declaraciones, Pactos y Convenios que aluden a los derechos y deberes del paciente y del personal sanitario⁵. A ello, tenemos que sumar los diferentes Códigos Deontológicos médicos existentes en el mundo.

⁴ TREJO, Carlos: «Los derechos humanos y su vinculación con los derechos de los pacientes», *Revista médica de Chile*, Vol. 128,12 (2000): 1374-1379.

⁵ Cuando hablamos del personal sanitario hacemos alusión a: «todas las personas que llevan a cabo tareas que tienen que ver como principal finalidad promover la salud» (Organización Mundial de la Salud (OMS - Informe sobre la salud en el mundo, 2006). En otra definición de la OMS, establece: «todas las organizaciones, personas y acciones cuya finalidad es promover, restaurar o mantener la salud». World Health Organization, *Manual de seguimiento y evaluación de los recursos humanos para la salud: con aplicación especial para los países de ingresos bajos y medianos* (Francia: World Health Organization, 2009), 15. De dicha definición se desprende, que los familiares que cuidan de un enfermo también deberían de contabilizarse como personal sanitario. Aunque, por razones laborales, económicas y por desinformación no se cuenta como personal sanitario. El siguiente cuadro define el personal sanitario.

Formación y ocupación	Sector sanitario	Sector y ocupación no sanitario
Formación sanitaria.	Médicos y enfermeros.	Empresas privadas.
Formación sanitaria sin trabajar en ello.	Médicos que realizan actividades administrativas.	Docencia.
Sin formación sanitaria.	Administrativos sin formación sanitaria.	Todos los demás.

Fuente: World Health Organization (2009).

Tras un largo proceso, los derechos de libertad (civiles y políticos) aparecen tras la caída de los privilegios personales de unos pocos, para convertirse en derechos de todos. Por tanto, primero se *generalizan* y posteriormente se *universalizan* los derechos de libertad, finalizando con las Declaraciones de Derechos⁶, entre ellas:

- Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776).
- Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776).
- Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789).

Indudablemente, estas tres declaraciones sepultaron el Antiguo Régimen, dando inicio a un nuevo periodo.

Con el tiempo, se produjeron diversas y variadas declaraciones que tuvieron una notable influencia en el hombre (individuo y ciudadano), aunque dichas declaraciones no contemplaban los derechos del paciente (ámbito sanitario), sentaron las bases para su posterior regulación. Veamos algunos ejemplos.

III. LOS DERECHOS DEL PACIENTE EN LAS DECLARACIONES, PACTOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES

- *Declaración Universal de los Derechos Humanos*^{7 8}. Establece en su preámbulo que: «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana». Se puede apreciar claramente la *universalización* de los derechos. Es la primera Declaración que reconoce la protección de la salud a todas las personas, al establecer en su artículo 25 que: «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida... y en especial la alimenta-

⁶ Para una mejor comprensión, véase la obra: MARTÍNEZ MORÁN, Narciso: «El marco jurídico-político de las teorías contemporáneas de la justicia: el tránsito del Estado liberal al Estado social y la crisis de éste», en *Manual de Filosofía del Derecho*, coord. Martínez Morán, Narciso (Madrid: Universitas, 2014), págs. 125-132.

⁷ Traducida a más de quinientos idiomas y elaborada por representantes jurídico y culturalmente diferentes, procedentes de diversas regiones del mundo. Proclamada en la Asamblea General de las Naciones Unidas en París (Francia), el 10 de diciembre de 1948. Resolución 217 A (III).

⁸ Para una mejor comprensión, véase la obra: MARTÍNEZ MORÁN, Narciso: «Los derechos humanos entre la utopía y la realidad», en *Utopía y realidad de los Derechos Humanos en el cincuenta aniversario de su Declaración Universal*. Ed. Martínez Morán, Narciso (Madrid: UNED, 1999), 23-48.

ción, el vestido, la vivienda, la asistencia médica⁹ y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez (...).

Resulta llamativo, como el artículo 1, hace alusión a la conciencia de las personas, «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.» De la misma manera, —dice el artículo 18— «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia». Este reconocimiento de la *conciencia*, en los seres humanos es el pilar fundamental para reconocer la libertad de conciencia y su manifestación en la objeción de conciencia, necesarias para otorgar validez jurídica a la negación del paciente a un tratamiento médico.

- *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*¹⁰. Destaca principalmente el artículo 7 «nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos». Establece la cláusula de conciencia como límite a la injerencia de un tratamiento médico, sin duda, es el hito que marca la posibilidad de una negativa del paciente a un tratamiento médico. Estableciendo el artículo 8.3 ii) la posibilidad de conciencia en el ámbito

⁹ El término «asistencia médica» utilizado en la DUDH, es definido, al igual que el artículo 8, del Capítulo III, por el Código de Deontología Médica Española, del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, como: «Una relación plena de entendimiento y confianza entre el médico y el paciente. Ello presupone el respeto del derecho a éste a elegir o cambiar el médico o de centro sanitario. Individualmente los médicos han de facilitar el ejercicio de este derecho e institucionalmente procuraran armonizarlo con las previsiones y necesidades derivadas de la ordenación sanitaria».

Existe una corriente, cada vez menor, que sostiene la DUDH, como toda declaración, no es de obligatorio cumplimiento por los Estados, por lo tanto, no tiene efectos vinculantes. No obstante, siguiendo el razonamiento de MARTÍNEZ MORÁN, «la Declaración pronto se convirtió en un referente para toda la humanidad, adquiriendo la condición de «cuasiconvenio» por el respeto y por la exigibilidad de los derechos en ella contenidos. Los internacionalistas así lo entienden y le confieren el rango de tratado exigible, que lo ha adquirido por costumbre y asentimiento internacional».

¹⁰ 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. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

militar¹¹. Indiscutiblemente, como señala SINGER, es la primera objeción de conciencia reconocida a nivel internacional, abriendo las puertas para la regulación de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario.

- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*¹². En el artículo 12, menciona el derecho al disfrute «del más alto nivel posible de salud física y mental»¹³, consiguiéndose con algunas medidas como: «d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad». Preponderando la importancia de una protección sanitaria de calidad en igualdad de condiciones.
- *Declaración de Yakarta sobre la Promoción de la Salud en el Siglo XXI*¹⁴. Establece que «la salud es un derecho humano básico e indispensable para el desarrollo social y económico». Entre sus cinco prioridades se encuentra 1) promover la responsabilidad social para la salud; 2) aumentar las inversiones en el desarrollo de la salud; 3) consolidar y ampliar las alianzas estratégicas en pro de la salud; 4) ampliar la capacidad de las comunidades y empoderar al individuo, y 5) consolidar la infraestructura necesaria para la promoción de la salud.
- *Carta de Ottawa para la promoción de la Salud*¹⁵. El objetivo principal es alcanzar «salud para todos en el año 2000». Se

¹¹ Como señala Peter Singer, la primeras objeciones de conciencia se producen en el ámbito militar, y con el tiempo, aparecen las objeciones en el ámbito sanitario. Si el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contempla una objeción al servicio militar, es una apertura a mayores objeciones. SINGER, Peter: *Democracia y desobediencia* (Barcelona: Ariel, 1985).

¹² 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. Entrada en vigor el 3 de enero de 1976.

¹³ Según el Pacto, la salud es considerada el bienestar físico y mental. La salud mental es valorada cuando un paciente, pese a estar bien físicamente, no se respetan sus derechos (intimidad, confidencialidad, autonomía, libertad, etc...) generando un menoscabo psíquico. La OMS, define la Salud como «un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades». Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, en Nueva York del 19-22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, n.º 2, pág. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

¹⁴ Adoptada en la cuarta Conferencia Internacional sobre la Promoción de la Salud –Nuevos actores para una nueva era: llevar la promoción de la salud hacia el siglo XXI– Julio 21-25 de 1997, Yakarta (Indonesia).

¹⁵ Primera Conferencia Internacional sobre la Promoción de la Salud reunida en Ottawa el 21 de noviembre de 1986.

analizaron los problemas que las regiones y países en vías de desarrollo presentan para alcanzar una «salud universal». A fin de lograr el objetivo se considera necesario: proporcionar los medios necesarios, actuar como mediador, elaborar políticas públicas, crear ambientes favorables, fortalecer la acción comunitaria, aptitudes personales, y reorientar los servicios sanitarios.

III.A Organización Mundial de la Salud

La Organización Mundial de la Salud (OMS) reconoce la protección de los derechos a la salud en las Declaraciones y Cartas, junto con la Asociación Médica Mundial (AMM).

— *Declaración de Lisboa de la AMM sobre los Derechos del Paciente*¹⁶. Regula la relación médico-paciente, en aras del mejor interés del *paciente* de acuerdo a su conciencia, en busca de garantizar la autonomía y justicia, ante los cambios surgidos en los últimos años. Entre sus principios, artículo 1, destaca la atención médica de buena calidad. Art. 1.b «Todo paciente tiene derecho a ser atendido por un médico que él sepa que tiene libertad para dar una opinión clínica y ética, sin ninguna interferencia exterior». Derecho a la libertad de elección (art. 2); Derecho de autodeterminación (art. 3); «el paciente (...) tiene derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia (...) información necesaria para tomar sus decisiones. (...) entender claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento. Paciente inconsciente (art. 4); paciente incapacitado (art. 5); procedimiento contra la voluntad del paciente (art. 6); derecho de información (art. 7), derecho al secreto (art. 8); derecho a la dignidad (art. 10), y, derecho a la asistencia religiosa (art. 11).

¹⁶ Adoptada por la 34.^a Asamblea Médica Mundial Lisboa, Portugal, Septiembre/Octubre 1981 y enmendada por la 47.^a Asamblea General Bali, Indonesia, Septiembre 1995 y revisada su redacción en la 171.^a Sesión del Consejo, Santiago, Chile, Octubre 2005 y reafirmada por la 200.^a Sesión del Consejo de la AMM, Oslo, Noruega, abril de 2015.

III.B En el Continente europeo

- *Convenio para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales*¹⁷. En cinco ocasiones hace alusión a la protección de la salud (artículos 2, 8 -11). Aunque en su eje central no analiza los derechos del paciente.
- *Carta Social Europea*¹⁸. Establece derechos sociales que reconocen la protección a la salud. Instaurando en su Parte I.11 «Toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar».

En su artículo 11, menciona que para garantizar la salud se adoptaran algunas medidas, entre ellas, 1. «eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente. 2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma». Tratando el artículo 12 los derechos de Seguridad Social.

- *Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano respecto a las aplicaciones de la Biología y la Biomedicina*¹⁹. Este documento es especialmente relevante por varios motivos, uno de ellos es su carácter vinculante, desde el punto de vista jurídico para los Estados que lo han suscrito. Otro, reconoce los derechos del paciente desde una perspectiva –protección– de dignidad²⁰ y respeto a los Derechos Humanos. Con una proyección actualizada reconoce derechos al paciente, centrándose en las preocupaciones y en las incidencias más alarmantes para el afectado y sus familiares.
- Artículos 5-9: capítulo II – *Consentimiento Informado*. «Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e infor-

¹⁷ Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Roma, 4. XI.1950.

¹⁸ Todos los Estados que conforman el Consejo de Europa, el 18 de octubre de 1961, adopta la Carta Social Europea. Esta carta, también conocida como la Carta de Turín, es considerada el segundo gran instrumento de Derechos Humanos en Europa, al abordar temas sociales como la salud y el ámbito laboral. Se incorporó en 1988 cuatro nuevos derechos, y finalmente, en 1996, se amplió a 31 los derechos sociales (CSE).

¹⁹ Firmado el 4 de abril de 1997, en la ciudad asturiana de Oviedo. Establece en el artículo 2, la *primacía del ser humano*: «El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia».

²⁰ Cf. MARTÍNEZ MORÁN, Narciso: «Persona, dignidad humana en investigaciones médicas», en *Bioteología, Derecho y dignidad humana*, Coord. Martínez Morán, Narciso (Granada: Comares, 2003), págs. 3-43.

- mado consentimiento (...) En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento».
- Artículo 10: Capítulo III - Vida privada y derecho a la información. Derecho a la intimidad, información de los datos médicos o no información.
 - Artículos 11-14: Capítulo IV - Genoma humano. Prohibición de discriminación por patrimonio genético.
 - Artículos 15-20: Capítulo V - Investigación científica. Protección de las personas que se prestan a un experimento científico (art. 16). Personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento (art. 17). Experimentación con embriones «in vitro». Capítulo VI. Extracción de órganos y tejidos del donante vivos para trasplantes (art. 19).
 - Artículos 21-22: Capítulos VII. Prohibición de lucro y utilización de una parte del cuerpo humano.
- *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*²¹. Consciente del patrimonio espiritual y moral, la Unión refuerza los derechos ante el rápido avance de la ciencia en la sociedad actual. El artículo 35 reconoce *la protección de la salud*: «Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y practicas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana». Obviamente, este es uno de los artículos más innovadores a lo largo de la historia que garantizan y respetan los derechos del paciente. Europa, siempre a la vanguardia de la protección y la salud de sus ciudadanos se consagra como un modelo

²¹ (2000/C 364/01) En la ciudad de Niza, por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. Se proclamó por segunda vez con algunas enmiendas en 2007. En 2009 la Carta adquiere el mismo carácter vinculante que los Tratados. Conexión con el TUE:- El artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea, en su versión consolidada tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, establece lo siguiente: «1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.»

para otros países y regiones. De igual forma, se establece que el consentimiento tiene que ser «libre e informado», prevaleciendo la decisión del paciente por encima de cualquier otro, inclusive el médico–, reafirmando el principio de *autonomía*. La Carta reconoce también la voluntad del paciente, la prohibición de la eugenesia (prácticas), el lucro del cuerpo humano, y la clonación en seres humanos.

— *Carta Europea de los Niños Hospitalizados*²². Adquiere especial valor al proteger un colectivo especialmente vulnerable como son los menores de edad. A menudo se anula la capacidad de decisión del menor por entenderse que no comprende la realidad que le sucede, suscitando un problema de autonomía del menor²³.

— *Declaración de Ámsterdam sobre la Protección de los Derechos de los Pacientes en Europa*²⁴. Ante los numerosos cambios acaecidos en la últimas décadas en el ámbito social, cultural, político, ético y económico, se genera la necesidad de desarrollar «nuevamente» los derechos de los pacientes. Entre ellos, establece en su artículo 3 «El consentimiento informado del

²² Resolución A2-25/86, de 13 de mayo de 1986 del Parlamento Europeo.

²³ GRACIA GUILLÉN, D.: «Bioética y pediatría», *Rev Esp Pediatr* 53.2 (1997): 99-106. REZZÓNICO, Carlos: «Bioética y derechos de los niños», *Archivos argentinos de pediatría* 102.3 (2004): 214-219. SÁNCHEZ, Jacob: «El menor maduro», *Boletín de Pediatría* 45.193 (2005): 156-160. MORENO ANTÓN, María: «La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (2011). SÁNCHEZ, Jacob, et al.: «Evaluación de los conocimientos legales y éticos de los profesionales sanitarios en relación con el adolescente», *Revista pediátrica de atención primaria* 10.39 (2008): 443-456. JÄÄSKELÄINEN, Federico de Montalvo: «El menor: un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal)», *Revista CESCO de Derecho de consumo* 8 (2014): 289-305. DE LA TORRE DÍAZ, Francisco Javier: *Adolescencia, menor maduro y bioética* (Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2011). VIDAL CASERO, María del Carmen: «La evolución legislativa de la protección del menor; la defensa de sus derechos y la atención a su salud», *DS: Derecho y salud* 10.2 (2002): 219-230.

BELLVER CAPELLA, Vicente: «Ética de la asistencia primaria a los niños de procedencia internacional», *Acta bioethica* 18.2 (2012): 189-198. GÓMEZ ÁLVAREZ, José Enrique: «La autonomía del menor; bioética y religión: fuente de paradojas», *Boletín médico del Hospital Infantil de México* 67.3 (2010): 223-229.

²⁴ Realizada en Ámsterdam del 23-30 de marzo de 1994. Auspiciada por la Oficina Regional para Europa de la OMS (OMS/EURO), siendo el anfitrión Holanda. Asistieron 60 personas de 36 países-Estados Miembros. El objetivo era definir principios y estrategias para proteger (promover) los derechos de los pacientes en las reformas sanitarias llevada a cabo por algunos países. Los principios rectores que inspiran la Declaración de Ámsterdam, son la resolución de la Asamblea Mundial de la Salud, referente a *la salud para todos* (OMS 30.43, 19 mayo 1977) y el modelo de atención sanitaria establecido en la Declaración Alma-Ata (12 de septiembre de 1978).

paciente es el requisito previo a toda intervención médica (...) derecho a negarse a detener una intervención médica». Confidencialidad y privacidad (art. 4); atención sanitaria y tratamiento (art. 5); y su aplicación (art. 6). Como se puede observar, negarse a recibir un tratamiento médico no es un acto caritativo del médico al paciente, sino más bien, es un derecho del paciente hacia el profesional de la salud.

— *Carta de la Reforma de la Atención Sanitaria de Ljubljana*²⁵. Importante documento que reconoce que «debe haber cobertura universal y acceso equitativo para toda la población a la asistencia necesaria». Establece cinco puntos (compromisos) para garantizar la atención sanitaria de los ciudadanos, junto con las opiniones –elecciones– de configurar el sistema de salud.

Finalmente, no podemos terminar sin hacer alusión a la *Carta Europea de los Derechos de los Pacientes*²⁶. Reconoce catorce derechos a los pacientes que son la síntesis de los derechos contenidos en los documentos internacionales citados anteriormente, y en las Declaraciones del Consejo de Europa y la OMS. Establece los siguientes puntos:

1. *Derecho a Medidas Preventivas*. «Todo individuo tiene derecho a un servicio apropiado para prevenir la enfermedad»;
2. *Derecho al acceso*. Sin discriminación;
3. *Derecho a la información*. Estado de salud, servicios sanitarios e investigación científica;
4. *Derecho al consentimiento*. Participación activa en las decisiones, requisito para cualquier procedimiento y tratamiento;
5. *Derecho a la libre elección*. Elegir libremente los procedimientos y tratamientos en base a una información adecuada;
6. *Derecho a la privacidad y confidencialidad*. Información personal (diagnostico, terapéutico, visitas y tratamientos);
7. *Derecho al respeto del tiempo del paciente*. Tratamiento en un periodo de tiempo predeterminado y rápido;
8. *Derecho al cumplimiento de los estándares de calidad*;
9. *Derecho a la seguridad*. Libre de daños (sanitarios, médicos, negligencias, acceso y tratamientos);

²⁵ Carta de Ljubljana sobre la reforma de la atención sanitaria, 1996. Copenhague, Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud, 1996.

²⁶ Elaborada en Roma (Italia), en noviembre de 2002. Realizada por la Red Ciudadana Activa (Active Citizenship Network).

10. *Derecho a la innovación;*
11. *Derecho a evitar dolores y sufrimientos innecesarios;*
12. *Derecho a un tratamiento personalizado;*
13. *Derecho a reclamar;*
14. *Derecho a la compensación.*

Si bien es cierto, que algunos documentos internacionales citados con anterioridad solo tienen eficacia en Europa, y por lo tanto, vinculante para los países miembros, hemos querido hacer alusión a ellos al ser pioneros en el desarrollo del respeto de los derechos del paciente. De manera parecida, la normativa europea, como veremos más adelante, sirve de inspiración al continente americano, muy especialmente en el Ecuador, con el único fin de conseguir una legislación garantista que regule y respete las decisiones del paciente, abandonando el paternalismo existente en la actualidad.

III.C En el continente americano

Una de las primeras referencias que encontramos en el continente americano, a los derechos de las personas a la prestación sanitaria es la creación de la *Organización Panamericana de la Salud*. En 1879, una fuerte epidemia de fiebre amarilla azotó varios países americanos (Uruguay, Brasil, Argentina y Paraguay), propagándose rápidamente por todo el continente hasta llegar a los Estados Unidos, causando más de 20.000 muertes. En este trágico contexto, los países se unieron para erradicar la epidemia creando la Organización Panamericana de la Salud (OPS), en 1902²⁷. Con el tiempo, se transformó en la Organización Mundial de Salud.

— *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre*^{28 29}. En su preámbulo reconoce la libertad, igualdad y dig-

²⁷ «Acerca de la Organización Panamericana de la Salud (OPS)», OMS, OPS, consultado el 13 de febrero de 2017. http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=91&Itemid=220&lang=es.

²⁸ Aprobado en la Novena Conferencia Internacional Americana, el 2 de mayo de 1948, en la ciudad de Bogotá (Colombia). También se adoptó la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas.

²⁹ Comenta el jurista García Bauer, que: «Basta leer el texto del proyecto y la Declaración aprobada para darse cuenta de los cambios y ampliaciones de que fue objeto el proyecto en la Conferencia en Bogotá. Además de agregarle el Considerando y el Preámbulo, el artículo sufrió modificaciones y los XIX artículos del proyecto aumentaron a XXXVIII en la Declaración, es decir, que la Declaración Americana contiene ocho artículos más que la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones

nidad de todos los hombres, al poseer conciencia y razón, que los conduce a vivir fraternalmente los unos con los otros. En su artículo XI, establece: «Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad». La igualdad en acceso a la sanidad, junto con la protección sanitaria es el primer paso para que todos los ciudadanos puedan reclamar sus derechos en materia sanitaria.

- *Convención Americana sobre Derechos Humanos*³⁰. Si bien es cierto, que no hace alusión específica los derechos del paciente, ni tan siquiera a la salud³¹, podemos apreciar algunos derechos que sirven de garantías a la negación de un paciente a recibir un determinado tratamiento.

El artículo 12 reconoce la *libertad de Conciencia y Religión*. «Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias». Teniendo en cuenta que la mayoría de los impedimentos a recibir un tratamiento médico obedece a razones morales y religiosas, estaríamos ante la posibilidad de alegar el articulado citado para amparar la decisión del paciente.

- *Protocolo Adicional a la Convención América sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Protocolo de San Salvador»*³². Con la premisa de que los derechos del hombre no nacen de una nacionalidad o Estado, sino por ser persona humana, es necesario, proteger determinados derechos. El artículo 10, reconoce expresamente

Unidas del mismo año de 1948. Dentro de esos XXXVIII artículos, varios se refieren a deberes, los que, aparte de la mención general que se hace en el artículo 29, no son mencionados específicamente en la Declaración Universal». Carlos GARCÍA BAUER: *Los Derechos Humanos, Preocupación Universal* (Guatemala: Universitaria, 1960). Marco Gerardo MONROY CABRA: «Aplicación de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre por la comisión interamericana de derechos humanos». Instituto Interamericano de Derechos humano. Edición especial, págs. 132-135.

³⁰ Conocido como el Pacto de San José. Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32). Del 7-22 de noviembre de 1969, en San José (Costa Rica).

³¹ Las breves alusiones a la salud, se refiere a las limitaciones prescritas por la ley para garantizar algunos derechos que podrán ser restringidos para proteger la salud, el orden o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

³² Adoptado el 17 de noviembre de 1988, en San Salvador (El Salvador). Firmado por el Ecuador el 17 de noviembre de 1988, y ratificado el 2 de octubre de 1993.

el Derecho a la Salud, «toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social». Y para garantizar, establece los siguientes puntos:

- Atención primaria de la salud.
- Servicio de salud para todos en igualdad de condiciones.
- Inmunización contra las principales enfermedades contagiosas.
- Educación de la población para la prevención de enfermedades.
- Protección de salud para los grupos más vulnerables.

Como se puede apreciar, es un documento internacional suscrito por los países americanos que reconocen el derecho a la salud para todos, en igualdad de condiciones.

— *Conferencia Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina*, «Declaración de Caracas»³³. La preocupación de los Estados firmantes no recae solamente sobre la atención sanitaria física, sino también, la atención psíquica. Estableciendo en su consideraciones: «Qué la Atención Primaria de Salud es la estrategia adoptada por la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud y refrendada por los Países Miembros para lograr la meta Salud para todos en el año 2000». Para conseguirlo, declaran que los legisladores tienen que asegurar y respetar los «derechos humanos y civiles» de los enfermos mentales.

El hecho que los Estados se comprometan a garantizar los derechos humanos y civiles de los pacientes con enfermedades mentales, iguala los derechos de *todos los* pacientes. Gracias a ello, el ciudadano puede exigir el cumplimiento de estos derechos ante los tribunales ordinarios e internacionales.

Con el propósito de garantizar los derechos anteriormente citados, existe en el continente americano la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*, y la *Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH)*. De forma conjunta velan por la protección de los Derechos Humanos.

³³ 11-14 de noviembre de 1990, Caracas (Venezuela).

En el Ecuador, entre los deberes del Estado, como establece la Constitución, se encuentra garantizar el goce de los instrumentos internacionales, entre ellos, la salud. (art. 3.1). De igual forma, los Derechos Humanos³⁴ contemplados en los instrumentos internacionales son de aplicación directa (art. 11.3) en el territorio ecuatoriano y cualquier ciudadano puede solicitar su cumplimiento. Por ello, entendemos que los pacientes pueden solicitar el respeto de dichos derechos –internacionales– cuando no se tolere o acepte su decisión por el personal médico. Los jueces aplicaran justicia con sujeción, no solo a la Constitución, sino también, a los instrumentos internacionales (art. 172). Huelga decir, que en ningún momento el juez estaría autorizado para anular la decisión del paciente (autonomía), por una que consideren más acertada.

En el supuesto caso de discrepancia entre normas jurídicas, la Constitución ecuatoriana establece la supremacía jerárquica de los tratados internacionales de Derechos Humanos que sean más favorables que los propios contenidos en la Constitución (art. 424). Este innovador artículo, sin precedentes en otras Constituciones, otorga al paciente especial protección en el respeto de sus derechos.

IV. CONCLUSIONES

La normativa internacional en materia de salud es clara y precisa referente con los derechos del paciente. La mayoría de las Declaraciones, Pactos y Convenios internacionales se encuentran firmados y ratificados por los países occidentales, sin embargo, a menudo aparece ciertas discrepancias con la normativa interna. En el caso del Ecuador, la legislación interna se encuentra obsoleta en concordancia con la Constitución de la República, y por ende, con la normativa internacional. Es necesaria una modificación de la Ley Orgánica de la Salud, a fin de que su articulado se adapte a los preceptos constitucionales otorgando mayor autonomía al paciente.

La solución no estriba en ratificar y firmar numerosos tratados internacionales, sino, sencillamente, en hacerlos cumplir en aras de una buena atención sanitaria que respete la decisión del paciente en todo momento, incluso cuando se considere poco aconsejable para el paciente. Los principios bioéticos (autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia), deben estar presente en cualquier actuación médi-

³⁴ Cfr. MARTÍNEZ MORÁN, Narciso: «Reconocimiento y protección estatal», en *Introducción de los derechos humanos*, Coord. Castro de Cid, Benito (Madrid: Univesitas, 2003), págs. 185-202.

ca, donde la *información* sea la base fundamental de la relación médico-paciente, basadas en una reciprocidad de confianza y cooperación entre ambos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BELLVER CAPELLA, Vicente. «Ética de la asistencia primaria a los niños de procedencia internacional.» *Acta bioethica* 18.2 (2012): 189-198.
- BOLÍVAR, Gardy; CALOCA, Óscar. «Teoría de la justicia de Rawls», *Polis*, Vol. 40 (2015).
- CABALLERO, José Francisco. «La teoría de la justicia de John Rawls», *Voces y contextos*, Vol. 2.1 (2006): 1-22.
- Carta de la Reforma de la Atención Sanitaria de Ljubljana. Copenhague, Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud, 1996.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (2000/C 364/01)
- Carta de Ottawa para la promoción de la Salud. Conferencia Internacional sobre la Promoción de la Salud reunida en Ottawa el 21 de noviembre de 1986.
- Carta Europea de los Niños Hospitalizados. Resolución A2-25/86, de 13 de mayo de 1986 del Parlamento Europeo.
- Carta Social Europea. Consejo de Europa, el 18 de octubre de 1961, adopta la Carta Social Europea.
- Código de Deontología Médica Española, del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos.
- Conferencia Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina, «Declaración de Caracas». 11-14 de noviembre de 1990, Caracas (Venezuela).
- Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano respecto a las aplicaciones de la Biología y la Biomedicina. 4 de abril de 1997, en la ciudad asturiana de Oviedo.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José. Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32). Del 7 - 22 de noviembre de 1969, en San José (Costa Rica).

- Convenio para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales. Roma el 4 de noviembre de 1950. Roma, 4. XI.1950.
- DE LA TORRE DÍAZ, Francisco Javier. *Adolescencia, menor maduro y bioética* (Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2011).
- Declaración de Ámsterdam sobre la Protección de los Derechos de los Pacientes en Europa. Oficina Regional para Europa de la OMS (OMS/EURO).
- Declaración de Lisboa de la AMM sobre los Derechos del Paciente. 34.^a Asamblea Médica Mundial Lisboa (Portugal), Septiembre/Octubre 1981. Enmendada por la 47.^a Asamblea General Bali, Indonesia, Septiembre 1995 y revisada su redacción en la 171.^a Sesión del Consejo, Santiago, Chile, Octubre 2005 y reafirmada por la 200.^a Sesión del Consejo de la AMM, Oslo, Noruega, Abril 2015.
- Declaración de Yakarta sobre la Promoción de la Salud en el Siglo XXI. Cuarta Conferencia Internacional sobre la Promoción de la Salud –Nuevos actores para una nueva era: llevar la promoción de la salud hacia el siglo XXI– Julio 21-25 de 1997. Yakarta (Indonesia).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 3 de enero de 1976.
- GARCÍA BAUER, Carlos García. *Los Derechos Humanos, Preocupación Universal* (Guatemala: Universitaria, 1960).
- GÓMEZ ÁLVAREZ, José Enrique. «La autonomía del menor, bioética y religión: fuente de paradojas.» *Boletín médico del Hospital Infantil de México* 67.3 (2010): 223-229.
- GRACIA GUILLÉN, D. «Bioética y pediatría», *Rev Esp Pediatr* 53.2 (1997): 99-106.
- JÄÄSKELÄINEN, Federico de Montalvo. «El menor: un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal)», *Revista CESCO de Derecho de consumo* 8 (2014): 289-305.
- KUKATHAS, Chandran, RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel, PETTIT, Philip. *La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos* (Barcelona: Tecnos, 2004).
- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre. Novena Conferencia Internacional Americana, el 2 de mayo de 1948, en la ciudad de Bogotá (Colombia).

- MARTÍNEZ MORAN, Narciso, «Los derechos humanos en las relaciones médica-paciente» en *Donde la sociología te lleve Miscelánea en torno a la figura de Benjamín González Rodríguez* (A Coruña, Universidade da Coruña, 2006), 581-582.
- «Persona, dignidad humana en investigaciones médicas», en *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*, Coord. Martínez Morán, Narciso (Granada: Comares, 2003), pp 3-43.
 - «El marco jurídico-político de las teorías contemporáneas de la justicia: el tránsito del Estado liberal al Estado social y la crisis de éste», en *Manual de Filosofía del Derecho*, coord. Martínez Morán, Narciso (Madrid: Universitas, 2014), págs. 125-132.
 - «Los derechos humanos entre la utopía y la realidad», en *Utopía y realidad de los Derechos Humanos en el cincuenta aniversario de su Declaración Universal*. Ed. Martínez Morán, Narciso (Madrid: UNED, 1999), 23-48.
 - «Reconocimiento y protección estatal», en *Introducción de los derechos humanos*, Coord. Castro de Cid, Benito (Madrid: Univesitas, 2003), págs. 185-202.
- MEJÍA, Óscar. *Justicia y democracia consensual: la teoría neocontractualista en John Rawls* (Bogotá: Siglo del hombre editores 1997).
- MONROY, Marco Gerardo. «Aplicación de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre por la comisión interamericana de derechos humanos». Instituto Interamericano de Derechos humano. Edición especial, págs. 132-135
- MORENO ANTÓN, María. «La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (2011).
- Organización Mundial de la Salud (OMS - Informe sobre la salud en el mundo, 2006).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 3 de enero de 1976.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.
- Protocolo Adicional a las Convección América sobre Derechos Humanos en materia de Derecho Económicos, Sociales y Culturales,

- «*Protocolo de San Salvador*». Adoptado el 17 de noviembre de 1988, en San Salvador (El Salvador).
- RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. (México: Fondo de cultura económica, 2012).
- REZZÓNICO, Carlos. «Bioética y derechos de los niños.» *Archivos argentinos de pediatría* 102.3 (2004): 214-219.
- SÁNCHEZ, Jacob. «El menor maduro.» *Boletín de Pediatría* 45.193 (2005): 156-160.
- SÁNCHEZ, Jacob, *et al.* «Evaluación de los conocimientos legales y éticos de los profesionales sanitarios en relación con el adolescente», *Revista pediatría de atención primaria* 10.39 (2008): 443-456.
- SINGER, Peter. *Democracia y desobediencia* (Barcelona: Ariel, 1985).
- TREJO, Carlos. «Los derechos humanos y su vinculación con los derechos de los pacientes», *Revista médica de Chile*, Vol. 128,12 (2000): 1374-1379.
- VIDAL CASERO, María del Carmen. «La evolución legislativa de la protección del menor; la defensa de sus derechos y la atención a su salud.» *DS: Derecho y salud* 10.2 (2002): 219-230.
- WOLFF, Paul. *Para comprender a Rawls: una reconstrucción y una crítica de teoría de la justicia* (México: Fondo de Cultura Económica, 1981).
- World Health Organization, *Manual de seguimiento y evaluación de los recursos humanos para la salud: con aplicación especial para los países de ingresos bajos y medianos* (Francia: World Health Organization, 2009), 15.