

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"BIODERECHO Y EL CONFLICTO MÉDICO PACIENTE"
TESIS DE GRADO

JOHNATTAN FLORES RODRIGUEZ
CARNET 10177-00

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, NOVIEMBRE DE 2015
CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"BIODERECHO Y EL CONFLICTO MÉDICO PACIENTE"

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
JOHNATTAN FLORES RODRIGUEZ

PREVIO A CONFERÍRSELE
EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, NOVIEMBRE DE 2015
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. EDUARDO VALDES BARRIA, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN
DIRECTOR DE CARRERA: LIC. ERICK MAURICIO MALDONADO RÍOS
DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. ANA BELEN PUERTAS CORRO

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

MGTR. JORGE LUIS CORDOVA GUZMAN

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

MGTR. JUAN RAFAEL SÁNCHEZ CORTES

M.A. Jorge Luis Córdova Guzmán

Abogado y Notario

Guatemala, 1 de octubre de 2011

M.A. Alan Alfredo González De León
Secretario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Presente

Señor Secretario:

Atentamente me dirijo a usted con el propósito de rendir el siguiente dictamen, en mi calidad de asesor de tesis titulada "El conflicto paciente-médico como consecuencia de la necesidad de intervenciones médicas y la solución a la luz del Bioderecho en Guatemala", la cual fue elaborada por el estudiante Johnattan Flores Rodríguez con número de carné 10177-00.

Por la forma en que fue abordado este estudio, utilizando como base la doctrina, los comentarios respecto a importantes instituciones del Derecho, se hace un análisis de las implicaciones y transformaciones que el Bioderecho ha sufrido en consecuencia del Derecho Internacional; de ahí el análisis de la internacionalización del Biodecho, la regulación científica de la relación médico-paciente y su influencia sobre responsabilidad derivada del contrato entre ambos. La tesis explica la evolución histórica, función y requisitos del testamento vital y el consentimiento informado, estableciendo la importancia de la implementación de una norma jurídica que desarrolle, en Guatemala al Bioderecho para brindar certeza jurídica a la relación médico-paciente.

Luego de haber revisado el documento y acordado algunas correcciones y adhesiones, mismas que forman parte del documento final, emito DICTAMEN FAVORABLE y recomiendo continuar con el trámite respectivo a efecto se autorice la impresión del trabajo de tesis.

Con las muestras de mi consideración y estima



Jorge Luis Córdova Guzmán
Abogado y Notario
Magíster en Derecho Constitucional

Jorge Luis Córdova Guzmán
Abogado y Notario

Guatemala, 20 de noviembre de 2015

Licenciado

Alan Alfredo González

Secretario Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad Rafael Landívar

Presente

Estimado Licenciado González:

Por medio de la presente me dirijo a usted para rendir dictamen favorable con relación al trabajo de Tesis originalmente denominado "El Conflicto Médico-Paciente como Consecuencia de la Necesidad de Intervenciones Médicas y la Solución a la Luz del Bioderecho en Guatemala" y cuyo título, para efectos de mayor precisión, estilo y técnica, fue objeto de ajustes a sugerencia del suscrito habiendo finalmente quedado como "**Bioderecho y el Conflicto Médico Paciente**", presentado por el estudiante Johnattan Flores Rodríguez, con carné 10177-00 y de quien fui asesor durante el Programa Especial de Acompañamiento en la Elaboración de Trabajos de Grado – PEG 2015- recientemente implementado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y que a la fecha aún se encuentra en curso.

Sirva la presente para hacer de su conocimiento que el trabajo de Tesis relacionado, reúne -a mi juicio- los requisitos necesarios de conformidad con el Instructivo para Elaboración de Tesis de Graduación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales vigente.

Se extiende la presente para efectos de continuar con el trámite correspondiente.

Sin otro particular y de la manera más atenta,


Lic. Juan Rafael Sánchez Cortés
Revisor de Fondo y Forma

c.c. file



Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante JOHNATTAN FLORES RODRIGUEZ, Carnet 10177-00 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07748-2015 de fecha 20 de noviembre de 2015, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"BIODERECHO Y EL CONFLICTO MÉDICO PACIENTE"

Previo a conferírsele el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 23 días del mes de noviembre del año 2015.


**MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar**



RESPONSABILIDAD: El autor será el único responsable del contenido y conclusiones de la presente tesis.

RESUMEN DE LA INVESTIGACION

Utilizando la Declaración Universal de la UNESCO, doctrina científica, legislación y aportes personales, esta tesis, aborda la historia, concepto y definición de Bioética (Fundamentación ética) y la necesidad de la existencia del Bioderecho para solucionar en el ámbito jurídico los conflictos surgidos entre médico y paciente.

Desde la perspectiva de la teoría general del Derecho, se hace un análisis de las implicaciones y transformaciones que el Bioderecho ha tenido derivado del Derecho Internacional; de ahí el análisis de la internacionalización del Bioderecho y la regulación científica de la relación médico-paciente y su influencia sobre responsabilidad derivada del contrato médico-paciente.

Explica la evolución histórica, función y requisitos del testamento vital y el consentimiento informado, estableciendo la importancia de la implementación de una norma jurídica que desarrolle en el sistema de Derecho existente en Guatemala al Bioderecho para brindar certeza jurídica a la relación médico-paciente.

Índice

Introducción	1
Capítulo I Fundamentación Ética	4
1. Ética	4
2. Historia de la Bioética a la luz del conflicto médico paciente	4
2.1. Ética Aristocrática	6
2.2. Ética Juvenil	7
2.3. Ética Saludable	8
2.4. El Paternalismo Médico	9
2.5. El Juramento Hipocrático	9
3. Análisis de la Bioética en contraposición con el conflicto médico-paciente.	12
3.1. Definición.	13
3.2. Características	14
a. Pluralista	14
b. Pluridisciplinaria	15
c. Consensual	15
d. Independiente	16
4. Explicación Bioética al conflicto médico-paciente	16
4.1. Argumento Civil	17
4.2. Argumento Autonomía del paciente	17
4.3. Argumento Racional	17
4.4. Argumento Más allá del Convencionalismo	17
5. Enfoques Bioéticos al conflicto médico-paciente	17
6. Principios Bioéticos relacionados con el conflicto médico-paciente	19
6.1. Principio de Autonomía	19
6.2. Principio de beneficencia no-maleficencia	20
6.3. Principio de justicia	20
7. Declaración Universal de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos.	21
7.1. Antecedentes	21
7.2. Contenido	22

7.3. Principios	23
a. Dignidad Humana y Derechos Humanos	23
b. Beneficios y efectos nocivos	23
c. Autonomía y responsabilidad individual	23
d. Consentimiento	23
7.4. Personas carentes de capacidad para dar su consentimiento	24
7.5. Respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal	24
7.6. Privacidad y confidencialidad	25
7.7. Los principios enfocados a la responsabilidad social	25
7.8. Aplicación de los principios	25
7.9. Promoción de la Declaración	26
7.10. Consideraciones importantes de la Declaración	26
Capítulo II El Bioderecho	28
1. Las normas jurídicas generales y el conflicto médico-paciente	28
2. Normas originarias del Bioderecho	29
2.1. Normas Morales	33
2.2. Reglas Ideales	34
3. Importancia del Bioderecho en conflictos Bioéticos	36
4. Relación de El Bioderecho y el Magisterio de la Iglesia Católica en el conflicto médico-paciente	45
Capítulo III Expresión del Bioderecho en la relación médico-paciente.	49
1. La naturaleza internacional del Bioderecho	49
2. Análisis jurídico de la figura del médico	52
2.1. La Responsabilidad en general	52
2.2. Responsabilidad moral y jurídica	54
2.3. Responsabilidad Civil y Penal	59
2.4. Responsabilidad Contractual y Extracontractual	66
2.5. Contrato médico-paciente	69
2.6. La Culpa	70
a. Concepto	71
b. La culpa médica	72
2.7. Dolo	73
Capítulo IV Mecanismos de Defensa y Declaración de Voluntad	77

1. Consideraciones preliminares	77
2. Ortotanasia	77
3. Eutanasia	78
4. Distanasia	80
5. Adistanacia	81
6. Testamento Vital	82
7. Consentimiento Informado	89
7.1. Requisitos de Consentimiento Informado	95
a. Voluntariedad	95
b. Información	95
c. Comprensión	96
7.2. Base legal del Consentimiento Informado en Guatemala	96
Capítulo Final Presentación, Análisis y Discusión de Resultados	98
Conclusiones	108
Recomendaciones	110
Listado de Referencias	111

Introducción

La presente tesis es un estudio jurídico descriptivo realizado a través del análisis del conflicto médico-paciente a la luz de las nuevas tendencias que sigue el Derecho en cuanto a temas específicos tales como la Bioética y el Bioderecho como disciplinas novedosas para la regulación de un tema controversial ampliamente desarrollado en el campo ético y moral, tal el caso del conflicto ya indicado. En tal sentido, se intentará establecer cuál es el marco jurídico que el derecho positivo guatemalteco contempla para la resolución de las controversias surgidas entre médicos y pacientes en el ámbito del Bioderecho, más allá de lo que al respecto pueda regularse desde el campo del Derecho Civil o común. La investigación contempla de manera somera no solamente los antecedentes doctrinarios relacionados con la ética o dicho de otra manera: una fundamentación ética, además, establece lo que se conoce como Bioética con un enfoque prioritario sobre el conflicto médico-paciente que permite comprender instrumentos internacionales emitidos por Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Salud. También se intentará desarrollar la perspectiva que la nueva corriente del Derecho ofrece en cuanto a la ética y la Bioética: El Bioderecho, conservando siempre el enfoque del conflicto médico-paciente incluso a través de una perspectiva religiosa que inevitablemente, aunque de manera tangencial, ha de explorarse. Lo anterior permitirá determinar si se hace necesaria la incorporación de instrumentos jurídico-legislativos que coadyuven a los jueces en la labor de resolución de conflictos, o bien permitan, que haciendo uso de otras herramientas jurídicas se viabilice el procedimiento armonizador que reduzca los conflictos ocurridos entre médico y paciente, sin sobrecargar el sistema de justicia.

La investigación contiene un análisis jurídico exploratorio porque se descompone el conflicto médico-paciente en el aspecto ético (Bioética) y jurídico (Bioderecho) permitiendo este último establecer el nivel de

funcionamiento que la legislación guatemalteca tiene para resolver dichos conflictos, y determinar qué mecanismos son necesarios incorporar dentro del ordenamiento jurídico de Guatemala para resolver temas Bioéticos; abriendo el camino para que teniendo como punto de partida la presente investigación se pueda profundizar en una eventual actualización de la legislación guatemalteca y como consecuencia, se comience a estructurar la disciplina del Bioderecho como parte del sistema normativo del país.

Para determinar lo anterior se utilizó un Cuadro de Cotejo como instrumento que permite una mejor comprensión de las normas legales y deontológicas vigentes y su vinculación al conflicto médico-paciente.

Para determinar en qué consiste el Bioderecho y en específico el conflicto médico-paciente, en el marco teórico de esta tesis se plantearon los siguientes objetivos específicos: a) conceptualizar lo que se conoce como Bioética y su relación con la ética médica, con el fin de establecer el surgimiento del Bioderecho; b) estudiar las normas universales aplicables al ejercicio profesional de la medicina; para obtener una comprensión clara de los parámetros bajo los cuales basan su actuar profesional los médicos, y de esta manera obtener un punto de vista objetivo; c) identificar cómo se aborda dentro del Derecho guatemalteco la ocurrencia del conflicto médico-paciente y la efectividad para alcanzar una eventual solución desde la perspectiva del Bioderecho; d) analizar los mecanismos de solución que el Bioderecho aporta para evitar los conflictos entre médico y paciente y, en caso surjan, contar con directrices específicas que permitan dirimirlos.

Con lo anterior se realizó una investigación doctrinal y legislativa para responder al objetivo general de esta tesis que pretende determinar cuál es la fundamentación del Bioderecho y el tratamiento del conflicto médico-paciente.

En la investigación se evidenciará desde la perspectiva del Bioderecho, cuál es la base jurídica en Guatemala para el tratamiento a estos conflictos y una eventual conexión con normas concretas de Bioderecho. Así también se

establecerá cómo la falta de uniformidad en la aplicación por parte de los médicos en cuanto a las normas universales que regulan su ejercicio profesional (ética médica) hace necesario el surgimiento de una rama del Derecho que regule temas Bioéticos.

Se hará un análisis de cómo en casos reales, la aplicación del Bioderecho en otros países ha sido efectiva para la solución de conflictos entre médico y paciente. Lo anterior tiene como finalidad brindar a la sociedad nuevos elementos de estudio que aborden el contenido filosófico y jurídico del conflicto médico-paciente que sirva para establecer los mecanismos que brinden un adecuado balance entre la relación médico-paciente.

En cuanto a los alcances de la investigación, esta tesis se enfocó en el estudio de la Bioética y cómo a raíz de los conflictos que surgen de la misma se hace necesaria la existencia del Bioderecho para su solución, analizando normas e instrumentos que en materia Bioética han promulgado Organismos Internacionales, determinando que es de suma importancia la actualización del ordenamiento jurídico guatemalteco dotándolo de normas que brinden los mecanismos para el correcto tratamiento de aspectos relacionados con los conflictos Bioéticos; toda vez que el Derecho positivo vigente no logra completar esa función que únicamente sería realizable a través de las figuras jurídicas que aporta el Bioderecho.

Los límites del presente trabajo de investigación se relacionaron con la falta de normas legales en lo que a la Bioética respecta, hecho que se trató de suplir con el análisis y estudio de normas e instrumentos que Organismos Internacionales han promulgado al respecto. Así como la falta de instrumentos que permitieran la obtención de información práctica pues, dada la naturaleza del tema y su contenido conceptual, se hizo una tarea difícil. El aporte que se pretende a través del análisis teórico y práctico de la Bioética y el Bioderecho es informar a la sociedad y al Estado acerca de la existencia de mecanismos que pueden ser aplicados dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco para la solución de controversias surgidas entre médico y paciente.

Capítulo I

Fundamentación Ética

1. La Ética.

Al hablar de Ética es necesario hacer referencia a los valores entendiendo por estos la “cualidad que poseen algunas realidades, consideradas bienes, por lo cual son estimables. Los valores tienen polaridad en cuanto son positivos o negativos, y jerarquía en cuanto son superiores o inferiores.”¹ **Esa clasificación de los valores determinará el enfoque ético que tendrá el actuar de un profesional en su ámbito; por ejemplo: el médico.**

Fuera de lo que podría considerarse, la Ética tiene una aplicación diaria en la sociedad y como consecuencia en la relación médico-paciente. “No obstante ello, no es poco común que se cuestione en estos tiempos tan relativistas sobre la actualidad y obligatoriedad de su contenido. Sin embargo se trata de una ciencia práctica y no solo teórica.”² Esto implica que con el transcurso del tiempo su aplicación ha tenido variaciones según los valores vigentes en la época respectiva derivando en conflictos que en la actualidad deben de ser tratados por la Bioética y resueltos por el Bioderecho. A continuación se presenta un análisis de lo que comprende la Bioética que contextualiza el tema de esta investigación: El Bioderecho y el conflicto médico-paciente.

2. Historia de la Bioética a la luz del conflicto médico-paciente

Como punto de partida es importante mencionar que la bioética tiene un pasado largo pero una historia corta; esto, tomando en cuenta que los

¹ Real Academia Española. Diccionario de la Real Academia Española España, Editorial Espasa Calpe. 2001. 22 edición, Disponible en <http://dle.rae.es/?id=bJeLxWG&o=h> Fecha de consulta 25/10/2015.

² Jimenez Crespo, Patricia. *Ética Profesional: códigos deontológicos y ética práctica*, Guatemala Universidad Rafael Landívar Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cuaderno de estudio 127, 2013, Página 1.

problemas y conflictos que trata la Bioética ya se venían dando desde mucho tiempo atrás, previo a que el término bioética fuera tratado. Así, pues con el tiempo se fueron formando instituciones y grupos de trabajo, que editaron los primeros textos con la palabra bioética.³

Los problemas de la Bioética vienen ocurriendo desde mucho tiempo antes que ésta fuera conocida como una ciencia. La razón por la que la Bioética no había logrado su desarrollo se debía a que las relaciones humanas se encontraban estrictamente definidas y era inobjetable que determinada estructura social fuera considerada superior a los demás que no pertenecían a la misma.

Tradicionalmente se ha considerado la relación médico-paciente como una relación patriarcal en donde el primero ejerce dominio sobre sus pacientes y estos a su vez le debían obediencia y sumisión. Al menos eso ha sido en intención porque bien se podría calificar de una relación tirana en la que el médico busca su propia conveniencia y muy ocasionalmente la del paciente o enfermo.

En referencia a los antecedentes de la bioética Diego Gracia⁴ indica que: Las relaciones humanas forman un elemento esencial de lo que es la bioética y tomando esto como punto de partida se debe establecer los diferentes tipos de relaciones humanas que desde Herodoto se conocen: las monárquicas, las oligárquicas o aristocráticas y las democráticas. Es importante mencionar que toda relación del hombre principia en una forma monárquica, un ejemplo es la familia patriarcal, y con el paso del tiempo van evolucionando hacia relaciones democráticas o, siguiendo el contexto, más adultas. De la misma manera que las relaciones del hombre van evolucionando así también han ido evolucionando las relaciones médicas.

³ Drane James, *Rehistoriar la ética en latinoamerica* Revista S. Cielo, Vol. 11 número 2. Chile 2005, Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2005000200006&script=sci_arttext&tlng=es Fecha de consulta: 14/05/2011

⁴ Gracia, Diego. *Fundamentos de bioética*, España, Editorial Triacastela, 2007. Página 24.

Toda cuestión bioética surge de una relación humana que necesariamente involucra valores, sobre todo en el campo de la medicina entre médico y paciente. Este tipo de relación ha tenido desde su inicio un matiz de unilateralidad o dicho de otra manera se ha manifestado más como una relación monárquica u oligárquica que como una democrática, en virtud del grado de superioridad que se le otorgaba a la persona del médico. Cabe resaltar que aun siendo desigual, esta relación es legal. Por eso la necesidad de La Bioética que resuelve esta desigualdad y luego da paso a una normativa que tutela la igualdad de condiciones: El Bioderecho. Para comprender estos aspectos se debe conocer los orígenes de la ética médica occidental y dentro de la cual se encuentra el conocido Juramento Hipocrático.

2.1. Ética Aristocrática:

Las ciencias morales y políticas comprenden, en oposición a las ciencias naturales, todo lo que no es puramente físico en el hombre, como es el caso de la historia, la política, la ética, etc.

Según lo establece el Doctor Carlos Pedro Blaquier⁵: “La ética es la doctrina de las costumbres. Vivir bien y obrar bien es lo mismo que ser feliz, pensaba Aristóteles, de modo que para él la ética es el camino de la felicidad. La ética de Aristóteles es el primer análisis de lo que, de una manera muy general, se podrá denominar estructura del comportamiento humano. Se habla del “areté”, término que designa la excelencia humana, que es la de los hombres superiores, porque el hombre común carece de areté. En los tiempos primitivos el areté era la valentía, la fuerza y la destreza de los guerreros. Posteriormente, el areté designa al hombre de calidad intelectual, que es el que se eleva por encima de la masa. De modo que lo que el areté designa no es una aristocracia de sangre sino, primeramente a la aristocracia de los valientes

⁵ Blaquier, Carlos Pedro, *¿Qué es la ética?*, Argentina, Pablo Casamajor ediciones, Disponible en: <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/07Blaquier.pdf> Fecha de consulta: 14/08/2015.

y, finalmente, a la aristocracia del espíritu. Se concluye pues que la aristocracia no es sólo un valor social y político, sino también biológico y moral”

La aristocracia es entendida como aquella clasificación ética y social que se les otorgaba a aquellas personas que poseían la excelencia intelectual y que por lo tanto eran considerados superiores de las demás personas. Dentro de este grupo de aristócratas se encontraban los médicos, y sus pacientes, formaban parte del grupo inferior, es decir no existía una consideración hacia la calidad de paciente.

2.2. Ética juvenil⁶

Es una de las características de la ética griega. Se refiere al culto a la juventud basado en el hecho que sólo el joven es un ser plenamente natural, entendiendo por natural el momento en que el ser humano alcanza la madurez, la perfección o plenitud de su naturaleza, es decir se convierte en sano, bello y bueno. Según esta ética la juventud es la edad perfecta; es la más perfecta realización de las ideas puras toda vez que cuenta con la “andreida” o fortaleza que se complementará en la madurez con la prudencia o “phoresis”. Así pues Aristóteles escribe en “Sobre la generación de los animales”: *La enfermedad es una vejez adquirida, y la vejez una enfermedad natural*. El hombre maduro posee la justicia o *dike*. Aristóteles establece que ni la infancia ni la vejez son edades propias para la justicia. Sólo el joven es realmente moral, solo él tiene sentido para la justicia. De lo que se desprende que a ambos, el niño y el anciano, hay que verlos como desvalidos e imperfectos, tanto en el cuerpo como en el alma, a los que hay que cuidar. La moralidad entonces no está en ellos, sino en quienes los cuidan.

La juventud combinada con la madurez le otorgan a la persona el poder de discernir la justicia y la moral, un anciano se consideraba que estaba enfermo y si alguien que no era anciano se encontraba enfermo se entendía que poseía vejez y por lo tanto eran considerados seres inferiores y a los

⁶ Gracia Diego. Op. Cit. Página 34

cuales había que cuidar. De esta cuenta a los médicos se les consideraba como personas maduras y jóvenes cuya labor suprema era cuidar de aquellos que se encontraban enfermos y que no poseían las cualidades y calidades para valerse por sí mismos.

2.3. Ética Saludable

La ética griega es formalmente saludable⁷, es decir que sólo las personas sanas pueden ser buenas. Se considera que la bondad, la belleza y la salud son propiedades naturales; y que la maldad, la fealdad y la enfermedad son cosas connaturales. Esto es lo contrario a la cultura moderna ya que para un griego era natural que las cosas fueran sanas, y lo que requería explicación era por qué a veces se enfermaban; el hombre moderno por el contrario piensa que la enfermedad es algo perfectamente natural, y que lo que no es natural o ideal es el estado de perfecta salud.

La paideia es una actividad moral que tiene por objeto la regulación y el gobierno de las costumbres. La medicina es un tipo de paideia, un modo de educación moral. La formación (paideia) del médico es de algún modo similar al cultivo de los campos; y semejante a ambos en el cuidado de la salud.⁸

Bajo la visión de la Ética Saludable un paciente es considerado como una persona mala toda vez que no posee lo natural que es la salud. Es necesario entonces que alguien con una educación sobre lo que es natural y bueno ayude a las personas que carecen de estos atributos. El médico se forma para cuidar la salud, se le brindan los conocimientos para que cultive lo bueno y cuide a los malos; es decir a los enfermos. Por lo tanto la opinión de un paciente por tener una enfermedad nunca podía ser tomada en cuenta toda vez que no era considerada una persona digna para ser escuchada.

⁷ Ibid. Página 35

⁸ Loc. Cit.

2.4. El Paternalismo Médico

Para comprender este punto es necesario aclarar en qué consiste el término paternalismo y que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española se define como: “Tendencia a aplicar las formas de autoridad y protección propias del padre en la familia tradicional a relaciones sociales de otro tipo; políticas laborales, etc.”⁹

Esta corriente considera a la medicina como una especie de sacerdocio. El médico es como un mediador entre los dioses y los hombres. Cabe mencionar aquí que si la enfermedad es considerada inmoral, el médico ha de convertirse en moralista. De donde se desprende el principio: Solo mediante la regulación de las cosas neutras el hombre conseguirá la salud y con ella la bondad. La enfermedad perturba la capacidad de juicio y desvía al hombre del bien. El enfermo no es sólo un incapacitado físico sino también moral. Los aristócratas jóvenes y sanos deben cuidar de los demás exactamente igual que un padre cuida de su hijo. El enfermo es un infirmus, un sujeto falto de firmeza, no sólo física sino también biológica y moral, con el que el médico debe actuar como con un niño pequeño, por tanto realizando funciones de padre. El médico debe querer el mayor bien del enfermo, pero sin contar con su voluntad, ya que el enfermo carece del principio de autonomía moral.¹⁰

Aun hoy en día y a pesar de contar el aporte de la Bioética continúan surgiendo casos en que los médicos rigen su actuar bajo un sistema paternalista. Situación que es muy común en países en desarrollo donde el sistema de salubridad carece de las condiciones adecuadas para brindar una atención adecuada al paciente.

2.5. El Juramento Hipocrático.

⁹ Paternalismo. Real Academia Española. *Diccionario de la Real Academia Española* España, Editorial Espasa Calpe. 22ª. edición, 2001. Página 674

¹⁰ Gracia Diego. Op. Cit. Página 40

El Juramento Hipocrático como lo indica Hernández Arraiga¹¹ es considerado dentro de la historia de la medicina como una de sus principales fuentes, tomando en cuenta su magnificencia y su elevada idea de dignidad médica. No en balde ha regido la actividad médica durante muchos siglos y por lo tanto considerado un código ético completo. Fue creado en Grecia por Hipócrates, quien fue un médico griego de la isla de Cos. Cabe mencionar que sus discípulos recopilaron su obra compuesta por 70 escritos, en el Corpus Hippocraticum. En él, se recogen los textos fundacionales de la tradición médica occidental. Allí es donde encontramos conceptos de salud y enfermedad que hoy seguimos considerando nuestros. Uno de los textos que forman parte de esta colección es el que lleva el título de Juramento.

En virtud de lo anterior se puede considerar al Juramento Hipocrático como la más antigua recopilación de principios éticos de medicina a partir de los cuales se pueden desarrollar otros principios o bien adecuar o actualizar los mismos de acuerdo al desarrollo de la actividad médica sin que se pierda el espíritu de estos principios orientadores.

Este juramento ha sido objeto de muchas revisiones con el objetivo acorde a las tendencias médicas actuales. La principal revisión moderna fue llevada a cabo en su redacción en Francia en mayo 2006.¹²

Dada la importancia que para el campo de la medicina tiene el Juramento Hipocrático en diversas ocasiones se ha realizado una actualización del mismo, destacando que éstas han sido realizadas por un ente con reconocimiento a nivel mundial y no por organizaciones locales de determinado país; lo que conlleva un reconocimiento y aplicabilidad por parte de todos los médicos incluyendo los que ejercen su profesión en Guatemala.

¹¹ Hernández Arriaga, Jorge Luis. *Bioética General*. Editorial Manual Moderno, 2007. Página 53.

¹² Remis Antonio José. *Pasado y Presente del Juramento Hipocrático*. Revista Scielo. Vol. 73, número 2. Argentina 2009, Disponible en:

http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1852-99922009000200001&script=sci_arttext

Fecha de consulta: 22/05/2011

En las tres últimas décadas, el uso del Juramento Hipocrático modificado se incrementó en un 34.3% en las Escuelas de Medicina de Estados Unidos y en un 33.4% en las de Canadá; En el Reino Unido, de 27 Facultades de Medicina casi la mitad no emplea ningún texto y el 11.1% emplea el Juramento Hipocrático, mientras que el resto se vale de otras fórmulas (25,9%). De lo cual se concluye que no todos los profesionales de la salud aun que provengan de diferentes culturas comparten un compromiso moral y un marco dentro del cual dirigir su actuar común.¹³

Lo anterior evidencia que el uso del Juramento Hipocrático o sus versiones modernas no son utilizadas con el carácter obligatorio que debería tener sino más bien es utilizado a discreción en las escuelas de medicina. Lo cual le avizora un panorama poco favorable al paciente en el sentido que no tiene la certeza que su médico desarrollará su labor bajo principios éticos o que respetará puntos importantes dentro de la relación médico-paciente pues desde la formación como profesional del primero no fue exigida la observancia de principios éticos; por lo tanto al originarse la relación médico-paciente ya está subyacente un conflicto que deberá resolver La Bioética y ser normado por El Bioderecho.

De los puntos importantes a resaltar del Juramento Hipocrático destaca el secreto profesional al que el Dr. Alfonso Carrera Riva Palacio se refiere de la siguiente manera: “El secreto médico es una tradición en la profesión médica y una variedad de secreto común a todos los profesionales. Parece ser que su origen, está vinculado con una casta de sacerdotes relacionados con la sanación de los enfermos “los Asclepíades” y su trascendencia fue tan importante que el Juramento Hipocrático hace una clara referencia a la discreción que debían mantener los médicos en el ejercicio de su ciencia y su arte. El Secreto Profesional Médico (Secretan, del latín lo que debe ser guardado en reserva), es la obligación jurídica, el derecho legal y el deber

¹³ Rancich, Ana María y Gelpi, Jorge Ricardo. *Análisis de los principios éticos en juramentos médicos utilizados en las facultades de medicina de la argentina en relación al hipocrático*. Revista Medicina. Vol. 58, número 2, Argentina 1998. Disponible en: <http://www.medicinabuenaosaires.com/revistas/vol58-98/2/juramentosmedicos.htm>. Fecha de consulta 22/05/2011.

moral de los profesionales del arte de curar, de guardar silencio sobre todo aquello que vieron, oyeron, descubrieron o realizaron durante el ejercicio de su profesión.”¹⁴

El secreto profesional del médico viene a ser uno de los principios fundamentales que todo médico debería respetar toda vez que este engloba todo lo que dentro de la relación médico-paciente esté ocurriendo o vaya a ocurrir. A manera de reflexión el secreto profesional en el ámbito de salud puede considerarse como una obligación ética que tiene el médico y todo el personal involucrado en la atención médica de guardar información confidencial relacionada con la salud o la vida de un paciente. Aunque, existen circunstancias en las que debe revelar el secreto de manera obligatoria ya que es necesario diferenciar entre obligación y complicidad. El Código Deontológico utilizado por el Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala en su Capítulo V establece lo relacionado con el secreto profesional. Como ejemplo se puede mencionar cuando la información proporcionada por el paciente no solo atenta contra este sino contra la sociedad, como podría ser el caso de un paciente que sufra una enfermedad infectocontagiosa.

Cabe resaltar que en los Juramentos Médicos “en estos últimos veinte años, se repiten los mismos compromisos éticos, pero se agregan en menor medida los de justicia y respeto por la autonomía del paciente”.¹⁵

3. Análisis de la Bioética en contraposición con el conflicto médico-paciente.

¹⁴ Palacio Riva, Alfonso. El Secreto Profesional Médico. Ponencia realizada en la presentación del libro: “Persecución legal del aborto en la Ciudad de México: un atentado al derecho a decidir”. México, 2006. Página 1. Disponible en: http://www.gire.org.mx/publica2/SecretoProfesional_%20Carrera.pdf Fecha de consulta: 22/08/2015.

¹⁵ Vera Abascal, Horacio. *El Juramento Hipocrático*. Revistas Médicas Cubanas. Vol. 87, número 187. Cuba 2008 Disponible en: http://bvs.sld.cu/revistas/his/cua_87/cua1087.htm Fecha de consulta 22/05/2011

3.1. Definición:

Debido a que la Bioética, como ciencia, es de reciente estudio por los tratadistas del derecho, resulta un tanto problemático establecer un origen epistemológico exacto, por lo que para establecer sus antecedentes, se debe recurrir a las principales fuentes doctrinarias que estudian este tema.

Así pues la Encyclopedia of Bioethics, citada por Ciccone Lino, establece que Bioética puede definirse como: "...un estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y de la salud, examinada a la luz de los valores y principios morales."¹⁶ Definición que también fue adoptada por los expertos que redactaron en 1991 el llamado Documento de Erice sobre las relaciones entre la bioética y la deontología médica con la medicina legal.

Por su parte Van Rensserlaer Potter citado por Francisco Javier Elizari Basterra establece que Bioética es un vocablo compuesto de bios = vida y ética.¹⁷ Definiendo ética como ha quedado anotado en el apartado 1.1 del presente capítulo.

En el mismo sentido Pedro Federico Hooft¹⁸ establece que Bioética es un término de reciente acuñación y que se trata de un neologismo surgido en el ámbito cultural anglosajón, proveniente de dos raíces griegas: bios (vida) y ethike (ética, valores morales); término que aspira a conjugar en síntesis paradigmática, ciencia y conciencia, hechos y valores, ser y debe ser.

Francios Malherbe citado por Margarita Boladeras define la Bioética como: "El estudio de las normas que deben regir nuestra acción en el terreno de la intervención técnica del hombre sobre su propia vida".¹⁹

¹⁶ Ciccone, Lino. *Bioética: Historia, Principios, Cuestiones*, España, Ediciones Palabra, 2006, Página. 25.

¹⁷ Elizari Basterra, Francisco Javier. *Bioética*, España, Editorial San Pablo, 1991, Página 14.

¹⁸ Hooft, Pedro Federico. *Bioética y Derechos Humanos*, Argentina, Ediciones Depalma, 1999, Página 3.

¹⁹ Boladera, Margarita. *Bioética: Definiciones, prácticas y supuestos antropológicos*, Revista Themata, número 33. España, 2004. Disponible en:

<http://institucional.us.es/revistas/revistas/themata/pdf/33/41%20boladeras.pdf>

Fecha de consulta 21/05/2011.

Se puede definir entonces bioética como: el estudio ordenado, que implica relaciones entre múltiples disciplinas, de las acciones del hombre sobre la vida humana, vegetal y animal, analizando sus alcances antropológicos y éticos, con la finalidad de ver racionalmente lo considerado bueno para el hombre, las futuras generaciones y el ecosistema, para encontrar una posible solución clínica o elaborar una normativa jurídica adecuada. Es por eso la importancia que tiene para todo Estado el contar con un sistema que oriente sus acciones bajo la perspectiva de la bioética.

3.2. Características:

Dado que la Bioética si bien no es considerada una ciencia *per se*, al realizar estudios sobre diferentes disciplinas o ciencias se desarrolla como tal y por lo tanto es susceptible de determinadas características que de acuerdo a Pantigoso Pérez²⁰ son las siguientes:

a. Pluralista:

Las sociedades en la actualidad, ya no son tan compactas como las de antes. Estas se clasificaban de acuerdo a su nacionalidad, su fe religiosa y su género, y con la aparición de los partidos políticos, a alguna orientación ideológica. Ahora la clasificación de las sociedades es más compleja y variada, apoyada por las tecnologías de la información como Internet. Algunos autores han llegado a decir, como Alain Touraine,²¹ que ya no existen fronteras nacionales sino culturales. Es importante, reconocer la pluralidad de la sociedad, garantizando la diversidad de enfoques y formas de sentir. Una Cultura Bioética promueve una discusión ordenada y racional de temas como la

²⁰ Pantigoso Pérez, Paul Renzo, Uso y Abuso de la información del Genoma Humano, Revista Persona, número 32. Argentina, 2004. Disponible en:

<http://www.revistapersona.com.ar/Persona32/32Pantigoso1.htm> Fecha de consulta 23/05/2011

²¹ Touraine, Alain. *Un nuevo paradigma para comprender el mundo de hoy*, España, Ediciones Paidós Ibérica, S.A. 2005, Página 208.

relación médico-paciente, políticas públicas, aspectos éticos en la investigación, medicina genómica, y otros.

Importante a su vez, considerar problemas que afecten a individuos que por sus características se encuentren en posición de desventaja. La sociedad democrática es plural, no reconoce la existencia de un solo código moral aceptado por toda la sociedad (monismo moral). El conjunto social trata de dilucidar, el significado de calidad de vida, muerte, salud y enfermedad para definir con prudencia y responsabilidad lo correcto y lo incorrecto en situaciones dadas.

b. Pluridisciplinaria:

La Bioética debe ser enfocada desde diversas áreas, por eso se recomienda que los Comités de Bioética, que se tratarán más adelante, no sólo estén conformados por científicos en Biología, Genética, Medicina; sino también, en las áreas de humanidades, tales como la Filosofía, la Sociología, la Psicología. Esto es importante, ya que intervienen enfoques diversos, evitándose decisiones con una visión estrecha frente a casos tan importantes.

Y en este punto es donde la Bioética tiene su importancia y justificación de ser objeto de la presente investigación toda vez que todas esas conexiones que diferentes ciencias tienen en problemas bioéticos necesitan una regulación y su protección consiguiente por el Estado; lo que conlleva la creación de normas que coadyuven a la toma de decisiones.

c. Consensual:

No se trata de imponer una decisión sobre la otra respecto a un caso, no hay verdades absolutas, teorías o doctrinas prevalecientes. En otras palabras, no se trata de convencer a nadie sobre la primacía de una verdad, teoría o doctrina; lo que se trata es de llegar a una solución en donde todos puedan sentirse comprometidos y obligados a respetarla. El consenso se refiere al

entendimiento y tolerancia a que se tiene que llegar en una sociedad pluralista con sus diversas formas del ver el mundo.

La Bioética al examinar las posturas de diferentes disciplinas con respecto a uno o varios temas busca brindar una solución o respuesta armonizadora y que otorgue un acuerdo de aceptación general; estableciendo una base sobre la cual podrán concretarse diferentes problemas.

d. Independiente:

Toda decisión Bioética se debe realizar en la más absoluta independencia, es decir, que las conclusiones se tomen sin ningún tipo de coacción o interés económico o político. Si bien algunos de los que expertos pueden ser designados por alguna institución o al gobierno mismo, estos deben de actuar de acuerdo a su conciencia.

La Bioética tiende a velar por el bien de la humanidad sin detenerse a discriminar sino a armonizar, sin embargo para que esto sea realizable no debe estar sujeta a decisiones que menoscaben ese enfoque y que en determinado momento desvirtúen el espíritu de imparcialidad.

4. Explicación Bioética al conflicto médico-paciente

La Comisión Nacional de Bioética de México²² establece que la Bioética se enfrenta a un volumen grande y grave de problemas que los Códigos Deontológicos Médicos no pueden resolver, razón por la cual se han creado *métodos de resolución de problemas bioéticos* con enfoques en: ética civil, ética autónoma, ética racional y más allá del convencionalismo. La razón por la que es importante estos temas para la presente investigación deriva en que la solución para la mayoría de los conflictos médico-paciente se encontrará atendiendo a estos tres enfoques que se detallan a continuación:

²² Bioética. Comisión Nacional de Bioética. Características de la Bioética. 2010. Disponible en: <http://www.cnb-mexico.salud.gob.mx/interior/caracteristicas.html> Fecha de consulta: 23/08/2015.

4.1 Civil:

Las personas tienen derecho a que su libertad de conciencia sea respetada, las instituciones sociales están obligadas a establecer los mínimos morales exigibles a todos pero no podrán fijarse de acuerdo con mandatos de las morales religiosas, sino desde criterios seculares, civiles o racionales.

4.2 Autónoma:

El criterio de moralidad no puede ser otro que el propio hombre, la razón humana se constituye en norma de moralidad inapelable.

4.3 Racional:

La racionalidad humana tiene siempre un carácter abierto, con un momento *a priori* o principalista y otro *posteriori* o consecuencialista. La razón ética se desarrolla a ese doble nivel.

4.4 Más allá del convencionalismo:

La bioética moderna aspira a ir más allá de los convencionalismos morales y tener carácter universal. La razón ética aspira al establecimiento de leyes universales, abiertas a un proceso de continua revisión.

5. Enfoques Bioéticos al conflicto médico-paciente

“Si nos preguntamos por las partes de la bioética o ámbitos de estudio de esta disciplina, podemos señalar cuatro: La *bioética teórica* o conceptual, para otros denominada *meta-bioética*, que se propone la reflexión acerca de los fundamentos racionales de las acciones morales en el campo de la Medicina y de las ciencias de la vida. Debate hoy si estos fundamentos -si la racionalidad de las decisiones médicas y científicas ante los grandes dilemas-

han de ser buscados en las tradiciones éticas y en la propia práctica de estas profesiones, o si debe iniciarse a la luz de los grandes principios de la filosofía moral o de la teología.

La bioética clínica, que se centra en la toma de decisiones éticas en el día a día de la práctica profesional, en la consulta, en la cabecera de la cama del enfermo, en el quirófano -en el caso de los médicos- o en la misma oficina de farmacia en el caso de los farmacéuticos. Se trata de una ética muy vinculada a los casos clínicos concretos: ¿Se puede considerar competente a este enfermo depresivo al tomar una decisión sobre sí mismo? ¿Se puede retirar el respirador a este enfermo mantenido en estado vegetativo? ¿Cómo debe responder el obstetra ante una grave malformación congénita del feto que puede hacer peligrar la vida de su madre? Estas y otras muchas, semejantes por su complejidad, son las preguntas que se hace la ética clínica. Juega en ella un papel estelar la figura del médico, al que corresponde el protagonismo de iniciar *la toma de decisiones*, un proceso donde se ha de fundir la teoría moral y la práctica y donde el *procedimiento* que articula la reflexión ética -lo que Aristóteles llamaba la *razón práctica*- juega un determinante papel.

La bioética orientada a decisiones de Salud Pública y al debate con la justicia, nos introduce en el contexto de la Política sanitaria y de la ley ética clínica, ésta no suele localizar su interés sobre casos individuales, sino más bien en la racionalidad de las soluciones sanitarias a los desafíos de la Salud Pública, al arbitrio de la política en el reparto de la justicia social y su correlato legal, a los conflictos y a la articulación entre las técnicas y los progresos científicos y los fundamentos del Derecho. En ella se inscriben desde las grandes decisiones políticas acerca de la distribución de los recursos en el mundo de la sanidad hasta la esfera del derecho sanitario.

“Por fin, las *bioéticas culturales* se orientan al esfuerzo sistemático de relacionar los dilemas de la bioética con el contexto histórico, ideológico, cultural y social en el que se han expresado. Es el caso del aborto, cuya irracionalidad era de reconocimiento generalizado en la ética médica

occidental, y que tuvo su primer apoyo social en la California liberal de los años setenta, en el seno de una sociedad sometida a una convulsa revisión de valores. En este sentido, son evidentes las diferencias culturales que han operado en el mundo anglosajón y en el área mediterránea o centroeuropea. En el mundo norteamericano es manifiesto el énfasis que se ha concedido al denominado "principio de autonomía", propio de las sociedades y de las culturas muy individualistas, -políticamente liberales- frente al esfuerzo de solidaridad en la distribución de los recursos en el área de la Salud Pública que ha prevalecido en las naciones europeas. En suma, es papel también de la bioética aquel de ayudar a reconocer el alma de los pueblos, contribuyendo al proceso de integración de las nuevas conquistas de la ciencia con realismo, medida y respeto a los valores".²³

6. Principios Bioéticos relacionados con el conflicto médico-paciente.

El tratadista Dr. José María Ferraris²⁴ manifiesta que estos principios son tomados básicamente para resolver casos concretos, que aparecen en la realidad, en la vida diaria. Estos principios son:

6.1 Principio de autonomía:

Se fundamenta en que el enfermo no es un objeto sino una persona dotada de razón para entender y voluntad para decidir pudiendo aceptar o rechazar un tratamiento. Hace referencia a que se debe respetar la autodeterminación del paciente. Siendo su expresión manifiesta el consentimiento informado.

²³ De Santiago, Manuel, *Una Perspectiva acerca de los fundamentos de la Bioética*, Universidad Autónoma de Madrid, España, Disponible en:

http://www.mercaba.org/FICHAS/bioetica/una_perspectiva_01.htm Fecha de consulta 23/08/2015.

²⁴ Ferraris, José María, *Fundamentos y Principios de Bioética*, Revista del Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires, número 212. Argentina, 2001, Disponible en:

<http://www.colmed5.org.ar/revista/discapacidad.htm>. Fecha de consulta 23/08/2015.

Bajo este Principio se está protegiendo la dignidad del hombre, uno de los principales pilares de los Derechos Humanos universalmente reconocidos y que bajo el paternalismo médico en algunos casos se transgrede y atenta contra la libertad física y psicológica del paciente.

6.2 Principio de beneficencia “no-maleficencia:

Responde a la finalidad primaria de la medicina lograr el bien terapéutico del paciente y evitar el mal ya presente en la ética *hipocrática* “*Primum non nocere*” (*ante todo no dañar*). Aunque el Principio de Beneficencia supone un compromiso activo en realizar el bien.

Este es un principio que no podía estar ausente en la Bioética pues se refiere a un aspecto aplicable a todos los ámbitos de la vida humana y tiene su razón de ser en que ocurren situaciones en las cuales el actuar del médico puede causar un daño no necesariamente al paciente sino incluso a terceros; como podría ser una falta de actualización de parte del médico con respecto a una intervención y que puede derivar en un procedimiento doloroso o lesivo para el paciente. Por el contrario si el médico posee conocimientos de vanguardia se estará atendiendo al Principio de Beneficencia.

6.3 Principio de justicia:

Involucra al médico, al paciente y sobre todo a la sociedad o al Estado cuya obligación es procurar los recursos suficientes para que todos tengan acceso fácil a la salud. Reclamando una distribución equitativa de los recursos y de las cargas entre los ciudadanos para evitar discriminaciones en políticas de salud pública.

Si se combinan adecuadamente el principio de autonomía y el de beneficencia no maleficencia se tendrá como resultado una adecuada relación médico-paciente realizándose el ideal en este tipo de relaciones en las cuales debe de prevalecer la confianza y la conciencia. Sin embargo lo que comúnmente sucede es que el médico en aplicación del Principio de

Beneficencia decide de forma unilateral lo que es mejor para el paciente sin tomar en cuenta aspectos subjetivos de parte de este.

7. Declaración Universal de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos.

7.1 Antecedentes.

La UNESCO es la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Salud, cuenta con 193 Estados miembros y siete Miembros Asociados. El Estado de Guatemala forma parte de la UNESCO desde el 2 de enero de 1950. Volviendo a los antecedentes de la Declaración se puede mencionar que:²⁵ En el año 2003 la Conferencia General de la UNESCO solicitó al Director General a que presentase los estudios técnicos y jurídicos efectuados en relación a la posibilidad de elaborar normas universales sobre Bioética. En virtud de lo anterior el Comité Internacional de Bioética (CIB) realizó un estudio detallado sobre la viabilidad de un instrumento universal en materia de Bioética. Este informe fue examinado por el Comité Intergubernamental de Bioética (CIGB) sobre lo cual se pronunció que el mismo no debería de tener un carácter coercitivo sino más bien un carácter referencial. Estos estudios fueron expuestos por el Director General de la UNESCO en el 2003 y la Conferencia General invitó a que se prosiguiera con la preparación de la Declaración. En el 2004 se envió a los Estados Miembros y Asociados un cuestionario con la finalidad de recoger sus opiniones sobre el alcance y la estructura de la Declaración. El 28 de enero del 2005 el CIB elaboró el anteproyecto de la Declaración y fue el 19 de octubre del 2005 que se aprobó finalmente la Declaración.

7.2 Contenido.

En su artículo 1º. Se establece el contexto que esta declaración tiene, es decir los temas importantes que son tutelados en el

²⁵ González Morán, Luis. *De la Bioética al Bioderecho*, España, Ediciones Dykinson, 2006, Página 57.

instrumento, que son: las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, ciencias de la vida y las tecnologías conexas. Uniendo estos con la dimensión social, jurídica y ambiental del ser humano.

Los objetivos de la declaración que pueden resumirse de la siguiente forma:

- Servir de marco para que los Estados formulen sus legislaciones o políticas en el ámbito de la Bioética.
- Brindar una orientación a todo tipo de personas, asociaciones, comunidades etc...
- Promover el respeto a la dignidad humana y en general a los Derechos Humanos Universalmente reconocidos y que forman parte del Derecho Internacional.
- Reconocer la importancia que exista libertad de investigación científica, y los beneficios que tanto el desarrollo científico como el tecnológico brindan si se realizan dentro de un marco de principios éticos.
- Propiciar que se generen diálogos bioéticos entre diferentes sectores de la sociedad, pero que de cada sector se encuentren pluralidad de personas, entidades, comunidades, es decir que este diálogo sea dentro de la sociedad.
- Promover conjuntamente un acceso igualitario a los adelantos de la medicina, la ciencia y la tecnología así como una amplia circulación y aprovechamiento de los conocimientos derivados de esos adelantos con un enfoque especial a los países en desarrollo.
- Proteger a las generaciones presentes y futuras velando por sus intereses.
- Destacar la importancia de la conservación de la biodiversidad para la especie humana.²⁶

²⁶ Conferencia General de la UNESCO, UNESCO. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. 2005, Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, Fecha de Consulta: 22/08/2015

7.3 Principios:

Posteriormente la Declaración²⁷ establece los principios que deberán ser respetados por los seres humanos en toda decisión o práctica en el ámbito de la bioética. Los cuales se resumen así:

a. Dignidad Humana y Derechos Humanos:

Los intereses de la persona humana tienen prioridad frente a los intereses de la ciencia o la sociedad teniendo como premisa el respeto a la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

b. Beneficios y efectos nocivos:

Se deberá reducir al máximo los efectos nocivos y aumentar al máximo los beneficios para las personas involucradas en los conocimientos científicos, prácticas médicas u otras tecnologías.

c. Autonomía y responsabilidad individual:

La autonomía en relación a la toma de decisiones se respetará asumiendo la responsabilidad que estas impliquen, tomando las medidas necesarias con respecto a las personas que carecen de capacidad para ejercerla y de esta manera proteger sus intereses.

d. Consentimiento:

Cualquier tipo de intervención médica para llevarse a cabo deberá contar previamente con el consentimiento libre e informado de la persona interesada, este podrá ser expreso y revocado en cualquier momento y por cualquier circunstancia sin que esto le provoque una desventaja o perjuicio.

²⁷ Ibid.

La investigación científica también se registrará bajo lo anteriormente dicho y además la información proporcionada a la persona interesada deberá proporcionarse de manera comprensible e incluir las modalidades para la revocación del consentimiento. Podrán existir excepciones a este principio pero basadas en las normas éticas y jurídicas aprobadas por los Estados y de conformidad a los Derechos Humanos.

Si la investigación se realiza a un grupo o comunidad se podrá pedir adicional el consentimiento del representante legal respectivo, este consentimiento no sustituye el consentimiento individual de uno de los miembros.

7.4 Personas carentes de capacidad para dar su consentimiento:

Se deberá otorgar protección especial en relación a la autorización para investigaciones y prácticas médicas la cual deberá obtenerse conforme a los intereses de la persona interesada procurando que esta tenga conocimiento de la decisión del consentimiento y su revocación. Una vez obtenido este consentimiento las actividades investigativas deberán redundar únicamente en el beneficio de la salud de la persona interesada y siempre que no exista una alternativa eficaz de investigación comparable con la participación de personas en la misma. Las actividades que no entrañen un beneficio directo de salud se deberán llevar a cabo: únicamente de modo excepcional y si la investigación traerá provecho en la salud de otras personas.

7.5 Respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal:

Los grupos vulnerables y la integridad de quienes los conforman deberían de ser protegidos en referencia al conocimiento científico, práctica médica o tecnología conexas.

7.6 Privacidad y confidencialidad:

La información proporcionada por las personas interesadas deberá respetarse y no utilizarse para otros fines de los que originaron su obtención.

7.7 Los principios enfocados a la responsabilidad social:

Los artículos del 10 al 17 contienen un enfoque social entre lo que destaca el velar por la igualdad, la justicia, la no discriminación o estigmatización de individuos o grupos; la solidaridad y cooperación internacional; respeto a la diversidad cultural y el pluralismo; la responsabilidad social, específicamente en el tema de la salud, que los gobiernos tienen para con sus pueblos; el aprovechamiento compartido de los beneficios derivados de investigaciones científicas especialmente con los países en desarrollo; protección a generaciones futuras sobre todo por las repercusiones que las ciencias puedan tener en ellas; y la protección al medio ambiente, la biosfera y la biodiversidad por la interconexión que el ser humano tiene con las demás formas de vida.

7.8 Aplicación de los principios:

Los artículos del 18 al 21 regulan los mecanismos bajo los cuales se llevarán a cabo los principios orientadores de la Declaración y que se refieran a: la toma de decisiones y el tratamiento de cuestiones bioéticas deberá realizarse a través de un diálogo permanente entre profesionales y personas interesadas, es decir la sociedad en su conjunto; creando Comités de Bioética que tengan las funciones de evaluar problemas éticos, jurídicos, científicos y sociales así como brindar asesoramiento en problemas éticos en contextos médicos y coadyuvar en la educación sobre temas bioéticos; y por último trata el tema de las prácticas transnacionales en el caso que alguna investigación sea llevada a cabo en varios Estados, estos deberán velar porque su realización sea bajo normas éticas y jurídicas compatibles con la Declaración, teniendo como principal motivo de realización la disminución de los problemas

de salud a nivel mundial y luchar de manera conjunta contra el bioterrorismo y el tráfico de órganos, tejidos y todo lo relacionado con la genética.

7.9 Promoción de la Declaración:

Los artículos del 22 al 25 regulan las acciones a tomar por parte de los Estados para poner en práctica los principios de la Declaración mediante la creación de los Comités de Ética; la educación sobre todo a los jóvenes de los temas bioéticos alentando a las organizaciones intergubernamentales nacionales e internacionales a que participen de esta tarea dando origen a la cooperación internacional que permita el intercambio de conocimientos científicos sobre todo a países en desarrollo con la cooperación de la UNESCO.

7.10 Consideraciones importantes de la Declaración.

Tal como lo establece Luis González Morán "...lo más importante sin duda es que la Declaración haya visto la luz pública, se trata de un hito de la actividad normativa internacional en el terreno de la bioética. Esto debe de considerarse como un logro importante porque es un intento digno de encomio el esfuerzo por aunar tanta variedad cultural, jurídica, social y religiosa en unos planteamientos comunes, por mínimos que sean sobre bioética. Por eso sin duda alguna el elemento que más debe ser destacado es precisamente que se haya podido elaborar un documento universal".²⁸

González Morán realiza algunas críticas a la Declaración entre las cuales destacan que la misma no brinda una definición del término Bioética siendo este el propio objeto del documento. Menciona también que se puede considerar como una Declaración básicamente de principios lo que dio origen a una Declaración ausente de cuestiones bioéticas que bien pudieron haber encontrado cobijo en el documento. Y Finalmente que desde su inicio se vio mermada su eficacia jurídica al considerarla como una Declaración que

²⁸ González Morán Luis, Op. Cit, Página.60

contuviera recomendaciones a los Estados y no como un Convenio con eficacia vinculante y que comprometiera a los Estados a la adopción de medidas.

El haber conocido la historia de la ética médica expone las razones por las cuales se originan conflictos entre médico y paciente, brinda hasta cierto punto una justificación más no legitimación del actuar desproporcionado de los médicos en algunos casos producto de la observancia de códigos antiguos como el Juramento Hipocrático que contiene vacíos respecto a los problemas surgidos de la relación médico-paciente, evidenciando la necesidad de la creación de la bioética que con sus características, principios y ámbitos de aplicación viene a dar una luz en la solución de dichos problemas, extremo que se ve reflejado en documentos universales que permiten sentar las bases legales para que los Estados incorporen dentro de su ordenamiento jurídico temas de Bioética, dando paso a lo que se tratará en el siguiente capítulo y que versará sobre el Bioderecho.

Capítulo II

El Bioderecho

Como quedó anotado en el capítulo anterior, la Bioética es un estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y de la salud, examinada a la luz de los valores y principios morales; esa conducta humana es precisamente la que, de alguna manera fundamenta la necesidad de profundizar en las consecuencias jurídicas derivadas de los conflictos surgidos entre los pacientes y los médicos, y cómo esos conflictos deberían ser abordados en Guatemala.

Si bien la Bioética brinda acertadas respuestas a problemas de la conducta humana, en el campo de la vida y la salud, bajo la perspectiva de los valores y principios morales para el tratamiento de conflictos entre paciente y médico, también es cierto que aún existen espacios grises en la doctrina que de alguna manera deben ser explicados por las ciencias jurídicas para lograr una adecuada regulación legal de estas relaciones.

Circunstancias tales, como el hecho que las cuestiones Bioéticas de mayor trascendencia, usualmente se transforman en problemas jurídicos. Siguiendo lo que afirma Gabriel Alberto Guevara Castillo "...El Bioderecho sin bioética es ciego y la bioética sin el Bioderecho resulta vacía."²⁹

1. Las normas jurídicas generales y conflicto médico paciente.

Como punto de partida se debe tener claridad respecto a cuáles son las funciones del Derecho. La importancia de este punto radica en el hecho que, para explicar cualquier teoría del Derecho es indispensable conocer sus funciones y, si bien esta es una investigación que se centra en el Bioderecho, no está de más recordar que las bases para su desarrollo son las mismas que dieron origen a otras ramas del Derecho y que por esa similitud en algunas

²⁹ Guevara Castillo, Gabriel Alberto. *Bioética, Bioderecho, Biojurídica*. El Salvador, Asociación de Bioética de El Salvador, 2008, Página 17.

circunstancias tiene relación con otras disciplinas. Sociólogos, politólogos y filósofos entre otros atienden a las funciones del Derecho para explicar y fundamentar principios propios de su disciplina.

Partiendo del enfoque social que tiene el Derecho y, buscando una aproximación a una verdadera definición de acuerdo al presente trabajo se hace necesario distinguir las funciones del Derecho. De acuerdo a Luis González Moran³⁰, entre ellas se encuentran: La función organizadora que se logra mediante la imposición de normas para ordenar las relaciones de la comunidad; la función reguladora del comportamiento del individuo en la sociedad, al delimitar que determinadas acciones no son antijurídicas; función resolutoria al permitir resolver conflictos humanos surgidos de la convivencia; función materializadora al plasmar en documentos los ideales de justicia y convertirlos en aspectos legítimos.

De lo anterior se puede concluir que el Derecho en general tiende a organizar a la sociedad delimitando las acciones antijurídicas y dando soluciones a conflictos a través de normas preestablecidas. La importancia de conocer estas funciones para la presente investigación radica en entender el enfoque que necesariamente debe tener el Bioderecho en cualquier Estado, que aún siendo una rama nueva del Derecho no puede apartarse de estas funciones para realizarse en la sociedad.

2. Normas originarias del Bioderecho:

El Diccionario de la Real Academia Española³¹ define el término norma como “regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades”. Según lo expone Tealdi “existen normas descriptivas, prescriptivas y lógicas. Las leyes de la Naturaleza son descriptivas, ya que describen regularidades de la naturaleza y son verdaderas o falsas. Las leyes

³⁰ González Morán ,Luis, Op. Cit. Página 57

³¹ Norma. *Diccionario de la Real Academia Española*, Op. Cit. Página 1154

de un Estado son prescriptivas, ya que establecen reglamentos para la conducta y la interacción humana, y no tienen valor veritativo, es decir si son verdaderas o falsas. Con esta distinción descriptivo-prescriptiva puede decirse que, en sentido estricto, normas son solo las prescriptivas. Las leyes de la lógica, finalmente, no son descriptivas ni prescriptivas, ya que solo establecen un patrón con el que puede juzgarse si la gente piensa correctamente o no, enunciando verdades acerca de las entidades lógicas y matemáticas; determinan algo”.³²

Algo característico del conflicto médico-paciente es que dentro de este convergen muchas normas, las cuales hay que tomar en cuenta al momento de analizarlo. Confluyen leyes de la naturaleza representada desde un inicio por la vida y asimismo normas prescriptivas al encontrarse la vida protegida por el Estado. Al analizar ambas y buscar su origen y razón de ser entran en juego las leyes de la lógica.

Además del sentido de la norma como ley, Von Wright citado por Tealdi “distingue tres grandes grupos o tipos de normas llamados *reglas*, *prescripciones* y *normas técnicas* (directrices), 1. Las *reglas* (de un juego, de la gramática, de un cálculo lógico y matemático) determinan el patrón fijo de movimientos *correctos*, *permitidos* y *obligatorios* a realizar. No obstante, hay una diferencia en la dimensión *semántica* que tienen la gramática y el cálculo y no tienen los juegos. 2. Las *prescripciones* (regulaciones) son dadas o dictadas por alguien (una autoridad normativa), van dirigidas a alguien (el sujeto normativo), buscan un comportamiento determinado del sujeto, son promulgadas o dadas a conocer, y son sancionadas porque conllevan una amenaza o sanción ante el no cumplimiento. 3. Las *normas técnicas* (directrices) guardan relación entre *medios* a emplear y *fin* buscado, entre algo que se desea y algo que debe hacerse, no son descriptivas ni prescriptivas. Un enunciado que indica que algo es o no es una condición necesaria para otro

³² Tealdi, Juan Carlos. *Diccionario Latinoamericano de Bioética*. Colombia, UNESCO, 2008, Página 100

algo, es llamado un *enunciado anankástico*³³, y así puede también hablarse de oraciones y proposiciones anankásticas. Estas proposiciones no son normas técnicas ni tienen la relación lógica con ellas de *presuponerlas*".³⁴

Nuevamente tomando el tema central de la presente investigación se puede decir que un médico al realizar una intervención hace observancia a determinadas reglas para llevar a cabo la misma, como ejemplo se puede mencionar la utilización de ciertos protocolos de limpieza. El paciente al acudir a un centro asistencial está activando una norma mediante la cual el Estado le garantiza el derecho a la salud. Si el médico al practicar la intervención no observa las normas técnicas preestablecidas, como por ejemplo la forma en que debe realizar ciertas incisiones, o las realiza sin la autorización del paciente, se origina un conflicto que tiene consecuencias jurídicas. Ahora bien, no se debe olvidar que muchas intervenciones o prácticas médicas que hoy en día siguen realizándose tuvieron su origen en la costumbre, término que será analizado a continuación.

El término *costumbre* es definido por el Diccionario de la Real Academia Española como: "hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto"³⁵; pueden ser consideradas hábitos sociales o regularidades en la conducta de los individuos en circunstancias recurrentes, son adquiridas y no innatas, y pueden ser asemejadas a ceremonias, modas y modales. Tienen cierta semejanza con las regularidades de la naturaleza, pero se diferencian de ellas porque las regularidades de las costumbres puede romperlas el hombre mientras que la naturaleza no puede romper sus leyes.

³³ Anankástico: De la persona con ciertos rasgos de carácter como perfeccionismo, minuciosidad, hiperresponsabilidad, tendencia al control y la previsión, sentido exacerbado de la justicia, exigencia excesiva consigo y con los demás, amante exagerado del orden, etc. Ediciones Universidad Salamanca, Universidad de Salamanca, Diccionario médico-biológico, histórico y etimológico, España, 2014. Disponible en <http://diciomed.eusal.es/palabra/anancastico-ca> Fecha de consulta: 02/10/2015.

³⁴ Tealdi, Juan Carlos .Op. Cit. Página 100.

³⁵ Costumbre. *Diccionario de la Real Academia Española*. Op. Cit. Página 254

Como lo menciona Humberto Alvarado: “Eso que después es globalizado como la costumbre, es el origen de la norma jurídica primaria de regular las relaciones de conducta del hombre. Y desde este punto de consideración, ese derecho, una de cuyas características no es necesariamente que sea escrito, prácticamente nace poco después del apareamiento de las primeras organizaciones gregarias del hombre, y continúa practicándose hasta nuestros días en más de una sociedad contemporánea: desde los inicios de la sociedad se imparte justicia según normas de conducta consensuales colectivamente y no según una norma impuesta autoritariamente”.³⁶

Por ello, las costumbres se asemejan a las prescripciones aunque su autoridad normativa es anónima y no necesitan ser promulgadas; pero también se asemejan a las reglas en cuanto determinan formas de vida y en cuanto raramente son sancionadas si no se obedecen.”³⁷ Un ejemplo de esto son Las Parteras “que son personas que pertenecen a la comunidad en donde ejercen, a las que el grupo social reconoce como dotadas de los conocimientos, habilidades o facultades para curar, que diagnostican las enfermedades conforma a una idea de causalidad que es compartida por el grupo, y cuyo sistema de creencias, conceptos y prácticas las distinguen claramente de los terapeutas de la medicina académica”³⁸

La importancia de resaltar el aspecto consuetudinario radica en que al momento de formarse El Bioderecho en un Estado se deberá tomar en cuenta la existencia de este tipo de prácticas que en algún momento pueden llevar implícitos problemas si se requiere por algún motivo la intervención de un médico como consecuencia de una complicación que tuvo el paciente al haberse sometido a algún tipo de método curativo derivado de la costumbre.

³⁶ Alvarado Flores, Humberto. *El Derecho de la costumbre: Ensayo sobre la normativa jurídica consuetudinaria en Guatemala*, Instituto de Investigación y Autoformación Política, Guatemala, Fundación Friedrich Ebert, 1993, Página 21

³⁷ Ibid. Página 60

³⁸ Coordinadores: Durán Alcántara, Dr. Carlos H; Samano Rentería, Dr. Miguel Ángel; Gómez González, Dr. Gerardo: *Hacia una fundamentación teórica de la costumbre jurídica india*, , México, Plaza y Valdés Editores, Primera Edición, Universidad Autónoma Chapingo, 2000, Página 129.

Otro aspecto importante es que existen ciertas prácticas médicas que su origen se encuentra en una práctica consuetudinaria y que hoy en día se han perfeccionado y se continúan aplicando. Otra forma de entender cómo se aplica la costumbre desde la perspectiva del paciente es la aceptación colectiva que las decisiones que el médico tomara eran las que debían aceptarse, se daba como bueno o válido la opinión de aquel. Pero como las regularidades de la costumbre se pueden romper es entonces que después de analizar y escrudinar la naturaleza de la persona se empieza a dar origen a La Bioética dado que es inminente la existencia de conflictos que deberán ser resueltos por El Bioderecho.

Pasando de las clasificaciones generales de las normas y principios se establece a continuación la clasificación que en materia de Bioética se tiene de las normas y a las que necesariamente deberá atenderse para la formación de El Bioderecho. El Diccionario Latinoamericano de Bioética establece ciertos tipos de normas y que se detallan a continuación:

2.1 Los *principios morales* (normas morales):

“Tienen una característica sui generis que los hace conceptualmente autónomos, aunque su peculiaridad es que tienen complicadas afinidades lógicas con los otros tipos principales de normas y con las nociones valorativas de bien y mal. Comprender la naturaleza de las normas morales no es por eso descubrir una única característica en ellas; es examinar sus complejas afinidades con cierto número de *otras* cosas. Aunque en conjunto no determinan una actividad práctica, como lo hacen las reglas, en algunos casos (p. ej., las promesas deben cumplirse) son obligaciones lógicamente inherentes a una institución establecida (p. ej., la institución de hacer y aceptar promesas). Con respecto a las costumbres, los principios morales pueden observarse sobre su trasfondo en algunos casos, como el de las ideas morales sobre la sexualidad pero en otros muchos casos, como la obligación de cumplir promesas, esta perspectiva no tiene ningún sentido. Los principios morales, aunque puedan estar soportados por ellas, no deben confundirse con las

prescripciones, ya se originen estas en la autoridad de la familia, en las leyes del Estado o en las leyes de Dios. Tampoco deben confundirse desde una visión teleológica (eudemonismo, utilitarismo) con las normas técnicas para el logro de ciertos fines (la felicidad de los individuos, el bienestar de la comunidad) ya que los fines no pueden especificarse independientemente de las consideraciones de bien y mal que se tengan. Los cinco grupos anteriores de normas se ocupan de lo que puede o debe o tiene que *hacerse* o no”.³⁹

El autor señala que los principios morales tienen afinidad con otro tipo de normas tales como las reglas, las costumbres, las prescripciones y las normas técnicas; toda vez que son obligaciones que responden a una institución establecida que pueden ser el trasfondo de una costumbre o bien originados de una prescripción emanada de una autoridad y que tiene un fin para su existencia. De lo anterior se considera que al hacer observancia a los principios morales necesariamente deberá hacerse referencia a otro tipo de normas que desde el punto de vista del Bioderecho es muy importante dada la complejidad de los asuntos bioéticos que regulará y que por consiguiente creará normas que deberán ser lo más armonizadoras posibles para la sociedad.

2.2 Las reglas ideales:

A diferencia de los principios morales “estas en cambio, guardan más relación con el *ser* que con el *hacer*. En general, se hace referencia a ellas al decir que las personas deben ser generosas, sinceras, justas, ecuánimes, etc.; y, en particular, cuando decimos que un maestro debe ser paciente, firme y comprensivo. Las reglas ideales están estrechamente conectadas con el concepto de *bondad*: las propiedades que un artesano, un juez (un clínico o político en salud) tienen que poseer son las de un *buen* artesano o juez y no las que *cada uno* de ellos podría tener. Esas características que exigen las reglas ideales pueden denominarse las *virtudes* características de la clase de personas de las que estemos hablando, sean los artesanos o jueces (clínicos o

³⁹ Tealdi, Juan Carlos. Op. Cit, Página 101

políticos en salud). Por ello se habla de reglas *morales* o ideales para referirse a los hombres en general y de *virtudes* para tratar de un grupo de hombres en particular (agrupados por su profesión, etc.). Deben diferenciarse, sin embargo, las reglas ideales de las normas técnicas, ya que si bien el esfuerzo por un ideal de hombre bueno podría asemejarse a la persecución de un fin, las cualidades de un hombre bueno no se relacionan *causalmente* con el ideal de una buena sociedad del mismo modo que las virtudes del buen médico no pueden ser la causa de la salud de la población”.⁴⁰

El autor establece que las reglas ideales se refieren a características óptimas o perfectas que las personas deben tener y que al referirse a un grupo específico de personas, por ejemplo a los médicos, se convierten en virtudes que este tipo de profesionales deben tener, pero que no son causales de otras situaciones, por ejemplo buenos médicos generan salud en la población. Con respecto de lo cual se difiere con el autor, tomando el tema del presente capítulo que es el Bioderecho, en el sentido que si existen legisladores virtuosos o por llamarlo de otra forma con las características ideales que un legislador debe tener (estar al servicio de la patria, con conocimientos sobre creación de normas, íntegros en su actuar entre otras) entonces sí habrá una causalidad al existir un ordenamiento jurídico efectivo y dotado de legitimidad; y por lo tanto se podría pensar en la creación de un Bioderecho armonizable y correcto para la sociedad, que a pesar que existan conflictos responderán a un fin solucionador de controversias.

De acuerdo al tratadista Cristian Bresler⁴¹ “Que exista un derecho implica necesariamente la existencia de un grupo de personas que conviven” ya que el funcionamiento y las relaciones de los miembros necesitan ser reguladas mediante normas que permitan alcanzar los fines y objetivos.

⁴⁰ Loc. Cit.

⁴¹. Dirección General de Cultura y Educación, Argentina Bresler, Cristian. *Derecho y Sociedad*. Argentina, 2003 Disponible en: http://abc.gov.ar/lainstitucion/sistemaeducativo/educaciondeadultos/educacionadistancia/documentos_descarga/documentosmateriales/derechoysociedad.pdf Fecha de consulta 22/08/2015.

Sin embargo la eficacia que estas funciones llegarán a tener dependerá entre otros aspectos: De la identidad que las normas tengan con la realidad de una población, es decir si son suficientes o adecuadas para resolver conflictos; de la validez de esas normas en el sentido que si fueron creadas bajo los mecanismos preestablecidos por el ordenamiento jurídico y que las reviste de carácter obligatorio; y a la legitimidad de esas normas, entendiendo por legitimidad “que la pretensión que acompaña a un orden político de ser reconocido como correcto y justo no está desprovista de buenos argumentos; un orden legítimo merece el reconocimiento. Legitimidad significa el hecho del merecimiento de reconocimiento por parte de un orden político”⁴² es decir que las normas correspondan a aspectos éticos y justos; a los valores morales vigentes en la comunidad.

3. Importancia del Bioderecho en conflictos Bioéticos.

Se debe recordar que la Bioética tiene una historia corta y más aun que en algunos países esa historia apenas se inicia o en el peor de los casos aún no ha iniciado; situación que sitúa directamente en el escenario del Bioderecho que es consecuencia del origen de la Bioética. Dicho en otras palabras: el surgimiento del Bioderecho es más reciente que el de la Bioética.

Esta respuesta tardía de parte de juristas y legisladores se debe en parte a contradicciones entre las ciencias, un ejemplo de ello es la contradicción perpetua entre la Medicina y el Derecho.

En este sentido el Doctor Héctor Gros Espiell citado por Juan Cristina: “pone de manifiesto la importancia de la Declaración de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, como el primer ejemplo en el Derecho Internacional que una resolución adoptada por la Conferencia General

⁴² Serrano, Enrique. *Habermas: Legitimidad y Discurso Práctico*. México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1991, Disponible en: http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras25/texto3/sec_1.html ,
Fecha de consulta: 22/08/2015.

de un organismo especializado, sea ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que la hizo suya. Esta declaración nos dice que el genoma humano, en un sentido simbólico, es la herencia de la humanidad, así como en él se establece la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana, con su inherente dignidad y diversidad. Sin embargo esta declaración está siendo desafiada: la vida (y la nuestra, humana) está siendo patentada, planteando graves problemas, tanto éticos como económicos. ¿Pueden nuestros genes ser patentados? Nuestros genes existían antes de nuestro nacimiento, de cada uno de nosotros y de nosotros como especie, de manera que la invención es anterior al inventor. No parecería tener sentido. Sin embargo los genes de plantas, animales, y humanos se están patentando”.⁴³

En este punto necesariamente se debe hacer mención nuevamente a lo dicho sobre las virtudes. En el sentido que si los miembros de un organismo internacional cuentan con características ideales para crear un instrumento legal como la Declaración de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, es adecuado también que los médicos y científicos cuenten con esas virtudes de otra manera se origina una contradicción como se menciona en el párrafo precedente al otorgarle una categoría o propiedad universal al genoma humano y que en la práctica se convierta en propiedad individual.

Este tema es abordado por el Doctor Hervé Chneiweiss citado por Cristina: “las patentes de genes en vez de desempeñar un papel acelerador en la innovación, generan derechos abusivos sobre los futuros conocimientos independientes de la inventividad del solicitante. De hecho se está produciendo en estos momentos una carrera para patentar secuencias de genes, que incluso no sabemos o no hemos demostrado en que están involucrados. ¿A quién pertenecen nuestros genes? Si el genoma humano es, en sentido simbólico, la herencia de la humanidad, existe una propiedad común y por

⁴³ Cristina, Juan. *Bioética: compromiso de todos*, Uruguay, Ediciones Trilse, 2003, Página 9.

consiguiente es sumamente discutible en el terreno ético e incluso legal que una corporación pueda reclamar derechos exclusivos sobre la misma”.⁴⁴

Este es el punto de partida para comprender diversos temas Bioéticos toda vez que el genoma humano es el principio de toda la humanidad. Es decir que no se puede esperar la realización correcta del Bioderecho si los médicos y científicos manipulan y modifican a su antojo el origen de todo ser humano, de todo paciente: el genoma humano y establecer claramente los parámetros para la utilización y manipulación de los genes permitirá que los demás conflictos relacionados con la medicina se puedan dirimir de una mejor manera.

El Doctor Christian Byk citado por Cristina en relación a los problemas bioéticos añade que: “los problemas que se nos presentan no son solamente la ética de la vida, es también la ética de la sociedad. Es factible utilizar las reglas ya existentes que regulan una sociedad democrática para tratar los temas bioéticos que hoy nos interpelan y que, a través de las mismas, es posible avanzar en esta temática. La Bioética también puede considerarse una tendencia hacia lo bueno. ¿Cómo tendemos hacia lo bueno en una sociedad democrática, ante las controversias bioéticas? Se logra a través de tres etapas: toma de conciencia, proceso de evaluación y toma de decisiones. En todas ellas, los Comités de Bioética tienen un papel que jugar. La calidad de este proceso es dependiente de una buena implicación de los agentes morales, una clara definición de objetivos y una gran transparencia en el proceso de las controversias”.⁴⁵

No se trata de crear normas nuevas o no tratadas dentro del ordenamiento jurídico sino a partir de las que ya se encuentran dentro del ordenamiento positivo crear las normas que permitan regular esas nuevas situaciones dentro de la sociedad como son las cuestiones bioéticas. Sin embargo no debe de pensarse en bioética como sinónimo de conflicto sino por

⁴⁴ Ibid, Página 11

⁴⁵ Ibid, Página 14

el contrario, que el tratar un tema Bioético permita la confluencia de diversos sectores de la sociedad y que tienen su realización en los Comités de Bioética.

Luis González Morán opina que ese cambio o quantum de la legislación “añade un matiz nuevo y muy importante, a lo problemas anteriormente estudiados: es decir, partiendo de la base de que determinadas cuestiones bioéticas deben ser convertidas en normas jurídicas, con todas sus consecuencias de eficacia y exigibilidad”.⁴⁶

El autor establece que las cuestiones Bioéticas deben ser convertidas en normas jurídicas pero con una tónica restrictiva en el sentido que no todas las materias de la Bioética deberían ser reguladas dejando que las leyes preestablecidas las regulen. Si bien esto podría parecer lógico dado el dinamismo de la Bioética también es riesgoso dejar algunas materias bajo el amparo de normas que no fueron creadas con la intención de regular dichos aspectos y que más allá de brindar soluciones dejarán vacíos y por consiguiente conflictos sin una solución adecuada.

“Las razones que avalan ese criterio restrictivo consideran diversos intereses: así partiendo del punto de vista del paciente, se ha dicho que es probable que, en ciertas ocasiones, el paciente se equivoque al decidir sobre su cuerpo o vida, pero no se tiene ninguna garantía de que los demás no se equivoquen aun con mayor frecuencia, precisamente porque están disponiendo de algo que no es suyo y tomando decisiones en la que, en última instancia, no se hallan directamente implicados, de lo que viene a seguirse que a veces conviene que el legislador no intervenga. Considerada la cuestión desde el punto de vista de los profesionales de la salud, se ha dicho que la ley es insuficiente para tomar muchas de las decisiones que aquellos se ven obligados a tomar, no sustituyendo la necesaria autorregulación profesional cuando esté orientada a afianzar el sentido de la responsabilidad profesional”.⁴⁷

⁴⁶ González Morán, Luis, Op. Cit. Página 104.

⁴⁷ Loc. Cit.

Nuevamente se hace énfasis en el hecho que la función del Bioderecho en un Estado no debe tender a normar todos los aspectos de la Bioética sino a brindar el marco dentro del cual se puedan dirimir y solucionar conflictos entre médico y paciente, ya que de no contar con este marco jurídico puede ocurrir que el paciente se encuentre sin medios legales para defenderse o los médicos con vacíos legales que les permitan actuar en perjuicio del paciente independientemente de la intencionalidad. Por el contrario si el Bioderecho se encarga de crear los mecanismos e instituciones para la solución de los problemas bioéticos siempre se tendrán las bases para tratarlos y permitirá una constante actualización.

Roca Trias E. citado por González Morán⁴⁸ plantea la cuestión de la siguiente manera: “la plena protección de la persona humana solo se consigue por medio del reconocimiento y el respeto de los derechos fundamentales”; ahora bien, en el sistema de protección de los derechos fundamentales adoptado por el ordenamiento jurídico guatemalteco, la lesión aparece protegida de forma directa con el recurso de amparo, con una técnica que obliga directamente a los jueces y tribunales. En el sistema jurídico guatemalteco, la única garantía del ciudadano es que exista una normativa lo suficientemente amplia que, aplicando y desarrollando las disposiciones constitucionales reconocedoras de los derechos fundamentales, le proporcione los mecanismos de protección frente a actitudes extralimitadas.

F. Abel citado por González Morán⁴⁹ ha reflexionado sobre esta cuestión y otras conexas con ella y ha formulado algunas consideraciones de interés:

- 1) En la medida en que se ensanchan los ámbitos, por ejemplo por problemas de salud pública, o cuando los valores sociales son menos compartidos, no basta con la normatividad ética, la normatividad ha de ser amparada por la ley.

⁴⁸ Ibid. Página 105.

⁴⁹ Loc. Cit.

Lo anterior es correcto ya que la ética tiene una implicación moral y por lo tanto no existe una fuerza coercitiva que las haga cumplir haciéndose necesario que esos aspectos éticos se plasmen en leyes.

- 2) Las leyes, que por su naturaleza son coactivas, han de ser justas: en este sentido hay que legislar lo menos posible en cuestiones y problemas, cuyos elementos cambian rápidamente. La ley en las cuestiones médicas, cuando no se trata de delitos tipificados en nuestros códigos jurídicos, es un arma de dos filos: en principio, cuanto menos se legisle sobre el acto médico, mejor.

Entendiendo que legislar menos sobre el acto médico no implica dejar de legislar sobre los mismos sino todo lo contrario, es decir que no se legisle sobre cada aspecto pero que si se cree un mecanismo legal que permita dirimir situaciones emanadas del actuar médico aunque ya existan delitos tipificados, toda vez que no siempre se tratan de delitos sino de otro tipo de consecuencias jurídicas tales como la responsabilidad civil.

- 3) Una intensa interacción entre ética y normativa (con referencia al período 1978-1999) ha traído ventajas, por ejemplo, la homologación de criterios para una buena calidad asistencial y defensa de los intereses de los pacientes, aunque ha traído inconvenientes: así, la reflexión ética no alcanza a ofrecer argumentaciones sólidas y suficientemente contrastadas debido a la velocidad de los cambios que se producen constantemente, y que exigiría que médicos y científicos con preparación bioética suficiente pudieran aplicar los principios éticos, generales o intermedios, a las situaciones concretas, a lo que debe añadirse que, con frecuencia, el interés por la Bioética viene más motivado por el temor a la ley que por el deseo de profundizar en la ética, lo que hace desembocar en la medicina defensiva, que da a los médicos mayor poder real para influir en decisiones que afectan a los pacientes.

Cabe resaltar lo que el autor menciona que para un correcto actuar de los médicos y científicos estos deberían contar con una preparación Bioética suficiente, lo cual en la realidad sucede muy poco. El médico al no profundizar sobre aspectos éticos y solo buscar su beneficio, es decir evitarse consecuencias jurídicas, adopta un postura que en ocasiones obliga al paciente a tomar decisiones. Esto porque actualmente las personas cuentan con una conciencia cada vez más aguda de exigir la responsabilidad.

- 4) También señala como inconveniente la excesiva precipitación con que se ha legislado en estas materias, precipitación causada por la presión social y acentuada por intereses políticos.
- 5) El excesivo énfasis en la exigencia de los derechos individuales con el recurso frente a los tribunales para dirimir situaciones de conflicto, impulsa los deseos de acogerse a la legislación como mecanismo defensivo, antes que profundizar o recurrir a las posibles mediaciones éticas, más aptas para el diálogo. En la misma línea debe señalarse el miedo a la denuncia, con la consiguiente angustia de no saber durante meses e incluso años cuál será el veredicto.

Los procesos realizados contra los profesionales de la salud se basan en las principales ramas del Derecho, como es el Código Penal, el Código Civil (responsabilidad contractual y extracontractual), la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Administraciones Públicas Sanitarias). La razón de esto es dada la inexistencia de una ley específica reguladora de la responsabilidad de los profesionales de la salud. Salvo lo que establece el Código Deontológico de Médicos y Cirujanos de Guatemala que carece de fuerza coercitiva para su cumplimiento. Un ejemplo de ello es lo que establece Código Deontológico de Médicos y Cirujanos de Guatemala en su artículo 4: “El médico nunca perjudicará intencionalmente al enfermo ni le atenderá de manera negligente: evitará cualquier demora injustificada en su asistencia.”⁵⁰ Tanto la negligencia

⁵⁰ Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala.

como la mala práctica médica no se encuentra tipificadas en el Código Penal por lo que se hace necesario plantear las denuncias como lesiones u homicidio.

- 6) Existen varias soluciones: en primer lugar, como herramienta fundamental, el diálogo interdisciplinario entre Ética y Derecho, en sus dimensiones de Ética Filosófica y Filosofía del Derecho. En segundo lugar, debe intensificarse el diálogo entre (Bio) Medicina y Derecho por lo que es conveniente disminuir el temor de los médicos ante las denuncias y descorazonar las denuncias infundadas. Y como siempre que se habla del riesgo del ejercicio de la Medicina, se pone como ejemplo emblemático lo que sucede en Estados Unidos, advierte sabiamente que la legislación norteamericana y las sentencias de sus tribunales no son, sin más, superponibles con la legislación y la jurisprudencia españolas, creyendo que los jueces españoles actuarían igual, dado que el sistema legal fundamentado en la *common law* no es extrapolable a los sistemas jurídicos europeos continentales, que se fundan en el Derecho Romano y en la primacía de la ley. Para favorecer este diálogo es necesario un esfuerzo por ambas partes, intentando los médicos y profesionales de la salud conocer los fundamentos del Derecho y los juristas algunos fundamentos de la Medicina y las tecnologías médicas.

El autor señala puntos importantes a considerar tales como el diálogo entre Medicina y Derecho, es decir que los médicos conozcan los fundamentos del Derecho y los juristas fundamentos de la Medicina lo cual es bastante acertado tomando en cuenta que entre más se estreche la brecha entre Medicina y Derecho menos conflictos médico-paciente se originaran. Teniendo claro que en nuestro sistema jurídico (derivado del sistema español) tiene como condición para que determinado proceso jurídico pueda llevarse a cabo es necesario un procedimiento preestablecido en ley, lo cual hasta cierto punto le brinda tranquilidad al médico de no ser demandado por actos que ley no regula o prevé.

7) Finalmente, y dentro del capítulo de las soluciones, habla de lo que denomina "la democracia deliberativa", es decir, elevar la discusión bioética a la categoría de doctrina política para la resolución de conflictos morales; es decir, que todas las personas que se vean afectadas por una determinada política social participen en el proceso deliberativo antes de hacerla vigente: este proceso deliberativo (que tendría las mismas condiciones que han presidido los diálogos bioéticos desde sus inicios, es decir, la escucha atenta del parecer de los demás, la argumentación razonable por personas competentes en las respectivas materias, científicas o filosóficas; la tolerancia recíproca y el carácter provisional de las respuestas, que invitan a la reflexión y a la revisión de las propias posiciones) pide la información correcta, la recepción de las reacciones y la revisión de las propuestas hasta encontrar el consenso, dentro de un tiempo razonable, o la comprensión y la aceptación política de un acuerdo. Dicho de otra forma, se plantea la conveniencia de establecer este método de los diferentes niveles territoriales, antes de someter a la definitiva aprobación legislativa cualquier tema ligado directamente a los problemas bioéticos. Finaliza indicando algunos ejemplos concretos de la omisión de este método de trabajo participativo en las Cámaras legislativas: así tenemos algunas leyes buenas, como la ley de trasplantes, la de técnicas de reproducción asistida y experimentación embrionaria, a las cuales les ha faltado el proceso deliberativo del gran público.

Tomando el caso de Guatemala, pertinente es establecer un proceso deliberativo previo a la aprobación definitiva de cualquier ley referente a las cuestiones bioéticas: y darle participación a los grupos sociales, profesionales, científicos, culturales, religiosos, etc., que representan a la sociedad. Dejando claro que todo ciudadano que quiera participar en este proceso previo y acepte las reglas de juego mínimas exigibles a esta participación podrá formar parte. Lo anterior porque el espíritu de ser de la democracia como forma de gobierno es la presencia e intervención del pueblo en la toma de decisiones sociales y que no se concreta a votar cada cuatro años.

El legislador deberá tomar en cuenta tanto a los desarrollos científicos y tecnológicos como las necesidades sociales. Tampoco se deben cerrar a la creación de normas únicamente sino que debe atender a la acción judicial que en algún momento puede ayudar a brindar nuevas soluciones.

4. Relación de El Bioderecho y el Magisterio de la iglesia en el conflicto médico- paciente.

Como punto de partida para el tratamiento de este tema cabe mencionar el acontecimiento histórico acaecido en el año 1978 cuando nació el primer ser humano de la historia concebido de forma artificial en un laboratorio y que se mencionó que existía un vacío legal al respecto. Y que dio origen a un sinnúmero de regulaciones apresuradas sobre este tema.

Niceto Blázquez Fernández establece que: “el documento vaticano *Donum Vitae* denuncia abiertamente la existencia de este tipo de leyes reguladoras de las prácticas biomédicas con estas palabras: en algunos estados la ley ha autorizado la supresión directa de los inocentes. Cuando la ley positiva priva a una categoría de seres humanos de la protección que el ordenamiento civil les debe, el Estado no pone su poder al servicio de los derechos de todo ciudadano, y particularmente de quien es más débil, se quebrantan los fundamentos mismos del Estado de derecho”.⁵¹

Este es un ejemplo de la incorrecta creación de un Bioderecho pues a pesar de la urgente necesidad de regular un escenario, se debió haber analizado a profundidad las implicaciones jurídicas. El Bioderecho debe robustecer el ordenamiento jurídico vigente más no menoscabar derechos fundamentales con el argumento de regular temas Bioéticos. La Iglesia Católica en consecuencia denuncia este tipo de contravenciones sin considerar argumentos religiosos sino más bien defendiendo los Derechos fundamentales contenidos en la legislación preestablecida.

⁵¹ Fernández, Blázquez, Niceto. *Bioética y Biotanasia*. España, Editorial Visión Libros, 2010, Pagina 74.

En su libro Fernández⁵² explica que: El 12 de diciembre de 2008 la Congregación Vaticana para la doctrina de la Fe publica la Instrucción Dignidad de la Persona. Sobre algunas cuestiones de bioética. El texto fue preparado por la Pontificia Academia para la vida con la colaboración de un número importante de expertos de la antropología cristiana. La intención de realizar este documento fue para poner al día la Instrucción Donum Vitae al cumplirse 20 años de su publicación. El documento consta de tres partes. La primera recuerda algunos aspectos antropológicos, teológicos y éticos de importancia fundamental; la segunda afronta nuevos problemas relativos a la procreación y la tercera examina algunas nuevas propuestas terapéuticas que implican la manipulación del embrión o del patrimonio genético humano. De la primera parte cabe destacar que: El ser humano debe ser tratado y respetado como persona desde el instante de su concepción y por eso a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida. El cuerpo de un ser humano desde los primeros estudios de su existencia no se puede reducir al conjunto de sus células. Rechaza todas las técnicas de fecundación artificial heteróloga (fuera del matrimonio) y homóloga (dentro del matrimonio), salvo, en relación a esta última, que sea una ayuda a la naturaleza y no una sustitución del acto conyugal, como por ejemplo la desobstrucción de trompas. El médico está al servicio de la persona y la procreación humana y que no le corresponde la facultad de disponer o decidir sobre ellas.

Aquí puede mencionarse el caso de un matrimonio que tiene dificultades para cumplir unos de los fines establecidos por el Código Civil guatemalteco que es la procreación y que su única solución es recurrir a una fecundación artificial, pero la mujer no desea someterse a dichos tratamientos atendiendo a lo que su religión (católica) prohíbe o rechaza. Entrando en un dilema la recomendación del médico y la formación religiosa del paciente. El paciente entonces tendrá las siguientes interrogantes ¿Es legal la fecundación artificial?, ¿Están sus Derechos en este caso específico protegidos? Es importante

⁵² Ibid. Página 155.

resaltar que en este caso hipotético estamos ante la inexistencia de un Bioderecho que proteja efectivamente al paciente quedando éste bajo el amparo de las leyes civiles, penales y/o administrativas. Por el contrario el paciente se encuentra con una clara postura al respecto por parte de la Iglesia Católica.

Continúa Fernández⁵³ mencionando que Juan Pablo II en el capítulo tercero de la encíclica *Evangelium Vitae* explica que el ser humano no debe ser dueño absoluto y arbitro incensurable de la vida, sino administrador del designio de Dios sobre ella. La vida es sagrada en el sentido de que ningún ser humano puede atribuirse el derecho de destruir la vida de un ser humano inocente. Confirmada esta tesis con el texto de la Sagrada Escritura y la Tradición de la Iglesia. Con relación al aborto procurado establece que es la eliminación deliberada y directa, como quiera que se realice, de un ser humano en la fase inicial de su existencia, que va de la concepción al nacimiento. Siendo responsable por orden lógico la madre que lo pide o libremente consiente, el padre de la criatura sentenciada y particularmente los médicos, el personal sanitario que facilita los medios para abortar, los legisladores que promueven e instituyen las leyes abortistas, así como las instituciones internacionales, fundaciones y asociaciones que luchan sistemáticamente por la legalización y la difusión del aborto en el mundo. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción, y, por eso a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable, de todo ser humano, inocente a la vida.

Con respecto a la prolongación artificial de la vida se establece que la vida es un don de Dios y la muerte una realidad ineludible para la cual hay que prepararse sin hacernos los encontrados con ella. Por otra parte tampoco es cuestión de desenchufar los aparatos y dejar al enfermo abandonado a su suerte. Hay que acompañarle en ese trance supremo ofreciéndole todo lo que moral y materialmente esté a nuestro alcance, de suerte que pueda decirse que

⁵³ Ibid. Página 209.

se murió él cuando le llegó su hora ante la imposibilidad total por nuestra parte de aplazarla.

Tal como se estableció en el presente Capítulo, uno de los principales problemas Bioéticos es el conflicto médico-paciente, haciéndose necesaria la creación de normas jurídicas que atiendan lo que la ética médica comprende así como a los derechos fundamentales del hombre. Esto le permitirá al sistema jurídico guatemalteco contar con directrices jurídicas que faciliten la solución de asuntos Bioéticos. Sin embargo esa creación de normas no debe ser tarea exclusiva de los legisladores, esta vez deberán (con un sentido imperativo) brindar la colaboración o solicitar la decidida participación de muchos sectores de la sociedad en especial de la Iglesia Católica por el profundo sentimiento religioso que predomina en el país y por la tradición de su Magisterio, a efecto de contar con los argumentos y perspectivas legítimas para la creación de un Bioderecho que más allá de solucionar conflictos su realización sea con el fin de evitarlos. La existencia del Bioderecho no es tema exclusivo de países desarrollados, es también tema que atañe especialmente a países en vías de desarrollo toda vez que si dentro de esa estructura democrática están ocurriendo situaciones que no cuentan con un marco legal específico para ser tratadas, se convierten en temas actuales y necesarios de incluir dentro del Estado de Derecho.

Capítulo III

Expresión del Bioderecho en la relación médico-paciente.

1. La naturaleza internacional de El Bioderecho.

De acuerdo a un artículo publicado por la Universidad de los Andes en la República Bolivariana de Venezuela: “Que haya un Bioderecho, como rama o sector especializado y particular del Derecho, es sólo la consecuencia necesaria e ineludible, de que los temas bioéticos tienen hoy una propia e importante regulación jurídica. Esta regulación que cubre un espacio que incluye tanto el tradicional Derecho Público como partes propias del campo materia del Derecho Privado, resulta del Derecho Interno y del Derecho Internacional, Derechos, estos dos, cada vez más imbricados y condicionados y cuyos límites varían y evolucionan al ritmo del desarrollo histórico”.⁵⁴

Es una afirmación válida entonces que el Bioderecho no es el resultado de un acto espontáneo o antojadizo de los juristas por crear otra rama del Derecho sino más bien es una amalgama entre lo que el Derecho Internacional regula y el ordenamiento interno de un Estado, siendo su causa la necesidad de regulación en temas de Bioética. Lo cual tiene mucho de lógico toda vez que la Bioética es un tópico universal y por lo tanto materia de Derecho Internacional y, tomando en cuenta que esos actos o sucesos de la Bioética surgen dentro de un Estado de Derecho, es imperativa la incorporación de ese Derecho Internacional a las normas internas.

La Unesco (La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en inglés United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) abreviado internacionalmente como Unesco en su documento titulado Bioética: Compromiso de todos, expresa dos aspectos importantes en relación al Bioderecho: El primero se refiere a que existe “un interés creciente y una normatividad expansiva del Derecho Internacional

⁵⁴ Gross Espiell, Héctor. *Bioderecho Internacional*. Venezuela, Universidad de los Andes, 2008, Disponible en: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/26242/1/articulo1.pdf> , Fecha de Consulta 22/08/2015.

respecto de la Bioética. Hace veinte años hubiera parecido como ridículo y absurdo, pensar que el Derecho Internacional penetraba en el campo de la Bioética. Hoy el Derecho Internacional es un elemento esencial de la Bioética y del Bioderecho. Y si no se considera el Derecho Internacional, se ignora una parte importantísima de la regulación normativa jurídica de los temas bioéticos y genéticos. El segundo aspecto importante es que el Derecho Internacional en su relación con la bioética es una realidad hoy. Pero es una realidad en crecimiento y expansión. Es una materia que básicamente gira, hasta hoy, en la órbita de las Naciones Unidas y de dos grandes organizaciones internacionales de carácter universal: la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia, la Cultura y la Comunicación (UNESCO). Esto en el ámbito universal, en el Derecho Internacional universal. Pero además, el Derecho Internacional ha entrado con estos temas en sus manifestaciones regionales. Tanto en la Unión Europea como en el Consejo de Europa, en diferentes manifestaciones, es normal la regulación jurídica normativa internacional de temas bioéticos”.⁵⁵

El dinamismo de la Bioética y la globalización lograron que esos eventos aislados de la Bioética se convirtieran en asuntos que afectan a la humanidad, lo cual originó que el Derecho Internacional tomara en consideración dichos eventos y en aras de lograr armonizar su desarrollo dentro y entre los distintos Estados se crearon normas universales, ahora bien esas normas universales provienen de las organizaciones que agrupan a los Estados tanto por la materia como por la región. Un punto importante a mencionar es que lamentablemente la elaboración o creación de normas relacionadas con la Bioética no ocurre con la misma frecuencia en todas las organizaciones lo cual deviene en atrasos en el desarrollo de los Estados miembros. No siendo válido el argumento que los países en vías de desarrollo no están preparados en temas bioéticos toda vez que como se dijo en el capítulo anterior: Si los eventos ocurren y existe un Estado de Derecho es entonces necesario legislar o normar dichos eventos.

⁵⁵ Loc. Cit.

Retomando el artículo publicado por la Universidad de los Andes: “El Bioderecho Internacional no sólo ha contribuido al reconocimiento de la existencia de un Bioderecho Interno, sino que ha hecho un aporte esencial a la conceptualización actual de la Bioética, a su relación ineludible con la Dignidad y los Derechos Humanos, a su vinculación con la Ética de la Ciencia y de las tecnologías y comprensión de sus elementos sociales. Pero existen, tanto en lo interno como en lo internacional, organizaciones o asociaciones no gubernamentales, generalmente vinculadas con la ciencia, la ética o la deontología profesional – como en el caso de la SIBI (Sociedad Internacional de Bioética) entre otros muchos ejemplos posibles -, de las que emanan criterios bioéticos, muchas veces denominados declaraciones, que aunque no son expresiones del Derecho, en su acepción estricta, podrían llegar a considerarse una forma atípica de un Bio Derecho ni estatal ni intergubernamental internacional, pero sin duda, de importancia relevante, que no puede ignorarse ni dejarse de tener en cuenta. Hay que dejar constancia de que, en ocasiones, instrumentos del Bioderecho Interno o Internacional, citan en sus preámbulos estos textos no gubernamentales que, aunque sin fuerza jurídica propia, poseen un valor intelectual, científico o profesional que no puede ignorarse”.⁵⁶

Al existir las normas internacionales en materia de Bioética se justifica el reconocimiento de dichas normas por el Estado y asimismo la creación de un Bioderecho interno, brindando las bases necesarias para que se pueda iniciar el proceso legislativo. Pero no únicamente se debe atender a esas normas jurídicas emanadas de organizaciones gubernamentales sino que además deben de atenderse las acciones o declaraciones de organizaciones no gubernamentales cuyo fin de existencia son los temas de Bioética. Es más, debería otorgárseles en igual medida que a las normas internacionales la importancia toda vez que son reflejo de la expresión activa de dichas normas y que en determinado momento pueden brindar una visión actual de las mencionadas normas.

⁵⁶ Loc. Cit.

Asimismo hay expresiones de este Bioderecho atípico no intergubernamental, que son la consecuencia de reuniones de asociaciones científicas y académicas y personas vinculadas con la Bioética y con el Bioderecho, y que se refieren a la interpretación y aplicación regional de instrumentos de carácter universal en la materia. Es el caso, por ejemplo, de la Declaración de Santo Domingo del 30 de marzo de 2007, que está referida a la proyección latinoamericana y caribeña de la Declaración Universal sobre la Bioética y los Derechos Humanos de la Unesco. Es preciso comenzar por referirse a los ejemplos de Bioderecho Internacional de carácter regional.”⁵⁷

Otro modo de la expresión activa de las normas internacionales es la existencia de diversas asociaciones intergubernamentales que buscando la mejoría de esas normas se organizan para darle una interpretación y aplicación actualizada al Bioderecho Internacional. Estas asociaciones serán al contrario de las anteriores el resultado de la creación de un Bioderecho interno que servirá de apoyo al Estado para su defensa y mejora.

2. Análisis jurídico de la figura del médico.

2.1. La responsabilidad en general.

El desarrollo de la responsabilidad, dentro de su historia, ha demostrado ser muy importante convirtiéndose este tema de la reparación de daños causados por una persona a otra en uno de los más dinámicos del Derecho. Muestra de ello es el incremento de los litigios planteados acerca de esta materia. La razón principal por que ha propulsado la responsabilidad es un cambio en el pensamiento dentro de la sociedad que se puede resumir en el silogismo: Daño ocurrido + Determinación del causante = Planteamiento de litigio. Cabe mencionar que el tema de responsabilidad presenta una dificultad importante y que se refiere tanto a la falta como insuficiencia de las normas

⁵⁷ Miralles Aparisi, Ángela. *Bioética, Bioderecho y Biojurídica*. España, Universidad de Navarra, 2008. Página 10, Disponible en www.unav.es/icf/main/top/dec08/Aparisi_BioeticaBioderechoBiojuridica.pdf, Fecha de Consulta: 22/08/2015.

jurídicas en torno a este tema; y esto se debe a que anteriormente el tema de la responsabilidad no tenía la importancia o trascendencia con la que ya cuenta. Dentro del tema de la responsabilidad civil pueden analizarse una variedad de temas, de todos estos el que se analizará en la presente investigación será la responsabilidad del médico, pero para entender ésta es preciso entender lo que significa la responsabilidad civil *per se*.

Enfocándose en el origen etimológico del término responsabilidad se establece que la voz responsabilidad proviene de responderé que significa prometer, merecer, pagar: *responsalis* significa el que responde (fiador). En un sentido más restringido *responsum* (responsable) significa el obligado a responder de algo o de alguien. *Respondere* se encuentra estrechamente relacionada con *spondere*, la expresión solemne en la forma de *stipulatio*, por la cual alguien asumía una obligación, así como *sponcio*, palabra que designa la forma más antigua de la obligación”.⁵⁸

En virtud de lo anterior se establece que desde tiempos antiguos se incluía dentro de la actividad social la idea o concepto de responsabilidad que si bien no corresponde exactamente a la definición que hoy en día se utiliza lleva implícita la acción de dar o pagar a otro en virtud de una promesa o acuerdo. Sin embargo el término continúa en constante definición por parte de tratadistas con el objetivo de adecuarlo a la realidad social de la época.

El término responsabilidad es definido por el Diccionario de la Real Academia Española como: “Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente”⁵⁹. Definición por demás simple pero que menciona un punto importante al momento de referirse a la responsabilidad y que es la capacidad lo cual obliga a hacer referencia al Código Civil guatemalteco, Decreto Ley

⁵⁸ Salgado Cienfuegos, David. *Responsabilidad por daño moral*, México, Universidad Autónoma de México, Revista de Derecho Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, número 27, 1998. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/27/dtr/dtr3.pdf> , Fecha de consulta 22/08/2015.

⁵⁹ Responsabilidad. Diccionario de la Real Academia Española. Op. Cit. Página 487

Número 106, en el artículo 8 que trata el tema de la capacidad: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley”.⁶⁰ Entendiendo entonces que para que exista responsabilidad necesariamente deberá tener el sujeto activo mayoría de edad o bien haber cumplido los catorce años para los casos específicos que la ley señala.

De acuerdo al tratadista Jorge Peirano Facio “la responsabilidad no encierra un concepto autónomo, primario, sino un concepto derivado: no se es responsable por sí y ante sí, sino que se es responsable sólo frente a otra persona, o respecto de algo que no somos nosotros: Hay responsabilidad cada vez que un sujeto está obligado a reparar el daño sufrido por otro”.⁶¹ Bastante acertada la definición dada por el tratadista, y que al mencionar que se es responsable frente a otra persona es necesario referirse al negocio jurídico entendido según lo define Castán Tobeñas como: “el acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico”⁶² y tales requisitos se encuentran regulados en el Código Civil en el artículo 1251 y que se refieren a que exista “capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito”⁶³.

2.2. Responsabilidad Moral y Jurídica.

Otro aspecto importante a tratar dada la presencia religiosa en el tema de Bioética y que en algún momento deviene en conflicto es la diferencia entre Responsabilidad Moral y Jurídica. Y esta presencia se explica dado que el concepto responsabilidad no solo se centra en lo jurídico sino en que abarca otros campos como se evidenciará más adelante.

⁶⁰ Jefe de Gobierno. Decreto Ley número 106 Código Civil.

⁶¹ Facio, Peirano. *Responsabilidad extracontractual*, Colombia, Editorial Temis S.A., 2004, Página 20.

⁶² Castán Tobeñas, José. *Derecho civil español, común y foral*, España, Editorial Reus, 1971, Página. 622.

⁶³ Jefe de Gobierno. Decreto Ley número 106.

“La evolución del ser humano como individuo social se logra a partir del establecimiento de los ideales de igualdad y la prevalencia de sentimientos como el afecto, la amistad, el amor, la cooperación y la solidaridad sobre los instintos tales como la dominación, la jerarquía, el no reconocimiento y la intolerancia, lo que le permitió concebir a los demás como el «otro yo». Este acto de conciencia permitió crear una moral que inspiró la formación de lo social, basado en el carácter libre, autónomo e igual de los individuos. Dentro de esta concepción surgen los derechos humanos como universales y superiores a cualquier orden cultural”⁶⁴

A decir de Periano Facio la diferencia que debe realizarse entre responsabilidad moral y responsabilidad jurídica “no es sino un capítulo del tratado más amplio de la distinción entre moral y derecho. La moral y el derecho, no son disciplinas totalmente autónomas; tanto una como otra trabajan, en general, sobre el mismo conjunto de elementos: la conducta y las actitudes humanas. Precisamente, de esta unidad de objeto entre moral y derecho resulta la necesidad de establecer una distinción entre ambos órdenes de ideas. Haciendo eco de las varias concepciones acerca de la dicotomía entre moral y derecho, se ha intentado establecer de modo diverso, la distinción entre responsabilidad moral y jurídica. Así Mazeaud enseña que el problema propio de la responsabilidad moral, y aquello que la distingue de la responsabilidad jurídica, es el pecado: se es responsable moralmente, dice, cuando delante de Dios, somos creyentes, o delante de nuestra sola conciencia, si somos ateos, debemos responder de un acto o de una abstención. Es cierto que ambas disciplinas están unidas por el denominador común de la voluntad humana, pero no es menos cierto que en el campo moral esta voluntad humana se toma siempre en su aspecto íntimo, intencional y concreto, en tanto, que en campo jurídico se aprecia sólo a través de su exteriorización, ya sea esta concreta o abstracta”.⁶⁵

⁶⁴Crespo Bernal Julia Sandra. *Ética de la responsabilidad moral del ser humano*. Colombia, Revista de Derecho, Universidad del Norte, 2007, Disponible en: http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/18/3_Etica_de_la_responsabilidad_moral_del_ser_humano.pdf Fecha de consulta: 22/08/2015.

⁶⁵ Facio, Peirano. *Responsabilidad extracontractual*, Colombia, Editorial Temis S.A., 2004, Página 22

En relación a la responsabilidad moral el tratadista Joaquín García-Huidobro⁶⁶ plantea el siguiente caso:

Llega a la consulta médica de incógnito Josef Stalin; porque tiene un dolor de cabeza persistente. En relación a los honorarios está dispuesto incluso a pagar en dólares. Se somete a unos exámenes y al poco rato se descubre que la causa del dolor es una enfermedad grave, un tumor, que, de no mediar una operación, terminará muy pronto con la vida de esa persona. El médico sabe que este señor es responsable de la muerte de innumerables personas y que todo hace colegir que, de mantenerse sano, continuará con su propósito de limpiar la humanidad de elementos burgueses, anti reformistas y contrarrevolucionarios. El médico es consciente que existe un analgésico que permitiría quitarle absolutamente el dolor, de modo que podrá dejar que la enfermedad siga su curso hasta que se produzca la muerte, sin mayores sufrimientos.

La tentación es grande. Una actitud utilitarista extrema del médico llevaría a pensar que el Sr. Stalin ya tiene cierta edad, que tarde o temprano tendrá que morir, que está haciendo mucho mal a la humanidad, y que probablemente seguirá haciendo daño a personas inocentes. De esta manera, parecería estar más que justificado el omitir la operación aludida, y así prestar una contribución no pequeña a la causa de conseguir un mundo más justo.

Frente a un razonamiento de esta naturaleza, la Tradición Central de Occidente se inclinará por decir al médico que su deber es intentar curarlo (o rehusar atenderlo y sugerirle que consulte a otro médico). Tras esta actitud está la idea de que el médico, en cuanto médico, no tiene por obligación el hacer un mundo perfecto, ni siquiera mucho mejor, sino simplemente realizar

⁶⁶García Huidobro, Joaquín. *Alcances de la responsabilidad moral por la acción terapéutica*, Chile, Revista Médica de Chile Scielo, número 8, volumen 127, 1999, Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98871999000800015
Fecha de consulta: 22/08/2011.

los actos terapéuticos destinados a curar al paciente. Naturalmente se podría acusar a la Tradición Central de hipocresía, de prescindir de las consecuencias de los actos y proclamar un "hágase la justicia aunque perezca el mundo". El problema no es fácil, pero quizá en este caso podríamos defender a la tradición ética incluso en el terreno en el que sus adversarios se sienten más cómodos, es decir, el de las consecuencias.

En efecto, ¿qué pasa si el médico engaña a Stalin y lo deja morir pudiendo intentar curarlo? La primera consecuencia obvia es que Stalin morirá. La segunda, es más sutil, pero no menos importante: se habrá destruido la confianza, la base misma de la relación entre médico y paciente, está la idea de que los actos del médico no irán dirigidos hacia fines ulteriores que modifiquen el tratamiento haciendo del paciente un mero instrumento. Un mundo en que los pacientes tengan razones fundadas para sospechar que sus médicos -si las circunstancias lo aconsejan- no intentarán sanarlos, dista de ser un mundo justo.

Nada asegura que la muerte de Stalin ponga fin a los atropellos. La segunda objeción es que si el médico puede destruir la confianza, aunque sólo sea una vez, acudiendo a circunstancias excepcionales, y nosotros lo aceptamos, el paciente siempre tendrá la preocupación de si acaso el suyo no será otro caso en el cual el bien de la humanidad exige un pequeño y excepcional sacrificio de uno de sus miembros.

Detrás de la actitud utilitarista extrema está la idea de que el médico debe desterrar el mal del mundo. No existe la obligación de extirpar a toda costa cualquier mal que se dé en el mundo ni tampoco existe el deber de producir cualquier bien que esté al alcance de las propias posibilidades. El traumatólogo repara huesos quebrados y no responde del mal uso que se hace de ese brazo o mano. La cooperación al mal sólo es reprochable si además de material es formal. Es decir, el traumatólogo que sana a un homicida o a un tirano sólo es culpable si lo hace con el explícito propósito de

ponerlo en condiciones de asesinar o de seguir oprimiendo. No hay, por tanto, una obligación absoluta de evitar todos los males del mundo.

En el fondo, si la tradición ética tiene razón, debemos reconocer nuestros límites y darnos cuenta de que ya es una contribución bastante grande al bienestar del género humano el que hagamos bien aquella tarea, modesta o no, que tenemos entre manos. Si alguien acusa al médico de ser el causante de la muerte de miles de personas por no haber dejado morir a Stalin, el médico le dirá que él simplemente ha curado a un señor y que si ese señor, por su lado, decide ser un benefactor de los oprimidos o eliminarlos es cuestión que escapa absolutamente a su competencia. Si él fuese responsable, entonces también lo sería el fabricante de la tinta con que se firmaron los decretos de ejecución.

Por otro lado la responsabilidad médica tiene antecedentes antiquísimos por ejemplo el Código de Hamurabi que es “el primer conjunto de leyes de la historia y que enumera las leyes del dios Marduk para fomentar el bienestar entre las gentes”;⁶⁷ “condenaba a muerte al médico que, entre otras causas, no atendía con la prudencia y cuidados necesarios, ocasionando daño al paciente, o bien se le cortaban las manos. En Egipto y Grecia si el médico se apartaba de las reglas de los colegios secretos, podía ser castigado con severas penas, aun la muerte. En Roma se admitía que la relación médico-paciente era una forma de arrendamiento de servicios que era, a su vez, uno de los contratos consensuales, de uso frecuente, de gran utilidad práctica y en el cual no se exigía para su perfección formalidades especiales, pudiendo el consentimiento manifestarse por cualquier medio”.⁶⁸

⁶⁷ Sociedad Andaluza de Educación Matemática Thales. *El Código de Hamurabi*, España, 2000, Disponible en:

<http://thales.cica.es/rd/Recursos/rd98/HisArtLit/01/hammurabi.htm> Fecha de consulta: 22/08/2015

⁶⁸ Yugano, López Bolado y Bruno Poggi. *Responsabilidad profesional de los médicos*, Argentina, Editorial Universidad, 1992, Página 28

Yugano citando a Gisbert Calabuíg establece que "la responsabilidad médica significa la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios dentro de ciertos límites y cometidos en el ejercicio de su profesión".⁶⁹ Es decir que si el médico con ocasión de alguna intervención o tratamiento causa daño al paciente, debe indemnizar a este último; teniendo siempre en cuenta que dicha responsabilidad conlleva: capacidad para actuar, intención, y la existencia de un negocio jurídico, como más adelante se explicará.

2.3. Responsabilidad Civil y penal

El tratadista Rubén Alberto Contreras Ortiz⁷⁰ establece que las fuentes de las obligaciones civiles son las siguientes:

1. Los actos ilícitos penales (delitos y faltas) y los actos ilícitos civiles (infracciones a leyes de naturaleza no penal).
2. Los actos lícitos sin convenio (gestión de negocios, enriquecimiento sin causa).
3. Los negocios jurídicos unilaterales (declaración unilateral de voluntad) y los negocios jurídicos bilaterales (pago indebido, contratos).

“Todo hecho ilícito trae como consecuencia una responsabilidad; la base fundamental para establecer la diferencia entre la responsabilidad civil y la penal radica en la identificación del ilícito como una unidad de concepto que provoca diversas consecuencias, responsabilidad civil o penal, dependiendo si está contemplado o no como falta penal. Si se trata de un ilícito contemplado como delito por la ley penal, la responsabilidad del agente está relacionada directamente con la idea de la pena; es justamente aquella la responsabilidad penal. Cuando el ilícito no es considerado como delito y lo que ha causado es más bien un daño, la responsabilidad del agente está relacionada con la obligación de reparar el daño, esa es la responsabilidad civil. Vale la pena aclarar que el delito puede acarrear, en ciertos casos, una responsabilidad

⁶⁹ Ibid. Página 26.

⁷⁰ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. *Las Obligaciones Civiles Extracontractuales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar, 2003, Página 1.

conjunta, esto es penal y civil. La responsabilidad civil es precisamente la obligación de indemnizar al otro por los daños causados sin buscar la aplicación de una pena. Siguiendo un lineamiento un tanto simplista, podemos afirmar, que la responsabilidad penal es aquella que nace de un ilícito cuando este es considerado como una falta penal, estando inevitablemente relacionada su vigencia con el concepto de la pena. Bajo la misma perspectiva es también factible aseverar que la responsabilidad civil es aquella que nace de un hecho que ha ocasionado daño, estando relacionado su fundamento con la idea de la reparación. Así como no podemos imaginar una responsabilidad civil sin reparación, tampoco podemos imaginar una responsabilidad penal sin pena”.⁷¹

El Código Civil de la República de Guatemala admite como origen o fuentes de las obligaciones civiles: los hechos lícitos sin convenio (gestión de negocios, enriquecimiento sin causa y declaración unilateral de voluntad), los hechos y actos ilícitos (tanto penales como civiles) y los negocios jurídicos. En cada uno de dichos casos se produce una relación de acreeduría-deuda. El deudor debe cumplir una obligación civil, es decir, tiene una responsabilidad civil.

Se comprende entonces como responsabilidad civil el escenario en el cual una persona debe reparar el daño o el perjuicio⁷² causado a otra, independientemente de la existencia de dolo o culpa.”. Es decir que se comprende por daño cualquier pérdida personal o patrimonial, entendiendo por pérdida personal cualquier lesión que la persona sufra en su integridad física; y por perjuicio: cualquier aumento o incremento que una persona por la acción de otra no percibe.

⁷¹Gross Oramas Alfonso. *Responsabilidad Civil: Orígenes y diferencias respecto de la responsabilidad penal*, Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador, 2011, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=222&Itemid=63
Fecha de consulta: 22/08/2015.

⁷²Jefe de Gobierno. Decreto Ley Número 106 Código Civil. Comprendiendo por daños y perjuicios lo que establece el Código Civil en el artículo 1434: “Los daños, que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio, y los perjuicios, que son las ganancias lícitas que deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

En este sentido el artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial, establece que: "El exceso y mala fe en ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo que cause daños y perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos."⁷³

En relación a este punto la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil , en el Recurso de Casación 269-2003 de fecha 21 de febrero del 2004 ha considerado que: "Dentro de un contrato el derecho de solicitar el pago de daños y perjuicios nace como consecuencia del incumplimiento de éste; sin embargo, la reclamación está sujeta a que los mismos sean probados, por cuanto, tienen por objetivo restituir el patrimonio del contratante afectado y no sancionar al contratante que dio lugar al incumplimiento".⁷⁴

El Código Civil en su artículo 1653 también regula la situación en la que se da un abuso de derecho: "El exceso y mala fe en el ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo que cause daños o perjuicios a personas o propiedades, obliga al titular del derecho a indemnizarlos"⁷⁵, el cual nuevamente se une con el artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial anteriormente citado y con el artículo 17 el cual hace referencia a que "los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe".⁷⁶

Para entender las normas mencionadas es importante situarse en el caso en que el derecho otorgado por ley es ejercitado de manera incorrecta, o dicho de otra manera que quien es titular del derecho actúe de manera precisa, con el debido cuidado y por supuesto de buena fe.

El Código Civil de Guatemala contiene casos generales de abuso de

⁷³ Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 2-89.

⁷⁴ Organismo Judicial. Gaceta de los Tribunales., Guatemala, 2004 <http://www.oj.gob.gt/masterlex/default.asp>, Fecha de consulta: 22/08/2015.

⁷⁵ Jefe de Gobierno. Decreto Ley número 106.

⁷⁶ Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 2-89. Ley del Organismo Judicial.

derecho⁷⁷:

- a. Quien, ejercitando una actividad lícita, actúa imprudentemente. Por eso es, por ejemplo, que las leyes de tránsito sancionan a los conductores imprudentes, aunque no hayan causado daño alguno.
- b. El funcionario o empleado público que causa daños en el ejercicio de su cargo.
- c. El profesional que actúa con dolo en el ejercicio de su profesión.

Asimismo el artículo 1655 del Código Civil establece: “Si el daño consiste en lesiones corporales, la víctima tiene derecho al reembolso de los gastos de curación y al pago de los daños o perjuicios que resulten de su incapacidad corporal, parcial o total para el trabajo, fijado por el juez en atención a las siguientes circunstancias: 1°. Edad, estado civil, oficio o profesión de la persona que hubiere sido afectada; 2°. Obligación de la víctima de alimentar a las personas que tengan derecho conforme a la ley; y 3o. Posibilidad y capacidad de pago de la parte obligada”. En caso de muerte, los herederos de la víctima, o las personas que tenían derecho a ser alimentadas por ella, podrán reclamar la indemnización que será fijada de conformidad con las disposiciones anteriores”.⁷⁸

Los artículos 123 al 132 del Código Penal de Guatemala regulan los casos en que se le da muerte a una persona. Las sanciones penales para las lesiones corporales se encuentran reguladas del artículo 144 al 150 del mismo Código.

En relación a los profesionales el artículo 1668 del Código Civil de Guatemala establece: “El profesional es responsable por los daños o perjuicios

⁷⁷ ARTÍCULO 1645. Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. ARTÍCULO 1665. El Estado y las municipalidades son responsables de los daños o perjuicios causados por sus funcionarios o empleados en el ejercicio de sus cargos. ARTÍCULO 2033. El profesional está obligado a prestar sus servicios con toda dedicación y diligencia y con arreglo a las prescripciones de la ciencia o arte de que se trate, siendo responsable de los daños y perjuicios que cause por dolo, culpa o ignorancia inexcusable, o por la divulgación de los secretos de su cliente.

⁷⁸ Jefe de Gobierno. Decreto Ley número 106.

que cause por ignorancia o negligencia inexcusables, o por divulgación de los secretos que conoce con motivo de su profesión”.⁷⁹ El profesional, en este último supuesto , también incurriría en responsabilidad penal según lo estipulado en el artículo 223 del Código Penal de Guatemala, el cual sanciona la revelación de secreto profesional, según el siguiente supuesto de hecho: "Quien, sin justa causa , revelare o empleare en provecho propio o ajeno un secreto del que se ha enterado por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, sin que con ello ocasionare o pudiere ocasionar perjuicio, será sancionado con prisión de seis meses a dos años o multa de cien a un mil quetzales."⁸⁰

Como se mencionó anteriormente, en Guatemala no se encuentra tipificada como delito la mala práctica médica; en virtud de lo cual las denuncias se presentan como lesiones u homicidio. A este respecto algunas estadísticas hasta el año 2013 mostraban que “entre 2002 y 2012 se registraron 76 denuncias: 52 casos de lesiones, lesiones leves y lesiones culposas (el 68 % de los casos), y 24 casos de homicidio, homicidio culposo y homicidio preterintencional (el 32 % de los casos). El 65 % de los casos correspondían a hospitales públicos y el 35 % a hospitales privados u ONGs. De los 76 casos denunciados, 22 están siendo investigados (el 28 %), 36 casos, es decir, el 47 %, fueron desestimados (lo cual significa que no fueron investigados porque el MP consideró que no entraban en su ámbito de actuación) y 18 casos, el 25 % restante, fueron archivados.”⁸¹

En este sentido “en marzo de 2002, la Organización Mundial de la Salud (OMS) elaboró un informe sobre la seguridad del paciente, el cual documentó el impacto de los errores médicos a nivel mundial. La OMS reportó que en los países desarrollados uno de cada diez pacientes sufre algún tipo de daño

⁷⁹ Loc.Cit

⁸⁰ Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 17-73, Código Penal.

⁸¹ Reynolds, Louisa. *¿Mala suerte o mala práctica?*, Plaza Pública, Guatemala, 04/04/2013. Disponible en: <http://www.plazapublica.com.gt/content/mala-suerte-o-mala-practica> . Fecha de consulta: 09/10/2015.

durante el transcurso de su tratamiento hospitalario. En Estados Unidos, por ejemplo, se documentan entre 44 mil y 98 mil muertes al año como resultado de errores médicos, un número mayor que las muertes que se reportan por accidentes viales, cáncer de mama y VIH/SIDA. Según la OMS, el riesgo de morir como resultado de un error médico puede ser hasta veinte veces mayor en los países en desarrollo, lo cual se atribuye a una serie de problemas estructurales como las deficiencias en la infraestructura hospitalaria y el hecho de que el 50% del equipo médico utilizado es inadecuado.”⁸²

Dada la naturaleza de la profesión del médico cabe decir que éste tiene obligaciones para con el individuo y con la sociedad lo que trae como consecuencia que su ejercicio profesional se encuentre bajo el control de una autoridad administrativa, entiéndase Colegio de Médicos y Cirujanos y el Ministerio de Salud, lo que provoca que entren en juego normas de orden público contenidas ya sea en Códigos o en leyes que regulan el ejercicio de la profesión. En virtud de lo anterior el médico tiene la obligación de contar con el conocimiento y habilidad necesarios para el lugar donde ejercerá. Dando como sentado que toda acción será en beneficio del paciente y teniendo como fundamento principal la buena fe de ambos. Asimismo es deber del médico informar al paciente de cualquier diagnóstico y/o tratamiento de una enfermedad; saber aplicar las técnicas adecuadas para el caso en particular; abstenerse de realizar prácticas que no cuenten con autorización del paciente, así como dar instrucciones entendibles siempre por escrito al paciente y/o al representante legal de éste.

Muy relacionado a exigir la responsabilidad civil y/o penal está el tema de la Prescripción que se entiende como el “modo de extinguirse un derecho como consecuencia de su falta de ejercicio durante el tiempo establecido por la ley”.⁸³ Y que en el artículo 1673 del Código Civil de Guatemala establece que:

⁸² Loc.cit.

⁸³ Prescripción. Diccionario de la Real Academia Española, Op. Cit. Página 898

“La acción para pedir la reparación de los daños o perjuicios a que se refiere este título, prescribe en un año, contado desde el día en que el daño se causó, o en que el ofendido tuvo conocimiento del daño o perjuicio, así como de quien lo produjo”.⁸⁴

En este sentido la Corte Suprema de Justicia resolviendo un recurso de casación con el número 186-2002 resolvió: " . . . El artículo 1673 establece dos condiciones para empezar a contar el plazo: la primera: el día en que el daño se causó; la segunda: el día en que el ofendido tuvo conocimiento del daño. Al interpretar esta norma, con las particularidades del presente caso, esta Cámara define inicialmente que el daño que se causó con la presentación de la denuncia , es un daño incierto, potencial, sujeto a una condición para que se pueda tener por consumado, pues al momento de enterarse el ofendido de la denuncia lo procedente, tal y como lo hizo, era provocar que un Tribunal se pronunciara sobre la procedencia o improcedencia de los hechos delictivos imputados, pues mientras tal pronunciamiento no se dé, los ilícitos aún se consideran supuestos y no pueden generar derechos de un lado, ni obligaciones del otro, ya que si fuese el caso de que el Tribunal del orden penal abriese el proceso penal y se llegara a dictar sentencia considerando al procesado autor de los delitos, el daño no se hubiera causado, pues la denuncia se encontraba fundada. Para ilustrar la interpretación de la norma a que se ha hecho referencia, es preciso analizar el artículo 1513 del mismo Código.

Nótese que el párrafo final establece una condición a que está sujeto el plazo para reclamar la responsabilidad civil, proveniente de un proceso penal. Para poder reclamar daños y perjuicios a alguien que es sometido a juicio penal, es indispensable obtener una sentencia condenatoria. De ello se deduce que para que una persona demandada pueda reclamar daños y perjuicios de la persona que lo demandó sin fundamento, es necesario que el Tribunal del orden penal se pronuncie sobre tal extremo. En virtud de lo analizado, este Tribunal considera que la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones Interpretó

⁸⁴ Jefe de Gobierno. Decreto Ley número 106, Código Civil.

erróneamente el artículo 1673 del Código Civil, pues el cómputo del plazo de un año para reclamar daños y perjuicios no puede empezar a contarse a partir de la fecha en que el recurrente tuvo conocimiento de la denuncia, pues su situación en ese momento era incierta, ya que éste debía previamente solventar su situación jurídica. En consecuencia, se arriba a la conclusión de certeza jurídica, que al interpretar correctamente dicha norma el plazo de un año para promover la demanda de mérito debe empezar a computarse desde la fecha en que se enteró de la resolución judicial que desestimó la denuncia penal y ordenó el archivo del proceso, pues es en ese momento en que se tiene por confirmado o consumado el daño.

a) Incurre en interpretación errónea del artículo 1673 del Código Civil, el Tribunal que considera que el cómputo del plazo de un año para presentar la demanda de daños y perjuicios, debe empezar a contarse a partir de la fecha en que el afectado tuvo conocimiento de la denuncia penal promovida en su contra.

b) El plazo para promover demanda de daños y perjuicios, como consecuencia de una denuncia penal infundada, debe empezarse a contar a partir de la fecha en que el ofendido tiene conocimiento de la resolución dictada por el Tribunal del orden penal, por medio de la cual desestima la denuncia y ordena el archivo de las actuaciones."⁸⁵

2.4. Responsabilidad contractual y extracontractual

“La responsabilidad contractual es la que se produce por incumplimiento de un contrato por cualquiera de las partes; en el caso que nos incumbe la enfocamos si la parte que incumple es el médico. Así, si el paciente acude a un médico privado como cliente particular, o bien el paciente acude al hospital no como afiliado o beneficiario de la Seguridad Social, sino como particular ajeno a la misma. En este caso, la responsabilidad puede surgir de un contrato de arrendamiento de servicios, si la obligación es de medios, que son los

⁸⁵ Organismo Judicial. Gaceta de los Tribunales., Guatemala, 2004. Disponible en: <http://www.oj.gob.gt/masterlex/default.asp>, Fecha de consulta: 27/08/2015.

supuestos cuyo fin es curar al enfermo, o también, de un contrato de obra, si la obligación es de resultado, que son los supuestos de lo que se denomina medicina voluntaria.”⁸⁶ No siendo necesario que exista un documento que establezca los Derechos y Obligaciones de los sujetos pues el Código Civil de Guatemala en el artículo 1517 establece que “hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.”⁸⁷

De acuerdo a Rubén Alberto Contreras Ortiz: “En el concepto de responsabilidad civil extracontractual debe entenderse comprendido el resarcimiento de todo daño y perjuicio derivados de un acto o de una omisión ilícita, es decir, contraria a la ley; y tenerse en cuenta, también, que así como puede ser infringida la ley penal (ilicitud penal), también lo pueden ser las leyes de otra naturaleza (ilicitud civil), y que en ambos casos la sanción legal busca resarcir, es decir: restituir, reparar o indemnizar la lesión patrimonial causada, tanto la que recae sobre el patrimonio material, económico o disponible (patrimonio material), como la que atañe a atributos personalísimos (por ejemplo: la honra, la dignidad o el prestigio personal (patrimonio ideal o indisponible). De ahí que, por consiguiente, el resarcimiento comprende tanto el daño material como el daño moral”.⁸⁸

“La responsabilidad extracontractual es la que sin existencia de una obligación anterior, y sin ningún antecedente contractual, produce un daño o perjuicio que tiene su origen en una acción u omisión culpable solo civilmente, a saber que, siendo ilícita no revista, sin embargo de los caracteres de un delito o falta por no estar penada por ley”.⁸⁹

“El encuadre de la responsabilidad médica dentro del campo contractual o extracontractual reviste no sólo importancia doctrinaria sino también, y esencialmente, fáctica, pues de acuerdo con la tesis que se sostenga muy dispares serán las consecuencias. Algunos autores consideraron la

⁸⁶ Bardají, Díaz-Ambrona, María Dolores. *Introducción a la medicina legal*, España, Ediciones Díaz Santos, 2007, Página 78.

⁸⁷ Jefe de Gobierno. Decreto Ley número 106, Código Civil.

⁸⁸ Contreras Ortiz. Op. Cit. Página 3.

⁸⁹ Bardají, Ambrona. Op. Cit. Página 80

responsabilidad médica como de carácter extracontractual ya que el médico tiene una independencia total en el ejercicio de su profesión, de modo que su mal desempeño lo hace incurrir en culpa aquiliana, o bien, como expresaron otros, la obligación del profesional es de carácter legal cuyo incumplimiento en el orden técnico hace surgir la responsabilidad extracontractual independientemente de la contractual”.⁹⁰

Así pues “la responsabilidad extracontractual del profesional médico quedaría configurada a través de actos ilícitos y sin perjuicio de una posible acumulación de responsabilidades: incumplimiento contractual por una parte, e ilícito de derecho penal por la otra, ya que, como decían los clásicos cuando la inejecución del contrato degenera en un delito de derecho criminal, surge también la responsabilidad extracontractual pues el delito implica la violación de un deber independiente de la inejecución del contrato y sin perjuicio de la opción para la víctima de elegir la acción civil o penal- de la reparación más adecuada”.⁹¹

El Doctor Roberto Vásquez Ferreira⁹² enumera algunos ejemplos en los cuales la responsabilidad médica puede tener carácter extracontractual siendo estos:

- a) El de los servicios médicos requeridos por una persona distinta del paciente, siempre y cuando, por lógica, aquélla no obligue contractualmente al último en virtud de una representación legal o voluntaria.
- b) Cuando se configura un delito del derecho criminal.
- c) Cuando el contrato celebrado entre el facultativo y el paciente es nulo.
- d) Cuando el servicio médico es prestado por el facultativo espontáneamente, sin intervención alguna de la voluntad del paciente

⁹⁰ Yugano, López Bolado y Bruno Poggi. Op. cit. Página 32

⁹¹ Ibid. Página 37.

⁹² Ferreira Vásquez Roberto. Responsabilidad civil de los médicos, México, Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico, 2007, Disponible en: http://www.sideme.org/doctrina/articulos/respcivmed_rvf.pdf
Fecha de Consulta: 27/08/2015.

- (ejemplo del médico que auxilia a la víctima de un accidente en la vía pública).
- e) La atención del médico a un incapaz de hecho sin poder comunicarse con el respectivo representante legal.
 - f) La actividad del médico desarrollada en contra de la voluntad del paciente (asistencia al suicida).
 - g) Cuando la relación entre médico y paciente es impuesta coactivamente al último, a raíz de la imperatividad de una disposición legal o administrativa.
 - h) Cuando el médico actúa con la intención de causar el daño, es decir con dolo delictual, lo que configura un delito civil.
 - i) El caso en que el paciente fallece como consecuencia de la atención médica y quienes reclaman son sus familiares. En tal caso el reclamo debe ir por la vía extracontractual.

La responsabilidad civil contractual surge cuando a raíz de un contrato ocurre un incumplimiento total o parcial del mismo, o bien que su cumplimiento se dio con posterioridad a la fecha establecida. Por otro lado la responsabilidad civil extracontractual se origina por actos que no conllevan una relación contractual o de cualquier otra naturaleza.

2.5. Contrato médico paciente:

El contrato médico-paciente posee diversas características siendo las que mejor encuadran dentro de la presente investigación las enumeradas por Gisbert y Villanueva⁹³ y que lo describen como un contrato:

- Sinalagmático o recíproco en las obligaciones de las partes. El médico se obliga a dispensar cuidados cualificados, concienzudos y atentos. El paciente-cliente se obliga a seguir la prescripción e indicaciones y a pagar los honorarios.

⁹³ Calabuig Gisbert Juan Antonio y Cañadas Villanueva Enrique. *Medicina legal y toxicología*, España, Editorial Masson, 2004, Página 71.

- **Tácito:** No es necesario que exista un documento para que haya contrato. Se inicia con la simple petición de consulta y la aceptación de esta. No obstante, es conveniente que el contrato sea explícito, con documento, cuando se trata de intervenciones quirúrgicas, exploraciones con riesgo o cualquier otro acto médico en que, de algún modo, se busca un resultado concreto.
- **Bilateral:** Además de recíproco es personal, pues solo el titular de su cuerpo puede autorizar que se realice sobre él cualquier acto médico. En caso de las personas sometidas a la patria potestad o tutela, al ser menores o incapaces las personas que reciben los cuidados médicos y, por tanto, sin capacidad legal para contratar, serán sus representantes legales los que actuarán en su nombre y beneficio, y los que asuman el pago de los honorarios. Aunque a los efectos de información y consentimiento se contará siempre con aquellos, si tienen capacidad para discernir y comprender el acto que se pretende realizar.
- **Oneroso:** Se entenderá siempre que este contrato es a título oneroso para el cliente y que el médico percibe sus honorarios, aunque por las razones que sean, después dispense de estos al enfermo. En ningún caso el médico podrá acogerse al hecho de que no cobró honorarios para establecer una nulidad contractual o incumplir la obligación que previamente había aceptado.
- **De medios y no de resultados:** Esta es la característica más diferencial del contrato médico. El médico no está obligado a restituir la salud, ni curar siempre, ya que ello es imposible y estaría fuera del negocio de los hombres: no se puede pactar lo que *a priori* no se puede cumplir. El médico se compromete a poner al servicio del paciente. los medios necesarios para su atención, diagnóstico y tratamiento. Se obliga también a actuar con diligencia, para resolver el problema, pero no garantiza los resultados derivados de dicha atención.

2.6. La culpa

a. Concepto

En Derecho Civil, se contempla el término culpa en un sentido amplio y en sentido estricto. Hechas estas breves distinciones, es importante abordar algunas definiciones de culpa, a través de la doctrina nacional y extranjera. La tratadista Paola Seoane⁹⁴ cita acertadamente varias definiciones de culpa de diversos autores y que según Orgaz, por ejemplo, la define como un defecto de conducta o de la voluntad (no sólo del intelecto). Bustamante Alsina, por su lado, considera que la culpa es la omisión de la conducta debida, positiva o negativa, para evitar o prever un daño. Mosset Iturraspe, identifica la culpa como la falta, defecto de la conducta o de la voluntad o del intelecto. Desatención o descuido. Carencia de conocimientos científicos necesarios para el caso o de la técnica aplicable. Demolombe, estima que la culpa comprende todos los grados y todos los hechos de omisión o comisión, de inatención o de distracción; e incluso reticencias por las cuales el derecho de un tercero haya sido desconocido o lesionado. Por su parte, Planiol, entiende que culpa es la violación de obligaciones y deberes. Para él, es el incumplimiento de una obligación preexistente, del que la ley ordena la reparación, cuando se ha causado un daño a otro. Entonces, bajo este perfil, la noción de culpa entra en relación necesaria con la idea de obligación, y nadie podrá ser considerado en culpa si no estaba obligado a nada antes del acto o de la omisión que se le reprocha.

La culpa se encuentra regulada en el artículo 1424 del Código Civil de Guatemala y que establece: “La culpa consiste en una acción u omisión perjudicial a otro, en que se incurre por ignorancia, impericia o negligencia, pero sin propósito de dañar”.⁹⁵ Al tenor de este tema el artículo 1648 del mismo cuerpo legal establece: “La culpa se presume, pero esta presunción admite prueba en contrario. El perjudicado sólo está obligado a probar el daño o perjuicio sufrido”.⁹⁶

⁹⁴Seoane, Paola. La culpa médica. Argentina, Asociación Argentina de Psiquiatras, Disponible en: <http://www.aap.org.ar/publicaciones/forense/forense-4/tema-4.htm> Fecha de consulta:27/08/2015

⁹⁵ Jefe de Gobierno. Decreto Ley Número 106

⁹⁶ Loc. cit.

En relación a este punto la Corte Suprema de Justicia Cámara Civil, en el Recurso de Casación 146-2003 de fecha 4 de febrero del 2005 resuelve: “existe violación del artículo 1648 del Código Civil cuando la Sala le atribuye al perjudicado, en contra de la presunción legal de culpa que éste establece, la carga de probar otras circunstancias adicionales distintas al daño o perjuicio sufrido. De lo anterior se deduce que conforme al criterio de la Sala, a la demandante le faltó demostrar otros elementos adicionales como la culpa y responsabilidad para poder condenar al Estado de Guatemala. Este criterio viola manifiestamente la ley, ya que el artículo 1648 del Código Civil dispone expresamente que para el caso de reclamo de daños y perjuicios existe una presunción legal de culpa en contra del demandado correspondiéndole únicamente a la parte demandante probar la existencia del daño. En el presente caso, el daño (la muerte del hijo de la demandante) fue demostrado y reconocido por la Sala, pero su exigencia de que la demandante debía probar la culpa o responsabilidad del Estado o sus funcionarios es contraria a la norma legal citada, lo cual hace que efectivamente se configure una violación de la ley y del derecho de la demandante a una tutela judicial efectiva, lo que hace manifiesta la procedencia de este submotivo, debiendo casarse la sentencia y dictarse la que en derecho corresponde”.⁹⁷

El artículo 1425 del Código Civil establece que: “La responsabilidad por culpa debe graduarse atendiendo a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, de tiempo y de lugar”.⁹⁸

b. La culpa Médica

Pedro López Rodríguez⁹⁹ citando a D. García establece que: Los profesionales sanitarios, como cualesquiera otros están obligados por el

⁹⁷ Organismo Judicial. Gaceta de los Tribunales., Guatemala, 2004. Disponible en: <http://www.oj.gob.gt/masterlex/default.asp> . Fecha de consulta: 27/08/2015

⁹⁸ Jefe de Gobierno. Decreto Ley número 106, Código Civil.

derecho común a actuar responsablemente en el ejercicio de su profesión, evitando tanto la imprudencia, como la ignorancia la impericia y la negligencia. Esta responsabilidad de los profesionales sanitarios es básica.

A efecto de establecer adecuadamente el plano de la culpa médica es necesario realizar ciertas aclaraciones y partiendo del punto que “durante algún tiempo se sostuvo que los médicos sólo respondían frente a una falta grave. Frente a esa postura y como reacción, otros autores comenzaron a sostener que la más mínima negligencia compromete el accionar de estos profesionales. En la actualidad, y conforme la más calificada doctrina y jurisprudencia no se habla de una culpa profesional como algo distinto de la culpa en general. Por lo tanto, la protección del profesional ya no pasa por la exigencia de una falta grave sino por la efectiva constatación de su culpa, cualquiera sea su entidad, aunque también descartando una culpa intrascendente. En definitiva, se trata de la culpa común debiendo descartarse modelos extremos que beneficien o perjudiquen a los profesionales del arte de curar. Debe tenerse en cuenta que al profesional médico le es exigible todo el conjunto de curas y atenciones que un buen profesional debe prestar con arreglo al nivel actual de la investigación”.¹⁰⁰

Según Pedro López Rodríguez la culpa médica se puede definir como “la infracción por parte del médico o del cirujano, de algún deber propio de su profesión, y, más concretamente del deber de actuar con la diligencia objetivamente exigida por la naturaleza del acto médico que se ejecuta, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.¹⁰¹

2.7 Dolo

⁹⁹ Rodríguez López, Pedro. *Nuevas formas de gestión hospitalaria y responsabilidad de la Administración*, España, Editorial Madrid Dykinson, 2004, Página 44

¹⁰⁰ Ferreira Vásquez, Roberto. Op.Cit. Página 5

¹⁰¹ López Rodríguez, Pedro. Op.Cit., Página 45.

El diccionario de la Real Academia Española define dolo como: “Voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud”.¹⁰² El dolo se ha definido como conciencia y voluntad de la realización de una conducta objetivamente típica, esta definición ha sido paulatinamente abandonada por la doctrina y por los tribunales, hasta el punto de poderse afirmar que, hoy en día, el dolo se concibe (de forma explícita o implícita) sólo como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo. Por expresarlo de forma simple pero contundente, el dolo ya no es conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento”¹⁰³.

Fernando Gil Hernández¹⁰⁴ establece que en el caso del médico como sujeto activo de un ilícito penal se pueden dar dos situaciones relacionadas con su actividad: El médico se aprovecha de las ventajas que le brinda el ejercicio de su profesión para cometer un delito (p.ej.: El médico del trabajo que se vale de su superioridad moral sobre una trabajadora y abusa de ella). El médico comete acciones que solo puede hacer por su condición de médico (certificados falsos) o que están ligados al ejercicio profesional de un modo muy concreto, aunque otras personas puedan incurrir en ellas (p. ej., la omisión de deber de socorro y la responsabilidad por delitos imprudentes). En los delitos debidos a dolo, el autor quiere la acción y además el resultado. Además pueden ser por dolo directo o específico cuando se busca un resultado concreto (de propósito buscar una mutilación, una falsedad pericial, etc.) o de dolo genérico (se busca dañar una parte concreta del cuerpo).

El artículo 1261 del Código Civil de Guatemala establece que: “Dolo es toda sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguna de las partes”.¹⁰⁵ Por otro lado en materia penal se comete un delito doloso, de acuerdo al Código Penal en su artículo 11 “cuando el resultado ha

¹⁰² Dolo. Diccionario de la Real Academia Española, Op. Cit. Página 128

¹⁰³ Quisbert, Ermo. Formas de culpabilidad: dolo y culpa., Republica Dominicana, Escuela Nacional de la Judicatura, 200. Disponible en: http://enj.org/portal/biblioteca/penal/teoria_delito/24.pdf Fecha de consulta: 21/06/2011

¹⁰⁴ Gil Hernández, Fernando. Tratado de medicina de trabajo, España, Editorial Masson 2005, Página 200.

¹⁰⁵ Jefe de Gobierno. Decreto Ley número 106. Código Civil.

sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto.”¹⁰⁶

Existen dos clases de dolo el principal, que es aquel que ha sido determinante para la realización del acto, que si produce la nulidad; y el incidental, que no es el que ha sido objeto para contratar, que no produce nulidad.

- La violencia o intimidación:

Federico Puig Peña, establece conforme a la violencia, como la coacción física ejercida sobre un individuo para obligarle a realizar o no realizar un negocio jurídico. Y con respecto a la intimidación: cuando se inspira en uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes”¹⁰⁷

Según el Lic. Estuardo Gutiérrez y González, la violencia, “existe cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales” .¹⁰⁸

Marcel Planiol, define a la violencia como, “la coacción ejercida sobre la voluntad de una persona, sea por la fuerza material o por medio de amenazas para determinarla a consentir en un acto jurídico” .¹⁰⁹

En el artículo 1265, se establece: “La violencia o intimidación deben ser de tal naturaleza que causen impresión profunda en el ánimo de una persona

¹⁰⁶ Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 17-73. Código Penal.

¹⁰⁷ Puig Peña, Federico. Compendio de derecho civil español, España: Editorial Revista de Derecho Civil Privado, 1957, Página 501.

¹⁰⁸ Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las obligaciones, México, Editorial José Cajica, 1971, Página 256.

¹⁰⁹ Planiol, Marcel. Tratado elemental de derecho civil patrimonial, Estados Unidos de Norteamérica, Editorial Filiberto Cárdenas, 1991, Página 143.

razonable y le inspiren el temor de exponer su persona o su honra o la de su cónyuge o conviviente de hecho, ascendientes, descendientes o hermanos, a un mal grave o a la pérdida considerable de sus bienes".¹¹⁰

La fuerza física o amenazas que sufra una persona, para debilitar su ánimo y arrancarle una declaración de voluntad que no desea, es la violencia que se divide en física a la que la doctrina llama *vis absoluta* y la moral o psicológica *vis compulsiva*; ambas producen el elemento psicológico que realmente vicia la voluntad al suprimir la voluntad de decisión.

El ordenamiento jurídico contempla la figura de la culpa y el dolo sin embargo esta regulación resulta incompleta para un adecuado tratamiento del conflicto médico-paciente toda vez que estas normas son generales, es decir que no abordan puntualmente en qué casos el médico incurre en dolo o culpa; en virtud de lo anterior se establece que el derecho positivo vigente cuenta con la base legal para darle origen a una normativa específica que regule aspectos que ocurren dentro de la relación médico-paciente.

¹¹⁰ Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 17-73.

CAPÍTULO IV

Mecanismos de Defensa y Declaración de Voluntad.

1. Consideraciones Preliminares.

Como punto de partida para lograr entender tanto el Testamento Vital como el Consentimiento Informado es necesario conocer ciertos términos que le son comunes a ambos y que sirven como punto de partida para realizar un análisis de dichos instrumentos. De esa cuenta los términos a conocerse son:

2. Ortotanasia:

De acuerdo a la Conferencia Episcopal Española su origen etimológico proviene “del griego *orthos*, recto, justo, que observa el derecho conforme a la razón, que obra con juicio; designa la actuación correcta ante la muerte por parte de quienes atienden al que sufre una enfermedad incurable o en fase terminal”.¹¹¹ En términos sencillos puede entenderse como “la muerte en buenas condiciones, con las molestias aliviadas.”¹¹² O bien “la muerte en el momento justo, sin acortar ni prolongar la agonía y cuya práctica muchas veces se ve dificultada por decisiones poco éticas tanto de los médicos como de los familiares, este último un grupo que se manifiesta con mucho poder sobre el enfermo, quien incluso en plena conciencia pierde la capacidad de decidir sobre su propia vida”.¹¹³

Se puede decir entonces que la Ortotanasia no se aplica sino que se realiza al permitirle al enfermo terminal llegar hasta la muerte sin hacer uso de medios que no tienden a acotar ni prolongar la vida de aquel sino más bien llega hasta la muerte mediante el proceso normal con los cuidados necesarios.

¹¹¹ Amenós Vidal, José María, Mercabá, 1993, *Ortotanasia*, Disponible en:

<http://www.mercaba.org/articulos/o/ortotanasia.htm> Fecha de consulta: 27/08/2015

¹¹² Conceptos generales en torno a la Muerte Digna y a la Eutanasia, Muerte digna, Disponible en: <http://www.muertedigna.org/textos/eutan.htm> Fecha de consulta: 27/08/2015

¹¹³ González C, Carla. *Ortotanasia o la muerte en el momento justo*, Revista Punto Vital, Chile. 2011 disponible en: <http://www.puntovital.cl/cuerpo/mente/ortotanasia.htm> Fecha de consulta: 27/08/2015.

“La Ortotanasia no se limita única y exclusivamente a evitar protocolos clínico-quirúrgicos en situaciones lamentables para el enfermo, y de prolongar su precaria existencia cuando existe una declaración de voluntades anticipadas del enfermo y la condición de muerte clínica, sino que se basa por definición en el derecho al tratamiento vital por privilegio terapéutico según el principio de justicia en situaciones de necesidad concurrente, sentido ético básico según el cual todo ser humano debe ser respetado, y su dignidad protegida y amparada por la Ley. Por tanto, su ámbito de protección alcanza sin restricción o distinción alguna a los enfermos graves o terminales. Por consiguiente, es una obligación de los profesionales de la salud respetar el derecho a la vida de los moribundos porque son personas humanas”.¹¹⁴

Anotación muy importante ya que al realizar la Ortotanasia no se refiere evitarle al enfermo intervenciones quirúrgicas que compliquen su situación sino darle un énfasis mayor a un tratamiento médico de acuerdo a sus necesidades y que le permita sobrellevar sus padecimientos, respetando su calidad de persona humana y no haciéndolo objeto de soluciones subjetivas o de sentimientos ajenos que nada tienen de relación con el sentir del enfermo; teniendo en cuenta la premisa: el enfermo por su calidad no deja de ser persona humana y por lo tanto no se convierte en objeto sobre el cual se pueden tomar decisiones sino que es un sujeto que tiene derechos y mientras tenga vida tiene derecho a vivirla con dignidad.

3. Eutanasia

“La palabra eutanasia viene del griego, así: *eu* = bueno, *thanatos* = muerte, significa "buena muerte", término filosófico que ha evolucionado con el tiempo y que actualmente sigue siendo motivo de un intenso debate ético que trasciende el ámbito de la medicina o la tanatología. En nuestra

¹¹⁴ Amenós Vidal, José María. *La Ortotanasia o privilegio terapéutico*, eumed, Disponible en: <http://www.eumed.net/libros/2007c/329/La%20ortotanasia%20o%20privilegio%20terapeutico.htm>
Fecha de consulta: 27/08/2015.

civilización la eutanasia constituye un desafío desde el punto de vista ético y también legal. Algunos enfermos desahuciados piden que los dejen morir para que se acaben sus sufrimientos. Ahí se presenta todo un dilema no sólo para los médicos y familiares, sino también para la sociedad y los Estados modernos”.¹¹⁵ Implica “la acción u omisión por parte del médico con la intención de provocar la muerte del paciente por compasión”.¹¹⁶ “La eutanasia, entendida como la ayuda a morir o la asistencia al suicidio de quien no puede hacerlo por sí mismo, tiene dos facetas: La eutanasia pasiva consiste en dejar morir a la persona, suspender un tratamiento médico, no mantenerla artificialmente con vida y la eutanasia activa consiste en hacer algo para que la persona muera, como la administración de un veneno o droga letal”.¹¹⁷

Al aplicar la eutanasia se le está dando fin a la vida del paciente haciendo uso de compuestos químicos que provoquen la muerte o bien interrumpiendo el uso de equipos o tratamientos que lo mantenían con vida. En cualquiera de sus formas la eutanasia es entendida como ayuda al enfermo sin embargo la aplicación de la misma no conlleva una certeza que su aplicación es voluntad del paciente y por lo tanto una ayuda; dejando la posibilidad que la decisión sea unilateral por parte del médico o de sus familiares y no del paciente, lo cual contravendría la naturaleza de la eutanasia además de la posible comisión de delitos.

“Calificar la eutanasia llamándola activa o pasiva, directa o indirecta, voluntaria o involuntaria, o suicidio asistido sólo logra confundir. Hipócrates vivió en el siglo IV antes de Cristo. Hasta entonces, el médico cumplía una doble función; una era curar, ¡la otra matar! La gran contribución de Hipócrates, que pasó a la era Cristiana y guió la profesión de médico durante los siguientes dos milenios, fue la de separar la función de curar y la de matar del médico. A partir de entonces, el médico solo curaría. A través de los

¹¹⁵ Varela, Felipe. *Eutanasia*. Sepiensa, 2005, Disponible en:

http://sepiensa.org.mx/contenidos/2005/eutanasia/eutanasia_1.htm, Fecha de Consulta: 27/08/2015.

¹¹⁶ Fluvium. *Conceptos generales en torno a la Muerte Digna y a la Eutanasia Muerte Digna*, Disponible en: <http://www.muertedigna.org/textos/eutan.htm>, Fecha de Consulta 27/08/2015.

¹¹⁷ Capella, Francisco. *Ética y eutanasia*, Liberalismo.org, 2011, Disponible en:

<http://www.liberalismo.org/articulo/227/53/etica/eutanasia> Fecha de Consulta: 27/08/2015.

siglos, el juramento hipocrático ha contenido la frase, *primun non nocere*, (en primer lugar, no hacer daño). En la actualidad, los médicos que se gradúan ya no toman el juramento hipocrático. Con el aborto y el apresuramiento para legalizar la eutanasia, los médicos, trágicamente, han vuelto a asumir esa doble función”.¹¹⁸

En el momento en el que el médico aplica la eutanasia a un enfermo, automáticamente está cometiendo un homicidio toda vez que está poniendo fin a la vida de otra persona, dicho en términos sencillos está matando a otro ser humano. Por el contrario si ejecuta su función principal que es la de curar o atender al paciente o enfermo estará realizando actos legales y de beneficio social. Si bien algunas disposiciones antiguas deben de adecuarse conforme al avance de los conocimientos, también es cierto que existen principios fundamentales que no deben alterarse por el espíritu benéfico con el que fueron instituidos y un ejemplo de esto es el Juramento Hipocrático que por considerarlo antiguo y falto de actualidad se ha colocado en un segundo plano en la carrera médica y se ha optado por procedimientos contrarios a los fines de la profesión médica.

4. Distanasia

“Del griego “dis”, mal, algo mal hecho, es etimológicamente lo contrario de la eutanasia, y consiste en retrasar el advenimiento de la muerte todo lo posible, por todos los medios, proporcionados o no, aunque no haya esperanza alguna de curación y eso signifique infligir al moribundo unos sufrimientos añadidos a los que ya padece, y que, obviamente no lograrán esquivar la muerte inevitable, sino sólo aplazarla unas horas o unos días en unas condiciones lamentables para el enfermo. La Distanasia también se llama ensañamiento y encarnizamiento terapéutico, entre otras acepciones, aunque sería más preciso denominarla obstinación terapéutica.”¹¹⁹

¹¹⁸Dr. Willke, J.C. *Eutanasia: ¡Cuando el médico mata al paciente!*, Vida humana Internacional, 1997. Disponible en: <http://www.vidahumana.org/vidafam/eutanasia/medico.html> Fecha de consulta: 27/08/2015.

¹¹⁹ Amenós Vidal, José María. Op.Cit. Fecha de Consulta: 20/08/2011.

El Diccionario de la Real Academia Española define Distanasia como un “tratamiento terapéutico desproporcionado que prolonga la agonía de enfermos desahuciados”.¹²⁰

“Es el extremo opuesto a la eutanasia: consiste en el uso de todos los medios posibles para impedir que llegue la muerte en casos de enfermos para los que no existe esperanza alguna de curación. También se le conoce como “encarnizamiento terapéutico”, es decir, la aplicación insensata e indiscriminada de recursos para prolongar la vida son tomar en cuenta el sufrimiento de los sujetos. Resulta muy costosa y se ha usado en casos en que la vida de alguien es muy importante, sobre todo para fines políticos y económicos en un país o en un tiempo determinado, como ocurrió con la célebre Eva Perón.”¹²¹

Prolongar la vida de un enfermo sin que exista posibilidades de su curación o peor aún de evitar la muerte, es evidentemente una acción perjudicial para aquél, toda vez que si se encuentra en una fase terminal por lo general se presentan cuadros de dolor o sufrimiento físico y si se prolonga ese padecimiento con un fin ajeno a la persona del enfermo se estará violentando su integridad y dignidad. Aunque el motivo de la prolongación se deba a fines económicos o políticos estos nunca se encontrarán por encima de los derechos fundamentales de toda persona y en consecuencia no existe justificación moral o legal para provocarle daño y sufrimiento a una persona porque de otra manera habría fallecido como consecuencia normal de una enfermedad.

5. Adistanasia

¹²⁰ Diccionario de la Real Academia Española, España, Editorial Espasa Calpe, 2001, 22 edición,. Disponible en: <http://www.rae.es/rae.html> Fecha de consulta: 27/08/2015.

¹²¹ ¿Que es la distanasia?, Pulso Digital, 2009, Disponible en: <http://www.pulsodigital.net/2008/09/que-es-la-distanacia.html> Fecha de Consulta: 27/08/2015.

Se refiere a “la no aplicación de tratamientos desproporcionados y excepcionales, cuando es cierta la inminencia de la muerte, vocablo confundido frecuentemente con Ortotanasia o eutanasia pasiva.”¹²² “Se refiere a la decisión de suprimir la Distanasia; es decir, dejar de aplicar un tratamiento que prolongue inútilmente la vida del paciente”.¹²³

Vista desde un punto de vista más sencillo es la consecuencia de terminar la Distanasia, es decir que aplicada la Distanasia o la prolongación desproporcionada del sufrimiento al enfermo y obtenido el fin para el cual se le prolongó la vida de aquel se decide interrumpir la utilización de los medios artificiales para mantenerlo con vida lo cual conlleva a la muerte; entonces se ha aplicado la Adistanasia.

6. Testamento Vital.

“Hasta hace 100 años, la manera en que la gente moría en su casa era casi una cuestión del azar o del destino. Toda la planificación anticipada que se realizaba era asegurarse de que se había hecho testamento (destino de sus intereses después del fallecimiento) de forma correcta. Morir no era una decisión humana y ninguna persona tenía control sobre esta cuestión; por ello no había razones para planificar el proceso de morir. Con la aparición de los grandes progresos tecnológicos, la medicina moderna nos ha dado algunas nuevas maneras de morir que pueden ser muy angustiosas. En muchas ocasiones los pacientes sufren intervenciones médicas sin participar en la toma de decisiones. La imperante tecnología hace emerger nuevas y desconocidas formas de morir.

En la historia de la medicina hemos pasado de abandonar al moribundo a medicalizar su muerte. La mayoría de los pacientes debe pagar su vida

¹²² Misseroni Raddatz, Adelio . *Consideraciones Jurídicas En Torno Al Concepto De Eutanasia*, Revista Scielo, Año Vi, Número 2, Chile, 2000, Disponible en:

[Http://www.Scielo.Cl/Pdf/Abioeth/V6n2/Art05.Pdf](http://www.Scielo.Cl/Pdf/Abioeth/V6n2/Art05.Pdf), Fecha de Consulta: 27/08/2015.

¹²³ Comisión Nacional De Bioética *Eutanasia. Algunos Elementos Para El Debate*, 2009, Disponible en: [Http://Cnb-Mexico.Salud.Gob.Mx/Descargas/Pdf/Eutanasia.Pdf](http://Cnb-Mexico.Salud.Gob.Mx/Descargas/Pdf/Eutanasia.Pdf) Fecha de consulta: 27/08/2015.

prolongada al precio de unos órganos que se deterioran, una debilidad creciente y, al final, un conjunto diferente, y en ocasiones más intenso, de síntomas y problemas médicos. El problema de la tecnología no está en las técnicas, sino en las personas que las utilizan. El error estriba en creer que la tecnología reduce y controla el problema sin entrar en el mundo personal del paciente. Hoy día las técnicas de soporte vital han transformado drásticamente la relación del médico con el enfermo moribundo. Ya no hay desahucios ni enfermos desahuciados. Hay enfermos críticos, enfermos irreversibles, enfermos terminales, pero no enfermos desahuciados. El respeto a la autonomía del paciente es importante para él. Una persona con autonomía disminuida está controlada por otros y es incapaz de deliberar o actuar sobre la base de sus propios deseos. ¿La defensa de la vida debe llevar al médico a no dejar morir en paz a sus pacientes? ¿Es moral el llamado encarnizamiento terapéutico?”.¹²⁴

Figuras jurídicas con origen antiguo como el testamento hoy en día se ven forzadas a evolucionar para efecto de acoplarse a hechos que necesitan una protección jurídica adecuada, la cuestión ya no es disponer de los bienes después del fallecimiento sino disponer de la integridad física propia y antes de la muerte en virtud de la existencia de tecnología que permite la vida artificialmente y que modifica el proceso tradicional de la muerte; y que por el acontecimiento de hechos que impiden una declaración de voluntad legítima y legal por parte del afectado se hace necesario plasmar la misma con anticipación así como en el caso de acontecer un hecho que menoscabe o impida expresar la misma, de otra forma estaría a merced de la decisión médica o de familiares que probablemente hubiera sido contradictoria a la del paciente si existiera la posibilidad de expresarla en el momento. Así pues el médico que se encuentra con una declaración anticipada por parte de quien es ahora paciente en relación a la necesidad de una intervención o utilización de

¹²⁴Ortiz, Sanz, Jaime. Biolex. *Es posible gestionar el proceso de morir? Voluntades anticipadas*, España, 2006, Página 622. Disponible en: http://www.biolex.es/alumnos/mir_0809/docs/legal_05.pdf , Fecha de consulta 27/08/2015

algún medio terapéutico podrá proceder sin entrar en conflicto con aspectos éticos o morales.

“En las sociedades industrializadas contemporáneas, aproximadamente el 80% de las muertes se producen en los hospitales, y de ellas al menos el 70% ocurren después de un período más o menos largo de incapacidad mental para tomar decisiones por uno mismo. El cáncer, la enfermedad de alzhéimer, el sida, los problemas cardíacos, los accidentes o las intervenciones quirúrgicas son algunos de los obstáculos por los que, a veces, se transita antes de quedar sumido en un período de incapacidad mental irreversible que puede extenderse, en ocasiones, varios meses o incluso años antes del desenlace definitivo. Durante ese período se toman decisiones que afectan tanto a la cantidad como a la calidad de vida del paciente. Estas decisiones de representación y el uso de los documentos de voluntades anticipadas está pensado para definir la voluntad de una persona sobre los cuidados de su salud futuros y, por extensión, para ayudar a las personas que deban tomar decisiones en su lugar, cuando la persona no pueda expresarlo por sí misma. Es un instrumento para conocer cuáles son las preferencias de un paciente entorno a los tratamientos a aplicar en el final de la vida y sobre las disposiciones a llevar después de la muerte. El objetivo es que, cuando se vuelva mentalmente incapaz para tomar decisiones, las personas que le estén cuidando puedan saber cuál sería su voluntad expresada cuando tenía capacidad para tomar ese tipo de decisiones. Es una prolongación de la autonomía moral de los pacientes a la toma de decisiones clínicas, fenómeno que da lugar a la teoría del consentimiento informado. Si hay que respetar dicha autonomía entonces debemos buscar la forma prolongarla o tenerla en cuenta incluso cuando el sujeto, por su enfermedad, no esté en condiciones psicológicas adecuadas para ejercerla por sí mismo”.¹²⁵

¹²⁵ M. Martínez León, D. Queipo Burón, C. Martínez León y E. Justel Gómez. *Análisis médico-legal de las instrucciones previas («Living Will») en España*, Revista de la Escuela de Medicina Legal, Número 8, 1887- 3278 España, 2008, Página 2. Disponible en: http://www.ucm.es/info/medlegal/5%20Escuelas/escumedlegal/revista/articulos_pdf/2_8_2008.pdf
Fecha de consulta: 27/08/2015.

En forma figurada el testamento vital vendría a congelar la voluntad del paciente, a preservar la autonomía de determinada persona; a ser un medio de defensa frente a eventuales violaciones a su dignidad. Desde otro punto de vista vendrá a ser un alivio para los familiares o allegados toda vez que no se encontrarán con conflictos morales, interpretativos y/o jurídicos ya que su labor tenderá a buscar que se respete la voluntad del enfermo.

Según Jaime Ortiz algunas de las formalidades utilizadas en Testamentos Vitales son que: “el otorgante del documento debe ser persona mayor de edad, capaz y libre, el contenido de las instrucciones debe ajustarse al ordenamiento jurídico vigente (no sería legal solicitar la eutanasia activa voluntaria), no pueden contradecir la buena práctica profesional, la circunstancia del enfermo debe coincidir con el supuesto previsto. Se debe firmar delante de 2 personas que puedan atestiguar su autenticidad y que responde a nuestros deseos. Estos testigos no deben tener relación familiar alguna con el interesado o ser mencionados en su testamento (directriz para después de muerto), y tampoco pueden ser personas que puedan proporcionarle servicios sanitarios, como su médico o asistente social. El redactado de todos los impresos oficiales pide a los médicos y a la familia que hagan honor a las directrices y que las respeten. Un impreso de instrucciones anticipadas debe incluir los siguientes apartados: a) declaración que defina las condiciones médicas que cubre, como, por ejemplo, una enfermedad terminal o un estado permanente de inconsciencia; b) una declaración respecto a si hay que abstenerse de administrar un tratamiento de mantenimiento de la vida que sólo sirva para prolongar artificialmente la agonía o si hay que retirar dicho tratamiento; c) una declaración que indique claramente cuándo y si la persona quiere que se le aplique la reanimación cardiopulmonar; d) declaración que indique con claridad cuándo y si quiere que se le administren alimentación y fluidos de manera artificial, y e) declaración para solicitar que se administren medicamentos analgésicos en cantidad suficiente para aliviar el sufrimiento.”¹²⁶

¹²⁶ Ortiz, Sanz, Jaime. Op. Cit. Página 622

Los aspectos anteriormente indicados tienen una importancia vital, toda vez que no se trata de redactar un documento que al final genere más conflicto que el que se produciría si no se hubiera realizado. Dicho de otra forma, debe contener ciertos requisitos para que el mismo sea claro y permita su aplicación sin dar lugar a dudas respecto de la declaración. Esto hace necesario que el documento sea revestido de legalidad y legitimidad lo cual podría hacerse bajo la intervención de un notario o alguna autoridad competente que podrían encontrarse entre los 2 testigos tal como ocurre en varias de las modalidades del testamento para la disposición de bienes. Ya que si lo que se busca es una protección jurídica de la autonomía, el instrumento que la protege deberá ser congruente con el ordenamiento jurídico vigente, como consecuencia deberán crearse leyes que regulen la realización de dicho instrumento.

Entre los países en los cuales ya se utiliza el Testamento Vital se encuentra Los Estados Unidos de América. “La experiencia estadounidense es al respecto bien evidente. Este país comenzó a aprobar leyes reguladoras de estos documentos a mediados de los años 70. California fue el primer Estado que lo hizo, en 1976, y después poco a poco, lo han hecho los demás Estados de la Unión. Y no sólo los Estados, sino también el Gobierno Federal: en diciembre de 1991 entró en vigor una importantísima ley, la Patient Self Determination Act (PSDA)¹²⁷, que obliga a todas las empresas sanitarias gestoras y prestadoras de servicios sanitarios a los programas federales de asistencia «Medicare» y «Medicaid», a ofrecer sistemáticamente a todos sus usuarios la posibilidad de cumplimentar un testamento vital. Pues a pesar de todo ello, se estima que sólo entre el 20 y el 30% de la población en general norteamericana ha cumplimentado algún tipo de testamento vital, aunque en algunos grupos de pacientes especialmente sensibles, como por ejemplo los enfermos renales en diálisis, puede superar ampliamente esa cifra, y llegar a más del 50%.”¹²⁸

¹²⁷ Acto de Autodeterminación del Paciente.

¹²⁸ M. Martínez León, D. Queipo Burón, C. Martínez León y E. Justel Gómez Op.cit. Página 5 .

Para países como Guatemala que no cuentan con una legislación respecto del testamento vital es importantísimo observar los resultados que han traído en otros países su regulación. Permitir que las instituciones de asistencia social formen parte de este proceso es una forma de hacer extensiva la actividad del Estado hacia sus habitantes. Lo importante es empezar a incorporar dentro de la cultura de Guatemala la posibilidad de decidir sobre la propia integridad física con anticipación, romper con algunos paradigmas sociales o culturales que en cierta forma provocan conflictos y tener claridad respecto a que la elaboración de un testamento vital no es un acto exclusivo de países desarrollados puesto que los hechos que los motivan ocurren aun en países como Guatemala, en vías de desarrollo, siendo lo único diferente que otros países al ocurrir ciertos hechos buscaron una solución y la aplicaron; entiéndase el Testamento Vital.

“Las voluntades anticipadas tienen su origen en lo que se denominó el *living will* o testamento vital. Éste tiene una historia fundamentalmente americana. Surgió en Estados Unidos para salir al paso de los problemas que planteaban situaciones muy concretas como eran la de los pacientes que se encontraban en las Unidades de Cuidados Intensivos, en situación irreversible, próximos a la muerte y que, incapaces de manifestar su voluntad, no deseaban que se les prolongase artificialmente su vida. Y ello porque debido al avance vertiginoso de la tecnología de cuidados intensivos el enfermo podría permanecer con vida durante años. A esto se unían las numerosas demandas de responsabilidad civil que hospitales y médicos recibían, principalmente por omisión de tratamientos en pacientes en estado de enfermedad avanzada y el elevado coste de los servicios sanitarios que en EEUU son satisfechos principalmente por los usuarios”.¹²⁹

Si se mira desde el punto de vista de la Administración Pública la práctica del testamento vital viene a ser de beneficio o a optimizar los recursos

¹²⁹ Marcos del Cano, Ana María. Voluntades anticipadas, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España, Página 6. Disponible en: <http://www.uned-illesbalears.net/esp/finalvida3.pdf> Fecha de consulta: 27/08/2015.

toda vez que los gastos en que incurre un hospital público en atender a un paciente que se encuentra en fase terminal y que por la imposibilidad de contar con una declaración de voluntad se sigue prolongando inútilmente la vida de éste, cuando oportunamente pudo haberse obtenido la misma, pudieron haberse destinado a pacientes a los cuales si les sería de beneficio. Aunque existen otros aspectos, entre ellos los religiosos, por los cuales sería viable un Testamento Vital.

El Papa Juan Pablo II expreso de esta manera el punto de vista de la Iglesia Católica con respecto a la utilización del testamento vital: “Ciertamente, no se puede olvidar que el hombre es un ser limitado y mortal. Por tanto, es preciso acercarse al enfermo con un sano realismo, evitando crear en el que sufre el espejismo de que la medicina es omnipotente. Hay límites que son humanamente insuperables; en estos casos, es necesario saber acoger con serenidad la propia condición humana, que el creyente sabe leer a la luz de la voluntad divina. Esta se manifiesta también en la muerte, meta natural del curso de la vida en la tierra. Educar a la gente para que la acepte serenamente forma parte de vuestra misión. La complejidad del ser humano exige además que, al proporcionarle los cuidados necesarios, no sólo se tenga en cuenta el cuerpo, sino también el espíritu. Sería presuntuoso contar entonces únicamente con la técnica. Desde este punto de vista, un ensañamiento terapéutico exasperado, incluso con la mejor intención, en definitiva no sólo sería inútil, sino que no respetaría plenamente al enfermo que ya ha llegado a un estado terminal”.¹³⁰

La Iglesia Católica entonces se coloca a favor de la aplicación o utilización del testamento vital viendo este instrumento como una forma de evitar ese ensañamiento terapéutico y respetar ese curso natural de la vida en la tierra como es la muerte. Es importante mencionar también que lo que la Iglesia Católica busca es que las personas cercanas al enfermo le recuerden o

¹³⁰ Papa Juan Pablo II. Muerte Digna. Discurso del papa Juan Pablo II a los participantes en un congreso de la organización mundial de gastroenterología, Ciudad del Vaticano, 2002. Disponible en: <http://www.muertedigna.org/textos/euta439.html> Fecha de consulta: 27/08/2015

expliquen que la medicina no otorgará necesariamente una cura y que por lo tanto deberá al menos contemplar la opción de realizar un Testamento Vital.

En este mismo sentido La Declaración sobre la eutanasia, publicada por la Congregación para la Doctrina de la Fe el 5 de mayo de 1980, explica la distinción entre medios proporcionados y desproporcionados, y entre tratamientos terapéuticos y cuidados normales que se deben prestar al enfermo: "Ante la inminencia de una muerte inevitable, a pesar de los medios empleados, es lícito en conciencia tomar la decisión de renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir sin embargo los cuidados normales debidos al enfermo en casos similares. Menos aún se pueden interrumpir los cuidados ordinarios para los pacientes que no se encuentran ante la muerte inminente, como lo es generalmente el caso de los que entran en estado vegetativo, para quienes la causa de la muerte sería precisamente la interrupción de los cuidados ordinarios".¹³¹

Resulta importante la aclaración por parte de la Iglesia Católica en relación a que si bien considera lícito renunciar a tratamientos que prolongan ineficazmente la vida, a través de la realización de un Testamento Vital, hace la advertencia que en esta renuncia no se deben comprender los cuidados ordinarios del paciente independientemente que esté o no ante una muerte inminente o menos aun de un paciente en estado vegetativo. Esto resulta lógico toda vez que si se omitieran estos cuidados se estaría ante la concurrencia de otro tipo de menoscabo a la dignidad, un maltrato hacia la persona y una falta de cumplimiento de deberes morales y jurídicos.

7. Consentimiento informado

¹³¹ La Santa Sede. Muerte Digna. ¿Hasta cuándo se les debe alimentar?, Congregación para la Doctrina de la Fe, Ciudad del Vaticano, 1980, Disponible en: <http://www.muertedigna.org/textos/euta294.htm>
Fecha de consulta: 27/08/2015.

“Históricamente, la regla de que el médico debe obtener el consentimiento de su paciente antes de estar legalmente legitimado para comenzar el tratamiento se remonta a un caso inglés del siglo XVIII, “Slater contra Baker & Stapleton” en el que se sostuvo la responsabilidad de dos médicos por haber desunido una fractura parcialmente consolidada sin el consentimiento del paciente. Lo más interesante de la decisión es como destaca el requisito legal del consentimiento, no solo fundado en que tocar el cuerpo del enfermo sin este previo permiso constituye ataque a la persona, sino basado en el hecho de que ya era costumbre de los cirujanos no operar a los pacientes sin su consentimiento. Esta sentencia no se basa en la opinión de que el paciente sea la fuente de autoridad, sino en inquietudes acerca de porque es útil obtener el consentimiento. Destaca el consentimiento libre e informado como medio para una más eficaz colaboración entre médico y paciente”.¹³²

Se puede observar entonces una figura diferente a la del testamento vital ya que mientras este se refiere a una declaración de voluntad anticipada por la eventual incapacidad de expresar la misma; el consentimiento informado se refiere a una declaración de voluntad activa o una autorización que otorga el paciente en el momento en que es necesaria determinada intervención médica y que tiende más a limitar la autoridad de los médicos que a decisiones de un paciente en estado terminal.

“En los Estados Unidos aparecieron, a principios del año 1900, algunos casos en los que se comenzó a cuestionar la autoridad de los médicos para someter a tratamiento. Un caso en particular fue el precursor en la adopción del Consentimiento Informado. En este caso, la actora Mary S. Ingresó al hospital con una dolencia estomacal. Pasadas varias semanas, un médico interno descubrió que tenía un bulto, luego se comprobó que se trataba de un fibroma. Le informaron que para conocer la naturaleza del tumor debían hacerle un estudio invasivo. La actora consintió a tal procedimiento para hacer el

¹³² Llugdar, Fedra Elizabeth. Derechos de Paciente: Elección del Tratamiento Médico y Consentimiento Informado, Argentina, Tesis de Derecho, Universidad Interamericana Abierta, Página 7

diagnóstico, pero le dijo al médico interno que se oponía a una intervención quirúrgica, lo cual fue confirmado luego por la enfermera. La actora, contra su voluntad fue operada directamente, extrayéndosele el tumor. Posteriormente desarrolló una gangrena en el brazo izquierdo y se le amputaron algunos dedos; además debió soportar fuertes dolores y sufrimientos, por lo que demandó al hospital, al considerarlo responsable de sus males”.¹³³

Lo importante a destacar en el caso antes mencionado es que la paciente contaba con la capacidad de expresar su voluntad al momento en que se realizaría la intervención médica que si bien autorizó que le realicen un estudio nunca autorizó un intervención quirúrgica lo cual originó un conflicto entre paciente-médico. Ahora bien, cabe mencionar que si como consecuencia de esa intervención médica al paciente se le hubiera provocado un mal como un contagio con SIDA o cualquier otra enfermedad terminal entonces sería necesaria la figura del testamento vital toda vez que en determinado momento el paciente se encontraría en la incapacidad de expresar su voluntad en cuanto a métodos para prolongar su muerte. Es decir que la existencia de un Consentimiento Informado no excluye la utilización de un Testamento Vital.

“El propósito del Consentimiento Informado es habilitar al paciente para considerar, de forma equilibrada, los beneficios y las desventajas del tratamiento médico propuesto, con el fin de que el paciente tome una decisión racional al aceptar o rechazar dicho tratamiento. El uso adecuado de este principio previene o disminuye la posibilidad de errores, negligencia, coerción y decepción y, promueve en el médico su autocrítica. Pero su principal propósito es establecer la autonomía del paciente, promover su derecho a la autodeterminación y proteger su condición como un ser humano que se respeta a sí mismo”.¹³⁴

¹³³ Ibid. Página 8.

¹³⁴ Dr. García G, César O. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Médicas, *Consentimiento Informado*, 2011. Disponible en:

http://medicina.usac.edu.gt/graduacion/consentimiento_informado.pdf

Fecha de consulta: 27/08/2015.

Al utilizar la figura del consentimiento informado se le debe brindar al paciente todas las ventajas y desventajas que determinado tratamiento o procedimiento médico conlleva, teniendo como fin que el paciente comprenda perfectamente en qué consiste lo planteado por el médico; lo cual tiene un doble sentido ya que el médico no se aventurará en aconsejar un procedimiento sin estar plenamente convencido que el mismo es el adecuado o necesario. Esto evitará que el paciente se encuentre en una posición inferior al médico por la falta de conocimiento que pudiera tener en el tema específico de salud y que dé lugar a un aprovechamiento por parte del médico.

“En este sentido, el Consentimiento Informado (CI) tiene que entenderse como la aceptación por parte de un enfermo de un procedimiento diagnóstico o terapéutico, o de un sujeto de investigación (*probando*) de someterse a determinada exposición, después de tener, ambos, la información adecuada para implicarse libremente en la decisión clínica o terapéutica; cuyo objetivo final es aplicar el principio de autonomía del paciente o probando”.¹³⁵

A este respecto es importante mencionar el trabajo realizado por la Comisión Presidencial para la Investigación de los experimentos en humanos entre 1946 y 1948 en Guatemala que versa sobre experimentos médicos realizados en personas de condición precaria y sin capacidad de deliberación ni de autonomía en Guatemala durante el período 1946-1948, los cuales fueron dirigidos y realizados por profesionales de la salud de Estados Unidos con asistencia subalterna de profesionales guatemaltecos.¹³⁶

Tal como lo señala el informe “dichos experimentos consistieron en infectar y experimentar deliberada, subrepticia e inconsultamente con sífilis, gonorrea y chancros a cientos de personas de estratos desvalorizados en Guatemala: soldados, prisioneros, enfermos mentales y sexo servidoras. Niños

¹³⁵ Loc. Cit.

¹³⁶ Comisión Presidencial para el esclarecimiento de los experimentos en humanos en Guatemala 1946-48. *Experimentos en seres humanos. El Caso Guatemala 1946-48*, Guatemala 2011. Disponible en: <http://www.cityprojectca.org/blog/wp-content/uploads/2012/07/technical-report-Spanish-201104.pdf>
Fecha de consulta: 27/08/2015

huérfanos del Hospicio y escolares del Puerto de San José también fueron parte del estudio. Un objetivo de los estadounidenses era comprobar experimentalmente el modelo de transmisión humana de esas enfermedades venéreas y la eficacia de la recién descubierta penicilina para su tratamiento y profilaxis. Un beneficiario serían las tropas del Ejército de los Estados Unidos”.¹³⁷

Como se mencionó anteriormente el hecho de que un paciente carezca de la información suficiente con respecto al procedimiento que se le efectuará provoca un empoderamiento de la situación por parte del médico permitiéndole controlar completamente la situación obteniendo de esta manera un beneficio para él mismo o para terceras personas. Dado que en el presente caso algunas de las personas sujetos de la investigación carecían de sus facultades mentales o volitivas y otras de capacidad legal para decidir; son sus guardadores, tutores o representantes legales quienes deben de conocer la información necesaria para efecto de comprender adecuadamente el fin de la intervención.

“El equipo del Centro de Control y Prevenciones de Enfermedades de los Estados Unidos (CDC, siglas en inglés) concluye que el diseño y conducción de los estudios fueron antiéticos en muchos aspectos, incluyendo exposición deliberada en poblaciones altamente vulnerables a serias y reconocidas amenazas a la salud. Falta de conocimiento y de consentimiento en los sujetos de estudios. Ninguna documentación existió sobre consentimiento de los sujetos, ni conocimiento informado como tampoco remuneración alguna”¹³⁸

Tomando en consideración estos hechos se evidencia la necesidad de contar con mecanismos o instrumentos de defensa para el paciente tal como el Consentimiento Informado. La existencia de un grupo de personas objeto de una investigación científica cuyos miembros carezcan de educación o que su

¹³⁷ Op.Cit.

¹³⁸ Op.Cit

situación de vida sea precaria no los convierte en objetos de investigación, toda vez que aún bajo estas condiciones se les deberá de proveer de la información necesaria y a su vez contar con la protección del Estado como garante de sus Derechos Fundamentales. El que un Estado tolere la no existencia de este instrumento sobre todo en actividades de investigación lo convierte en un aval de actividades antiéticas y, peor aún en un fallido Estado de Derecho por las eventuales violaciones a los Derechos Humanos que podrían ocurrir.

“Durante los últimos 60 años ha habido avances en los Estados Unidos con la promulgación de reglamentaciones para experimentos. Baste recordar el caso del Código de Nüremberg (1947) contra los crímenes de lesa humanidad de la Alemania de la época; la Declaración de Helsinki; el Informe Belmont de 1979 (surgido por Tuskegee); las Normas de los Servicios Humanos y de Salud (HHS) y en 1991, la “Regla Común”, adoptada en Estados Unidos por 16 agencias federales. Actualmente en Estados Unidos, toda investigación de financiamiento federal con personas vulnerables, es supervisada y debe contar con el debido consentimiento escrito. Los hechos en Guatemala son lamentables y profundamente entristecedores, el principio ético fundamental de respeto a la persona humana fue flagrantemente violado. El estudio de inoculación de 1946-48 nunca debió ocurrir y nada de esa naturaleza debería ocurrir jamás”.¹³⁹

Hechos lamentables ocurridos hace 63 años contra ciudadanos guatemaltecos y que hasta el año 2010 fueron descubiertos dejan evidencia de la desprotección a la que estos se enfrentaron y que lamentablemente hoy en día todavía podrían enfrentar porque los mecanismos legales que proveen de protección a sectores vulnerables de la población no están siendo difundidos con la intensidad necesaria. La existencia de instituciones y organizaciones internacionales que brindan cooperación para la implementación adecuada de estos mecanismos permiten que se conozcan los principios básicos sobre los cuales debe versar la legislación en esta materia.

¹³⁹ Op.Cit.

7.1 Requisitos del Consentimiento Informado:

De acuerdo con el Doctor César O. García¹⁴⁰ el Consentimiento Informado debe reunir al menos tres requisitos que son:

a. Voluntariedad:

Los sujetos deben decidir libremente someterse a un tratamiento o participar en un estudio sin que haya persuasión, manipulación ni coerción. El carácter voluntario del consentimiento es vulnerado cuando es solicitado por personas en posición de autoridad o no se ofrece un tiempo suficiente al paciente para reflexionar, consultar o decidir.

La Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 4º establece que "...ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad," entendiéndose que si existe voluntariedad también existirá libertad e igualdad para los sujetos y se estará respetando lo que estipula en nuestra Carta Magna.

b. Información:

Debe ser comprensible y debe incluir el objetivo del tratamiento o del estudio, su procedimiento, los beneficios y riesgos potenciales y la posibilidad de rechazar el tratamiento o estudio una vez iniciado en cualquier momento, sin que ello le pueda perjudicar en otros tratamientos. El intercambio comunicativo entre ambos (profesional – paciente), basado en la confianza, ampliará las posibilidades de comprensión de los resultados del tratamiento por parte del paciente.

El artículo 93 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que "el goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna", entendiéndose que el derecho a la salud implica proveer

¹⁴⁰ Loc. cit

la información adecuada y necesaria a los habitantes a efecto que puedan contar con un bienestar físico, mental y social permitiendo la toma de decisiones con fundamento respecto del tratamiento a tomar en su momento. El traslado de esta información es labor del Estado a través de sus instituciones con el fin de prevenir daños a la población de acuerdo al artículo 94 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

c. Comprensión:

Es la capacidad de comprender que tiene el paciente que recibe la información.

El artículo 57 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que “toda persona tiene derecho a... beneficiarse del progreso científico y tecnológico de la Nación”. Comprendiendo que para que el ciudadano se beneficie de estos progresos científicos debe tener una comprensión respecto de estos en el sentido a que se refieren y que beneficios le producirán; de otra manera se estaría simulando la aplicación de este precepto constitucional.

7.2 Base legal del Consentimiento Informado en Guatemala

Contenido en un Acuerdo Ministerial se encuentra: “Al enfermo le asiste el derecho de estar informado acerca de su padecimiento, sobre la propuesta de tratamiento y terapias alternativas, riesgos y probabilidad de resultados adversos, para poder tomar una decisión afirmativa”.¹⁴¹.

Este Acuerdo Ministerial fue creado el 1 de febrero del año 2007 por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social cuya creación se basa en el derecho a la salud protegido por Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 94, asimismo establece que para poder llevar a cabo

¹⁴¹ Esto consta en la Normativa para la Regulación de Ensayos Clínicos en Humanos Acuerdo Ministerial SP-M-466-2007, Capítulo III, Artículos 12 a 25.

cualquier ensayo clínico debe contar con el aval de la Comisión para la evaluación de Ensayos Clínicos conformada por el acuerdo ministerial SP-M-2264-2004. Definiendo en su artículo 2, numeral 2.9 lo que se comprende por Consentimiento Informado, cuya obtención se regula de acuerdo al artículo 17. Sin embargo el referido Acuerdo solo trata los casos en los que se ha de realizar un ensayo clínico y no regula los casos de intervenciones médicas sin que se refieran a investigaciones.

Así pues se puede colegir que la legislación guatemalteca cuenta con normativas que pueden servir de base para ampliar la regulación de mecanismos de resolución de conflictos entre pacientes y médicos como consecuencia de intervenciones médicas y que al regularse con amplitud se contará con un Bioderecho que permita una protección suficiente y adecuada para poder dirimir o mejor aún evitar conflictos y por consiguiente eliminar los vacíos legales existentes en esta materia.

PRESENTACION, ANALISIS Y DISCUSION DE RESULTADOS

Para determinar en qué consiste el Bioderecho y el conflicto médico-paciente, inicialmente se hizo un breve relato de los antecedentes históricos de la relación médico-paciente, habiendo además analizado algunas formas de relaciones sociales desde el punto de vista ético; entre ellas la Ética Aristocrática, Juvenil, Saludable contraponiendo estas relaciones sociales a la relación médico-paciente. Posteriormente se hizo referencia a una tendencia médica conocida como Paternalismo Médico, realizando un análisis del Juramento Hipocrático hasta llegar al tratamiento de lo que se conoce como Bioética, buscando obtener una definición acorde a la presente investigación. Así también se analizaron las características de la Bioética y otros aspectos importantes de la misma, inclusive de sus principios y las diferentes clasificaciones que se le otorgan de acuerdo a la aplicación social específica. Se presentó la Declaración Universal de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos en virtud del tratamiento específico que esta Declaración hace de ciertos aspectos presentes en los problemas de la relación médico-paciente objeto de la presente investigación. En este contexto se estudiaron normas jurídicas desde la perspectiva del conflicto médico-paciente y la forma en la que tal conflicto es abordado por el ordenamiento jurídico guatemalteco. Por último se presentó una clasificación de los instrumentos legales que en otras latitudes son utilizados por médicos y pacientes para evitar conflictos o coadyuvar a la resolución efectiva de los mismos.

Como resultado de la presente investigación se determinó que los problemas Bioéticos vienen ocurriendo desde mucho tiempo antes que dicha disciplina fuera conocida como una ciencia, siendo uno de los principales problemas el hecho que, la figura del médico, es concebida con un nivel de superioridad moral y humano con respecto a todas las demás personas que carecen del conocimiento científico. Y aunque existen instrumentos, incluso de antigüedad como lo es el Juramento Hipocrático, que recopilan los principios éticos médicos fundamentales, consideraciones relativas al respeto por la vida

y la dignidad del paciente pasan a un segundo plano cuando se origina la relación entre médico y paciente y la complejidad de situaciones que a raíz de dicha interacción se suscitan tanto en el plano legal como en el plano humano.

Buscando atender tanto a la protección de los aspectos antes mencionados como a otros Derechos Humanos, surge la Bioética entendida como un estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y de la salud, examinada a la luz de los valores y principios morales. Sin embargo para que la Bioética pueda realizarse adecuadamente deben tenerse en cuenta los Principios de Autonomía, de Beneficencia y de Justicia. Así pues, como una forma de representar formalmente esos principios rectores se crea la Declaración Universal de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos y que forzosamente cuenta con los principios de Autonomía y Responsabilidad Individual y el principio de Consentimiento, desarrollando la forma en que estos deben aplicarse cuando un Estado miembro de la UNESCO se adhiera a esta Declaración. Sin embargo carece de esa coercibilidad necesaria al crearse bajo la figura de una Declaración (sus normas son consideradas como meras recomendaciones) y no como una Convención que en opinión del investigador, brindaría un carácter vinculante y obligatorio para los Estados miembros.

Existiendo entonces la Bioética que, bajo la perspectiva de los valores y principios morales, permite el tratamiento de conflictos entre paciente y médico, también es cierto que aún existen espacios grises en la doctrina y que de alguna manera deben ser explicados por las ciencias jurídicas para lograr una adecuada regulación legal de estas relaciones. He aquí precisamente la razón de ser de la vinculación existente entre la ética o Bioética en el contexto del presente trabajo y la justificación para afirmar la necesidad urgente de contar con una rama del Derecho claramente definida (el Bioderecho) que trate estos temas, sobre todo los de más trascendencia pues a la fecha, en el ordenamiento jurídico guatemalteco al menos, no se cuenta con tal regulación.

En la formación del Bioderecho se deben tomar en cuenta distintos tipos de normas, toda vez que dentro del conflicto médico-paciente convergen muchas normas. Es decir, confluyen leyes de la naturaleza representada desde un inicio por la vida y también normas prescriptivas al encontrarse la vida protegida por el Estado. Otro aspecto importante a tomarse en cuenta para la formación del Bioderecho es la costumbre, pues existen ciertas prácticas médicas que su origen se encuentra en una práctica consuetudinaria y que hoy en día se han perfeccionado y se continúan aplicando.

El Bioderecho será funcional dependiendo de la identidad que las normas tengan con la realidad de una población, es decir si son suficientes o adecuadas para resolver conflictos; de la validez de esas normas en el sentido que si fueron creadas bajo los mecanismos preestablecidos por el ordenamiento jurídico y que las reviste de carácter obligatorio; y a la legitimidad de esas normas. Su funcionalidad dependerá también del tipo de problemas Bioéticos que resuelva, siendo que: no sería funcional crear normas destinadas a la regulación de temas como el que se desarrolla en el trabajo –bioética-, sin que dichas normas sean efectivamente implementadas por un Estado garante y tutelar de ese campo de la actividad humano como lo es, la esfera de derechos y obligaciones en el ámbito de las relaciones entre médico y paciente. Lo anterior cobra mayor relevancia aún, cuando la actividad humana indicada queda a expensas de una regulación que no ha sido destinada con especialidad que el tema requiere, pues en muchas ocasiones, la aplicación supletoria de las normas de derecho civil, derecho, penal u otras ramas del Derecho, es simplemente insuficiente.

Lamentablemente al Bioderecho lo han rebasado en su capacidad de resolución las situaciones Bioéticas pues éstas siguen ocurriendo independientemente de la existencia del Bioderecho. Un ejemplo claro es la patentación de los genes de animales, plantas y humanos, aspecto puntual que el Bioderecho debería regular pero que, por supuesto, será objeto de otro estudio y análisis.

Los asuntos que trata la Bioética son diversos, sin embargo la función del Bioderecho en un Estado no debe tender a normar todos los aspectos de la Bioética, sino a brindar el marco general dentro del cual se puedan dirimir y solucionar conflictos entre médico y paciente, ya que de no contar con este marco jurídico puede ocurrir que el paciente se encuentre sin medios legales para defenderse, o bien, los médicos con vacíos legales que les permitan actuar en perjuicio del paciente independientemente de la intencionalidad, situaciones que derivan en una inevitable falta de certeza jurídica con el consecuente efecto en el ámbito del Derecho. Por el contrario, si el Bioderecho se encarga de crear los mecanismos e instituciones para la solución de los problemas bioéticos siempre se tendrán las bases para tratarlos y permitirá una constante actualización, identificándose por consiguiente un sistema de derechos y obligaciones plenamente establecido que minimice la posibilidad de lagunas en el tratamiento de un tema eminentemente práctico con profundas implicaciones en el ámbito de los valores a los que ha de aspirar todo ordenamiento jurídico.

Entre las causas que determinan el atraso en la estructuración del Bioderecho se encuentran aspectos de salud pública, la mezcla entre ética y normatividad, hechos que derivan en una precipitación legislativa a través de la cual se buscan soluciones de corto plazo o se implementan e incorporan parches legales a la normativa existente, con el único afán de dar soluciones momentáneas a las situaciones que se presentan. Es para evitar estos problemas y deficiencias en la creación y aplicaciones de normas, que se hace necesario contar con soluciones de raíz que permitan la existencia de un Bioderecho funcional y ad hoc para el caso que se pretende regular.

La urgente necesidad de crear un Bioderecho en Guatemala deriva de la inexistencia de una ley específica reguladora de la responsabilidad de los profesionales de la salud, salvo lo que establece el Código Deontológico de Médicos y Cirujanos de Guatemala, lo que permite que el médico no profundice sobre aspectos éticos y solo busque su beneficio, con tal de evitar consecuencias jurídicas; y adoptando una postura que en ocasiones obliga al

paciente a tomar decisiones cuyas consecuencias, alcances y efectos no son regulados. Tanto la negligencia como la mala práctica médica no se encuentran tipificadas en el Código Penal, por lo que se hace necesario plantear las denuncias en aquellos casos en los que corresponde, bajo la figura legal de lesiones u homicidio.

Aunque esta investigación tiene un enfoque primordialmente jurídico resultó interesante analizar el Magisterio de la Iglesia respecto del conflicto médico-paciente pues tiene posturas claras frente a situaciones Bioéticas tales como la fecundación artificial, la manipulación del embrión humano y la prolongación artificial de la vida. Siendo restrictiva para las dos primeras y de acompañamiento al enfermo hasta su muerte sin la utilización de medios artificiales para la última.

Puede afirmarse entonces, que las normas de Derecho Internacional que en materia de Bioética existan deben de unirse congruentemente con el ordenamiento jurídico interno de un Estado; de esta forma, el Bioderecho no surgirá como resultado de un acto espontáneo o antojadizo de los juristas por crear otra rama del Derecho sino más bien como una respuesta a problemas específicos que necesitan un tratamiento efectivo. Al existir las normas internacionales en materia de Bioética se justifica el reconocimiento de dichas normas por el Estado y asimismo la creación de un Bioderecho interno, brindando las bases necesarias para que se pueda iniciar el proceso legislativo. Pero no únicamente se debe atender a esas normas jurídicas emanadas de organizaciones gubernamentales sino que además deben de atenderse las acciones o declaraciones de organizaciones no gubernamentales cuyo fin de existencia son los temas de Bioética.

El Bioderecho y el conflicto médico-paciente necesariamente hacen referencia a la figura de la responsabilidad la cual tiene en el ordenamiento jurídico guatemalteco un amplio tratamiento jurisprudencial. Asimismo existen aspectos que son sancionados por el ordenamiento jurídico guatemalteco y que tienen relación con el conflicto médico-paciente tales como las lesiones

corporales además de lo que la misma responsabilidad lleva aparejada y que son los daños y perjuicios.

Pero este tratamiento que el ordenamiento jurídico otorga no es más que la selección de normas incluidas en diversos cuerpos legales y no como una disciplina del Derecho enfocada en tratar aspecto Bioéticos. Ejemplo de esto es que la mala práctica médica actualmente no se encuentra tipificada como delito y que debería configurarse como una figura típica al desarrollarse un Bioderecho. Si a esto se suma lo expresado por la Organización Mundial de la Salud en el sentido que el riesgo de morir como resultado de un error médico puede ser hasta veinte veces mayor en los países en desarrollo, el escenario es sumamente preocupante para Guatemala.

Entre los temas Bioéticos que más conflicto genera en torno a la figura del médico y paciente se encuentran los relativos a la tanatología (disciplina que estudia el fenómeno de la muerte en los seres humanos). Así según sea el caso de un enfermo terminal que llega hasta su muerte en un proceso normal sin hacer uso de medios que acoten ni prolonguen su vida (Ortotanasia); a través un suicidio asistido (Eutanasia) o luego de una prolongación artificial y dolorosa de la vida (Distanasia); las designaciones específicas durante su enfermedad o cuadro irreversible hasta su muerte poco tuvieron que ver con su autonomía pues fueron asumidas por parientes y/o el médico.

Como una forma de respetar la dignidad humana del paciente y garantizar el respeto a su autonomía surgen dos figuras en el Bioderecho y cuya utilización es ya normal en algunos países: El Testamento Vital y El Consentimiento Informado. Lo importante de estas figuras es que una no suprime a la otra; es decir que un paciente puede contar previamente con un Testamento Vital y otorgar un Consentimiento Informado. La razón de ello es, porque el primero prolonga la autonomía (la toma de decisiones clínicas) cuando no pueda hacer uso de ella y el segundo hace eficaz la colaboración entre médico y paciente, es una declaración de voluntad activa o una

autorización que otorga el paciente en el momento en que se hace necesaria determinado tratamiento médico conociendo todos los riesgos que implica. Es también aplicable a sujetos de investigación, tal cual es el caso de los experimentos médicos realizados en personas entre los años 1946 y 1948 en Guatemala, los cuales fueron realizados por profesionales de la salud de Estados Unidos de América. Pero lamentablemente a los sujetos de investigación no se les presentó un Consentimiento Informado permitiendo violaciones a sus Derechos Fundamentales con consecuencias que se extendieron más allá del mismo sujeto de investigación al afectar a parientes y demás personas.

En opinión del investigador, dada la naturaleza valorativa y ética del tema que se discute y en torno al cual giró el trabajo, se estima de suma trascendencia la incorporación al sistema jurídico guatemalteco de herramientas normativas que regulen con mayor precisión la práctica profesional y la consideración del conflicto médico-paciente y así, establecer las bases para desarrollar con más propiedad la disciplina del Bioderecho; es decir que los cuerpos colegiados e instituciones fomenten o mejor aún instituyan la utilización de un Consentimiento Informado (médicos y cirujanos) y un Testamento Vital (cualquier persona).

A continuación se presenta un Cuadro de Cotejo que contrasta las normas legales y deontológicas vigentes que se vinculan con el conflicto médico-paciente:

Cuadro que contiene la legislación vigente en Guatemala aplicable a casos de conflictos surgidos entre médico y paciente.

Normativa	Cuerpo legal normativo	Vinculación con el conflicto médico-paciente
Artículo 1251	Código Civil Decreto 106	Regula la capacidad legal para que un sujeto pueda expresar su voluntad, y que al realizarse eliminará la desigualdad en la relación médico-paciente.
Artículo 1434	Código Civil Decreto 106	Regula lo que se comprende como daños y perjuicios, importante aspecto en el caso de acciones por

		parte del médico que perjudiquen al paciente
Artículo 18	Ley del Organismo Judicial	Regula el exceso y mala fe o la abstención del ejercicio de un Derecho. Se vincula con la relación médico-paciente en cuanto a sancionar el mal uso del Derecho a reclamar daños y perjuicios cuando realmente no se causaron.
Artículo 1653	Código Civil Decreto 106	En el mismo sentido que el anterior.
Artículo 17	Ley del Organismo Judicial	Regula la Buena Fe en el ejercicio de los Derechos. Obliga a que tanto el médico como el paciente se mantengan dentro de un correcto actuar.
Artículo 1645	Código Civil Decreto 106	Regula la obligación de reparar un daño ocasionado a otra persona. En el caso que un médico provoque un daño físico a un paciente.
Artículo 2033	Código Civil Decreto 106	Regula la obligación del profesional a prestar sus servicios con dedicación y diligencia. Así como de la responsabilidad por los daños y perjuicios que cause. El médico no puede apartarse de esta forma de actuar o de lo contrario el paciente tendrá derecho a reclamar daños y perjuicios
Artículo 223	Código Penal Decreto 17-73	Sanciona la divulgación un secreto del que se ha enterado por razón de su oficio, empleo o profesión entre otros. Entre médico y paciente puede ocurrir que este último le confíe un secreto.
Artículos 144-148	Código Penal Decreto 17-73	Definen y sancionan las lesiones específicas, gravísimas, graves y leves. El médico como consecuencia de una mala práctica puede causarle algunas lesiones al paciente.
Artículo 123	Código Penal Decreto 17-73	Sanciona el homicidio. Igual que en el caso anterior, el médico puede causarle la muerte al paciente.
Artículo 1673	Código Civil Decreto 106	Regula la prescripción para pedir la reparación de daños y perjuicios. El paciente tiene un plazo límite para reclamar por parte del médico la reparación.
Artículo 1517	Código Civil Decreto 106	Define el contrato. En la relación

		médico-paciente siempre se crea una obligación.
Artículo 1424	Código Civil Decreto 106	Define la culpa. El médico puede perjudicar al paciente sin tener el propósito de dañarlo.
Artículo 1648	Código Civil Decreto 106	Regula la presunción de la culpa. El paciente perjudicado sólo debe probar el daño o perjuicio sufrido.
Artículo 1425	Código Civil Decreto 106	Regula la graduación de la culpa. Se vincula en el mismo sentido que los artículos antes mencionados.
Artículo 1261	Código Civil Decreto 106	Define el dolo. El médico en su afán de buscar su beneficio puede inducir al paciente a tomar decisiones que le perjudican.
Artículo 11	Código Penal Decreto 17-73	Sanciona el delito doloso. Se vincula en el mismo sentido que el artículo anterior.
Artículo 1265	Código Penal Decreto 17-73	Define la violencia o intimidación. El médico puede ejercer cualquiera de ellas para lograr que el paciente escoja un escenario que le es favorable.
Artículo 4	Código Deontológico de Médicos y Cirujanos de Guatemala	Prohíbe que el médico perjudique al paciente o lo atienda de manera negligente.
Instrumentos o Normativa que se recomienda incorporar a la legislación guatemalteca para una mejor regulación del tema.		<ul style="list-style-type: none"> • Consentimiento Informado. • Testamento Vital. • Declaración Universal de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos.

Con base a lo presentado en el Cuadro de Cotejo se establece que la normativa vigente no es lo suficientemente amplia para resolver un conflicto Bioético entre médico y paciente, pues resulta evidente que dicho marco legal ha sido diseñado por el legislador para regular materia, si bien general, no lo suficientemente específica y dedicada con especialidad al tratamiento de temas como el que se desarrolla en el trabajo de tesis. No obstante esta normativa se considera como un marco adecuado para la incorporación de normas internacionales en esta materia a fin de crear la rama del Derecho que brinde

una regulación eficiente a los problemas entre médico y paciente: El Bioderecho.

Conclusiones

1. La relación médico-paciente se ha caracterizado –en términos generales- por el menosprecio a la persona del enfermo, debido a la carencia de un instrumento de observancia obligatoria para los profesionales de la medicina y a la falta de una Convención vinculante para los Estados miembros, que contenga principios protectores para el paciente.
2. La información que un paciente tenga respecto al procedimiento que se le efectuará determinará el empoderamiento o control que el médico tendrá de la situación y en consecuencia si los beneficios serán directamente para el paciente, el médico o peor aún para terceras personas.
3. La falta de instrumentos jurídicos destinados a la protección de pacientes en sus relaciones con los médicos tratantes, coloca al estado en una situación de potencial violación a los derechos reconocidos por la Constitución Política de la República de Guatemala.
4. Aunque en la realidad práctica sea cuesta arriba la creación de una normativa particular para la materia, su implementación es urgente en Guatemala.
5. Para un correcta regulación de la relación médico-paciente es necesaria la incorporación de normas de Derecho Internacional emanadas de Organizaciones Internacionales como parte del Bioderecho de cada Estado, si que ello signifique un trasplante normativo de una legislación a otra, sin considerar las necesidades y realidades de entorno en Guatemala.
6. La incorporación de instrumentos legales como el Testamento Vital o el Consentimiento Informado dentro del derecho positivo de la República de Guatemala garantiza al paciente o enfermo que sus derechos

fundamentales serán respetados, regulando el incumplimiento de deberes morales y jurídicos a través del menoscabo a la dignidad y maltrato hacia la persona del paciente.

7. Guatemala cuenta con un ordenamiento jurídico que brinda un marco sólido para desarrollar aspectos específicos que formarán parte de un Bioderecho interno.

Recomendaciones.

1. Que se incorpore en el ordenamiento jurídico de Guatemala, un sistema de normas para la protección de los Derechos, evitando el maltrato hacia la persona del paciente.
2. La implementación de políticas sanitarias que incluyan programas de valorización en la calidad de atención para el paciente.

LISTADO DE REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

1. Alvarado Flores, Humberto. El Derecho de la costumbre: Ensayo sobre la normativa jurídica consuetudinaria en Guatemala, Instituto de Investigación y Autoformación Política, Guatemala, Fundación Friedrich Ebert, 1993
2. Bardají, Ambrona, Díaz, María Dolores. Introducción a la medicina legal, España, Ediciones Díaz Santos, 2007.
3. Calabuig Gisbert Juan Antonio, Cañadas Villanueva Enrique. Medicina legal y toxicología, España, Editorial Masson, 2004.
4. Castán Tobeñas, José. Derecho civil español, común y foral, España, Editorial Reus, 1971.
5. Ciccone, Lino. Bioética: Historia, Principios, Cuestiones, España, Ediciones Palabra, 2006.
6. Contreras Ortiz, Rubén Alberto. Las Obligaciones Civiles Extracontractuales, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landivar, 2003.
7. Cristina, Juan. Bioética: compromiso de todos, Uruguay, Ediciones Trilse, 2003.
8. Durán Alcántara, Dr. Carlos H; Samano Rentería, Dr. Miguel Ángel; Gómez González, Dr. Gerardo: Hacia una fundamentación teórica de la costumbre jurídica india, , México, Plaza y Valdés Editores, Primera Edición, Universidad Autónoma Chapingo, 2000
9. Elizari Basterra, Francisco Javier, Bioética, España, Editorial San Pablo, 1991.
10. Facio, Peirano. Responsabilidad extracontractual, Colombia, Editorial Temis S.A., 2004, Página 20
11. Fernández, Blázquez, Niceto. Bioética y Biotanasia. España, Editorial Visión Libros, 2010.
12. Gracia, Diego. Fundamentos de bioética, España, Editorial Triacastela, 2007

13. Guevara Castillo, Gabriel Alberto. Bioética, Bioderecho, Biojurídica. El Salvador, Asociación de Bioética de El Salvador, 2008.
14. Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las obligaciones, México, Editorial José Cajica, 1971.
15. Hernández Arriaga, Jorge Luis. Bioética General. Editorial Manual Moderno 2007.
16. Gil Hernández, Fernando. Tratado de medicina de trabajo, España, Editorial Masson 2005.
17. Hoofft Pedro Federico, Bioética y Derechos Humanos, Argentina, Ediciones Depalma, 1999.
18. Jimenez Crespo, Patricia. Ética Profesional: códigos deontológicos y ética práctica, Guatemala Universidad Rafael Landívar Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cuaderno de estudio 127, 2013.
19. Llugdar, Fedra Elizabeth. Derechos de Paciente: Elección del Tratamiento Médico y Consentimiento Informado, Argentina, Tesis de Derecho, Universidad Interamericana Abierta.
20. Luelmo Domínguez, Andrés. Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica, España, Editorial Lex Nova S.A. 2007
21. Morán González Luis, De la Bioética al Bioderecho, España, Ediciones Dykinson, 2006.
22. Morán González Luis, De la Bioética al Bioderecho, España, Ediciones Dykinson, 2006.
23. Planiol, Marcel. Tratado elemental de derecho civil patrimonial, Estados Unidos de Norteamérica, Editorial Filiberto Cárdenas, 1991.
24. Puig Peña, Federico. Compendio de derecho civil español, España: Editorial Revista de Derecho Civil Privado, 1957.
25. Rodríguez López Pedro. Nuevas formas de gestión hospitalaria y responsabilidad de la Administración, España, Editorial Madrid Dykinson, 2004.
26. Tealdi, Juan Carlos. Diccionario Latinoamericano de Bioética. Colombia, UNESCO, 2008.

27. Tourine, Alain. Un nuevo paradigma para comprender el mundo de hoy, España, Ediciones Paidós Ibérica, S.A. 2005.
28. Yugano, López Bolado, Poggi, Bruno. Responsabilidad profesional de los médicos, Editorial Universidad, Argentina, 1992.

NORMATIVAS

1. Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 17-73.
2. Jefe de Gobierno. Decreto Ley Número 106 Código Civil.
3. Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 2-89.
4. Organismo Judicial. Gaceta de los Tribunales, Guatemala, 2004
5. Código Deontológico de Médicos y Cirujanos de Guatemala

OTRAS FUENTES

1. Serrano, Enrique. Habermas: Legitimidad y Discurso Práctico. México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1991, Disponible en:
http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras25/texto3/sec_1.html
2. Ediciones Universidad Salamanca, Universidad de Salamanca, Diccionario médico-biológico, histórico y etimológico, España, 2014, Disponible en:
<http://dicciomed.eusal.es/palabra/anancastico-ca>
3. Real Academia Española. Diccionario de la Real Academia Española España, Editorial Espasa Calpe. 2001. 22 edición, disponible en <http://dle.rae.es/?id=bJeLxWG&o=h> Fecha de consulta 25/10/2015
4. Amenós Vidal José María. La Ortotanasia o privilegio terapéutico, eumed., Disponible en:
<http://www.eumed.net/libros/2007c/329/La%20ortotanasia%20o%20privilegio%20terapeutico.htm>
5. Amenós Vidal, José María, Mercabá, 1993, Ortotanasia, Disponible en:
<http://www.mercaba.org/articulos/o/ortotanasia.htm>

6. Fluvium. Conceptos generales en torno a la Muerte Digna y a la Eutanasia, Muerte digna, Disponible en:
<http://www.muertedigna.org/textos/eutan.htm>
7. González C, Carla. Ortotanasia o la muerte en el momento justo, Revista Punto Vital, Chile. 2011. Disponible en:
<http://www.puntovital.cl/cuerpo/mente/ortotanasia.htm>
8. Conceptos generales en torno a la Muerte Digna y a la Eutanasia
9. Varela, Felipe. Eutanasia. Sepiensa, 2005, Disponible en:
http://sepiensa.org.mx/contenidos/2005/eutanasia/eutanasia_1.htm
10. ¿Que es la distanacia?, Pulso Digital, 2009. Disponible en:
<http://www.pulsodigital.net/2008/09/que-es-la-distanacia.html>
11. Amenós Vidal José María . La Ortotanasia o privilegio terapéutico, eumed, Disponible en:
<http://www.eumed.net/libros/2007c/329/La%20distanacia%20u%20obstinacion%20terapeutica.htm>
12. Marcos del Cano, Ana María. Voluntades anticipadas, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España, Página 6. Disponible en: <http://www.uned-illesbalears.net/esp/finalvida3.pdf>
13. Bioética. Comisión Nacional de Bioética. Características de la Bioética. 2010. Disponible en:
<http://www.cnb-mexico.salud.gob.mx/interior/caracteristicas.html>
14. Blaquier Carlos Pedro, ¿Qué es la ética?, Argentina, Pablo Casamajor ediciones. Disponible en:
<http://www.ancmyp.org.ar/user/files/07Blaquier.pdf>
15. Boladera Margarita, Bioética: Definiciones, prácticas y supuestos antropológicos, Revista Themata, número 33. España, 2004. Disponible en:
<http://institucional.us.es/revistas/revistas/themata/pdf/33/41%20boladeras.pdf> .
16. Comisión Nacional De Bioética Eutanasia. Algunos Elementos Para El Debate. Disponible en:
<Http://Cnb-Mexico.Salud.Gob.Mx/Descargas/Pdf/Eutanasia.Pdf>

17. Conferencia General de la UNESCO, UNESCO. Declaración Universal sobre bioética y Derechos Humanos. 2005. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=31058&URL_DO=DO_TO PIC&URL_SECTION=201.html
18. Diccionario de la Real Academia Española, .España, Editorial Espessa Calpe, 2001, 22 edición, Disponible en: <http://www.rae.es/rae.html> 15/06/2011
19. Dirección General de Cultura y Educación, Argentina Bresler, Cristian. Derecho y Sociedad. Argentina, 2003. Disponible en: <http://abc.gov.ar/lainstitucion/sistemaeducativo/educaciondeadultos/educacionadistancia/documentosdescarga/documentosmateriales/der echoysociedad.pdf>
20. De Santiago, Manuel, Una Perspectiva acerca de los fundamentos de la Bioética, Universidad Autónoma de Madrid, España, Disponible en: http://www.mercaba.org/FICHAS/bioetica/una_perspectiva_01.htm
21. Dr. Willke J.C. Eutanasia: ¡Cuando el médico mata al paciente!, Vida humana Internacional, 1997. Disponible en: <http://www.vidahumana.org/vidafam/eutanasia/medico.html>
22. Drane James, Rehistoriar la ética en latinoamerica Revista S Cielo, Vol. 11 número 2. Chile 2005. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726569X2005000200006&script=sci_arttext&tlng=es
23. Ferraris, José María, Fundamentos y Principios de Bioética, Revista del Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires, número 212. Argentina, 2001. Disponible en: <http://www.colmed5.org.ar/revista/discapacidad.htm>.
24. Ferreira Vásquez Roberto. Responsabilidad civil de los médicos, México, Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico, 2007, Página 3. Disponible en: http://www.sideme.org/doctrina/articulos/respcivmed_rvf.pdf
25. Gross Espiell, Héctor. Bioderecho Internacional. Venezuela, Universidad de los Andes, 2008, Disponible en: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/26242/1/articulo1.pdf>

26. Gross Oramas Alfonso. Responsabilidad Civil: Orígenes y diferencias respecto de la responsabilidad penal, Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador, 2011. Disponible en:
http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=222&Itemid=63
27. Crespo Bernal Julia Sandra. Ética de la responsabilidad moral del ser humano. Colombia, Revista de Derecho, Universidad del Norte, 2007, Disponible en:
http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/18/3_Etica_de_la_responsabilidad_moral_del_ser_humano.pdf Fecha de consulta: 22/08/2015.
28. Capella, Francisco. Ética y eutanasia, Liberalismo.org, 2011. Disponible en:
<http://www.liberalismo.org/articulo/227/53/etica/eutanasia>
29. La Santa Sede. Muerte Digna. ¿Hasta cuándo se les debe alimentar?, Congregación para la Doctrina de la Fe, Ciudad del Vaticano, 1980. Disponible en:
<http://www.muertedigna.org/textos/euta294.htm>
30. M. Martínez León, D. Queipo Burón, C. Martínez León y E. Justel Gómez. Análisis médico-legal de las instrucciones previas («Living Will») en España, Revista de la Escuela de Medicina Legal, Número 8, 1887- 3278 España, 2008, Página 2. Disponible en:
http://www.ucm.es/info/medlegal/5%20Escuelas/escumedlegal/revista/articulos_pdf/2_8_2008.pdf
31. Miralles Aparisi, Ángela. Bioética, Bioderecho y Biojurídica. España, universidad de Navarra, 2008. Página 10. Disponible en:
www.unav.es/icf/main/top/dec08/Aparisi_BioeticaBioderechoBiojuridica.pdf
32. Misseroni Raddatz, Adelio .Consideraciones Jurídicas En Torno Al Concepto De Eutanasia, Revista Scielo, Año Vi, Número 2, Chile, 2000. Disponible en:
[Http://Www.Scielo.Cl/Pdf/Abioeth/V6n2/Art05.Pdf](http://Www.Scielo.Cl/Pdf/Abioeth/V6n2/Art05.Pdf)

33. Organismo Judicial. Gaceta de los Tribunales., Guatemala, 2004.
Disponible en: <http://www.oj.gob.gt/masterlex/default.asp>
34. Ortiz, Sanz, Jaime. Biolex. Es posible gestionar el proceso de morir? Voluntades anticipadas, España, 2006. Disponible en:
http://www.biolex.es/alumnos/mir_0809/docs/legal_05.pdf
35. Ortiz, Sanz, Jaime. Biolex. Es posible gestionar el proceso de morir? Voluntades anticipadas, España, 2006 Página 622. Disponible en:
http://www.biolex.es/alumnos/mir_0809/docs/legal_05.pdf
36. Palacio, Riva Alfonso Carrera. El Secreto Profesional Médico. Ponencia realizada en la presentación del libro: “Persecución legal del aborto en la Ciudad de México: un atentado al derecho a decidir”. México, 2006. Página 1. Disponible en:
http://www.gire.org.mx/publica2/SecretoProfesional_%20Carrera.pdf
37. Pantigoso Pérez Paul Renzo, Uso y Abuso de la información del Genoma Humano, Revista Persona, número 32. Argentina, 2004. Disponible en:
<http://www.revistapersona.com.ar/Persona32/32Pantigoso1.htm>
38. Papa Juan Pablo II. Muerte Digna. Discurso del papa Juan Pablo II a los participantes en un congreso de la organización mundial de gastroenterología, Ciudad del Vaticano, 2002. Disponible en:
<http://www.muertedigna.org/textos/euta439.html>
39. Quisbert, Ermo. Formas de culpabilidad: dolo y culpa., Republica Dominicana, Escuela Nacional de la Judicatura, 2007, Disponible en:
http://enj.org/portal/biblioteca/penal/teoria_delito/24.pdf
40. Rancich, Ana María; Gelpi, Jorge Ricardo. Análisis de los principios éticos en juramentos médicos utilizados en las facultades de medicina de la argentina en relación al hipocrático. Revista Medicina. Vol. 58, número 2, Argentina 1998. Disponible en:
<http://www.medicinabuenaaires.com/revistas/vol5898/2/juramentos medicos.htm>.

41. Remis Antonio José. "Pasado y Presente del Juramento Hipocrático". Revista Scielo. Vol. 73, número 2. Argentina 2009. Disponible en:
http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S185299922009000200001&script=sci_arttext
42. Responsabilidad. Diccionario de la Real Academia Española, .España, Editorial Espasa Calpe, 2001, 22 edición. Disponible en:
<http://www.rae.es/rae.html>
43. Seoane, Paola. La culpa médica. Argentina, Asociación Argentina de Psiquiatras, Disponible en:
<http://www.aap.org.ar/publicaciones/forense/forense-4/tema-4.htm>
44. Vera Abascal Horacio. "El Juramento Hipocrático". Revistas Médicas Cubanas. Vol. 87, número 187. Cuba 2008. Disponible en:
http://bvs.sld.cu/revistas/his/cua_87/cua1087.htm
45. Salgado Cienfuegos, David. Responsabilidad por daño moral, México, Universidad Autónoma de México, Revista de Derecho Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, número 27, 1998. Disponible en:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/27/dtr/dtr3.pdf>
46. García Huidobro, Joaquín. Alcances de la responsabilidad moral por la acción terapéutica, Chile, Revista Médica de Chile Scielo, número 8, volumen 127, 1999, Disponible en:
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98871999000800015
47. Sociedad Andaluza de Educación Matemática Thales. El Código de Hamurabi, España, 2000, Disponible en:
<http://thales.cica.es/rd/Recursos/rd98/HisArtLit/01/hammurabi.htm>
48. Reynolds, Louisa. ¿Mala suerte o mala práctica?, Plaza Pública, Guatemala, 04/04/2013. Disponible en:
<http://www.plazapublica.com.gt/content/mala-suerte-o-mala-practica>

49. Dr. García G, César O. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Médicas, Consentimiento Informado, 2011. Disponible en:

http://medicina.usac.edu.gt/graduacion/consentimiento_informado.pdf

50. Comisión Presidencial para el esclarecimiento de los experimentos en humanos en Guatemala 1946-48. Experimentos en seres humanos. El Caso Guatemala 1946-48, Guatemala 2011. Disponible en:

<http://www.cityprojectca.org/blog/wpcontent/uploads/2012/07/technical-report-Spanish-201104.pdf>