

## LA JUDICIALIZACION DEL ACTO MEDICO Y LA GENERACION DE NUEVOS CONFLICTOS

CARLOS R. GHERARDI, NATALIA GHERARDI

*Programa de Bioética, Hospital de Clínicas, Facultad de Medicina, Universidad de Buenos Aires*

**Resumen** En las últimas décadas es habitual, también en nuestro país, que muchas decisiones médicas sean sometidas al escrutinio judicial por diversas causas. La diversidad de motivaciones y la extensa temática que abarcan los problemas abordados requieren que cualquier comentario sobre tales procesos judiciales se refiera a la posibilidad de que se provoque un conflicto adicional al que los tribunales teóricamente están llamados a resolver. En este orden de ideas, este trabajo explora las repetidas circunstancias que por falta de normas concretas en el derecho positivo, o por equívocas interpretaciones de la legislación existente o por desconocimiento del progreso científico o de la realidad médica, conducen a la provocación de una medicina defensiva por omisión que resulta gravemente perjudicial para la sociedad. Muchas veces también la exagerada e inexplicable actitud médica temerosa transfiere al tribunal judicial decisiones que son de su exclusiva competencia. Esta conducta contribuye al desmantelamiento de una profesión que, como la médica, ya está sometida a la gravosa situación de diversos sistemas de salud que no cumplen adecuadamente su finalidad de cuidar a la sociedad que los necesita y los mantiene.

**Palabras clave:** medicina y derecho, medicina defensiva

**Abstract** **Court intervention in medical decisions and the generation of new conflicts.** In the last decades, medical decisions are increasingly submitted to the courts of law for a number of reasons, also in our country. The various causes and different issues involved in such proceedings require comments referred to the possibility of causing an additional conflict to that which the courts of law are in theory required to address. In that context, this paper explores the repeated cases in which, due to the lack of positive legislation on a given issue, or due to different interpretations of existing legislation, or for lack of understanding of scientific progress or medical facts, defensive medicine finds its way to the detriment of society as a whole. In many other cases, fearful inexplicable attitudes of the doctors involved result in a transfer of exclusively medical decisions to the courts of law. This attitude contributes to the dismantling of a profession such as medicine, which is already subject to the difficult context of a variety of health systems that fail to sufficiently comply with their obligation of taking care of a community that needs and supports them.

**Key words:** medicine and law, defensive medicine

En la segunda mitad del siglo XX los tribunales judiciales recibieron crecientes planteos por conflictos generados por la realización pasada, presente o futura de actos médicos, cuyo examen y análisis hasta entonces habían quedado confinados a la intimidad del equipo de salud, de los pacientes y sus familiares. Esta novedosa situación comenzó en EE.UU., se generalizó poco después en otros países y ya plantea situaciones especiales y problemáticas en el nuestro. La intención de este trabajo no es la revisión del conjunto de litigios, que también comprenden algunas demandas por malapraxis, ni siquiera

la profundización de cada tema, sino la revisión del impacto negativo que esta creciente judicialización tiene en la sociedad y en el ejercicio de la medicina, junto con el progresivo estado de inestabilidad y falta de confiabilidad de la profesión médica en la toma de decisiones que afectan la vida y la salud de las personas. Si esta costumbre de trasladar a los tribunales de justicia el ámbito de discusión y toma de decisiones referidas al acto médico se generaliza aún más con las actuales características que ha asumido recientemente en nuestro país, la pérdida de compromiso en el ejercicio de la medicina afectaría en forma negativa y progresiva a toda la sociedad.

Las dos motivaciones esenciales que conducen a este nuevo escenario han sido, por un lado, el importante avance en el conocimiento biológico y científico que incorporó a la medicina nuevas situaciones especiales en el comienzo, transcurso y fin de la vida (tales como la fertiliza-

Recibido: 18-IV-2007

Aceptado: 14-VI-2007

**Dirección postal:** Dr. Carlos R. Gherardi, Av. Fernández 43, 1834 Temperley, Buenos Aires, Argentina

e-mail: carlosgherardi@speedy.com.ar

ción *in vitro*, los diagnósticos genéticos, el soporte vital, graves comorbilidades, los estados vegetativos) y al mismo tiempo la incorporación a la medicina del derecho de los pacientes a decidir autónomamente sobre sus vidas y su bienestar ante las nuevas opciones que brinda el conocimiento científico. Debe señalarse también, como circunstancia no menor, que en la actualidad todos estos hechos ocurren dentro de una estructura sanitaria burocrática que interactúa, y a veces se interpone, en la tradicional relación entre el médico y el paciente.

Nos parece conveniente analizar separadamente cuáles son las expectativas actuales de la sociedad respecto del progreso de la medicina, cómo ya afecta esta situación el ejercicio de la profesión médica, y finalmente examinar los problemas que genera la judicialización de actos médicos en nuestro país, como un tercer ámbito destinado primariamente a resolver conflictos pero que, en forma voluntaria o no, finalmente los provoca por sí misma.

### Las expectativas de la sociedad

El aumento de treinta años en la expectativa de vida de la población ocurrido en el siglo recién finalizado y que se ha hecho realidad para aquellos que han tenido asegurado el acceso al derecho a la salud, generó predicciones desaconsejables sobre el aumento del promedio de vida de la especie y una cierta desaprensión social sobre los problemas creados por la defectuosa contención de los pacientes vulnerables emergentes del progreso médico.

Existen muchas más personas que llegan a las décadas de los 80 y los 90 pero los límites etarios de la vida de hombres y mujeres continúa, siendo similares. En razón de los innumerables éxitos terapéuticos logrados en enfermedades antes incurables, aun con las frecuentes comorbilidades presentes en personas adultas y ancianas, la presencia de trastornos cognitivos es mayor y compromete ciertamente la condición de autovalidez de las personas involucradas y su inserción social en la vida cotidiana. Los sistemas de salud existentes están habitualmente preparados más para la atención del paciente en un evento agudo que para la rehabilitación subsiguiente, cada vez más necesaria en las circunstancias actuales. El cambio operado en el ámbito de la mayoría de las familias (pocos hijos, también añosos, y con múltiples compromisos laborales y familiares) complica esta situación en lo que respecta a la contención permanente de esos pacientes con acentuadas minusvalías<sup>1</sup>.

En este clima de logros terapéuticos impensados y longevidad inesperada se ha creado una esperanza continua en la posible recuperación de todo evento grave, cualesquiera sean su pronóstico y gravedad. La introducción del soporte vital a la medicina asistencial ha ge-

nerado conductas, interrogantes y conflictos en la práctica que han puesto en riesgo la certeza sobre los objetivos y metas de la medicina misma. La inadecuada aplicación de esta red de seguridad vital, representada en terapia intensiva por una tecnología de aplicación continua, aplicable en cualquier momento de la vida, puede eventualmente prolongar la vida de pacientes con enfermedades irreversibles por tiempos tan prolongados como lo permitan la aparición de nuevas complicaciones derivadas de la misma complejidad y que, favorecidas por la enfermedad fundamental, conduzcan al paciente a la muerte<sup>2</sup>.

En el principio de la vida, el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en el marco de los derechos humanos ha acentuado toda una nueva problemática en esta instancia. Ya el primer éxito de la reproducción *in vitro* (con el nacimiento de Louise Brown en 1978) marcó el comienzo de todo un intenso debate sobre nuevos problemas que comprenden desde el derecho a la planificación familiar y los métodos de reproducción en investigación hasta la actitud a tomar frente a embriones congelados producto del desarrollo de los nuevos procedimientos de fertilidad. Asimismo, en nuestro país, sobre la ya antigua discusión sobre el aborto se suma actualmente la posibilidad tecnológica de diagnosticar trastornos genéticos y malformaciones fetales en etapas tempranas de la gestación, añadiendo la posibilidad cierta para la mujer de una toma de decisión sobre la interrupción del embarazo en relación con estos hallazgos<sup>3</sup>.

La sociedad recibe en plenitud el influjo incesante de un imperativo tecnológico que, aplicado a la medicina, transmite que *más medicina es mejor medicina* e induce la espera y seguridad de que los problemas generados por ella se resuelven con la aplicación de una mayor y nueva aplicación de la misma. También en la práctica médica la tecnología como medio tiende a independizarse de sus fines con la aplicación del apotegma de que *todo lo que se puede se debe* y la pretensión de *encontrar en sí misma su propia legitimación*.

La conservación de la vida, representada en esta era tecnológica por los signos todavía llamado vitales, y la afirmación inalienable de la protección absoluta del derecho a la vida, nos lleva al inevitable examen de su sacralidad, ya sea en la creencia religiosa de ser el producto de un don divino o la visión laica de la sagrada inviolabilidad de la vida humana para cada uno. Sin embargo, y en cualquier caso, en el curso de una enfermedad grave o en la instancia cercana del final de la vida, no es posible prescindir de la consideración del principio de la calidad de la vida, que requiere la consideración y aceptación de la diversidad y de la diferencia en el juicio de cada persona.

Como resultado de este proceso se ha puesto en un primer plano el debate acerca de cómo vivir y cómo morir, y el respeto de la decisión de cada uno significará la

protección de la libertad y dignidad de hombres y mujeres. A esta altura de los acontecimientos, si no se aceptara la limitación de los absolutos del imperativo tecnológico y de la santidad de la vida, los hechos conducirían a una impensada nueva moralidad para la medicina<sup>2, 4</sup>.

Además de lo dicho, la ciencia básica que tanto ha aportado a la medicina en su impresionante progreso de los últimos cincuenta años, adelanta masivamente a la sociedad resultados experimentales muy primarios y promete ingenua y temerariamente la próxima resolución de las enfermedades hoy incurables, con la inducción de una corriente de pensamiento sobre la inevitabilidad de la muerte que es ajena no sólo a la mesura sino a la razón. Y en esta carrera del logro científico más cierto y precoz, la ciencia debió sufrir en el año 2005 el impacto del fraude científico más severo en el trabajo editado en junio de ese año por la revista *Science*. La publicación de información falsa junto a un grosero manipuleo de datos que finalmente concluía en el anuncio de un descubrimiento de alcance revolucionario en la metodología de obtención de células madres obtenidas por clonación de materiales celulares humanos conteniendo elementos genéticos de pacientes, condujo luego a la retractación pública de los autores en la misma revista científica. Se violó aquí, por parte de un calificado grupo investigador, la credibilidad y buena fe que constituye el pilar esencial en la información sobre un descubrimiento científico. Porque es sabido que la garantía absoluta de la demostración de cada hipótesis o de un descubrimiento siempre quedará sometida al escrutinio de quien pueda reproducirlo bajo las mismas condiciones que se relatan en el trabajo cuya publicación se acepta<sup>5</sup>.

### La conducta de la medicina

A pesar del cambio copernicano operado en los últimos cincuenta años en la producción del conocimiento médico, el objetivo central de la medicina siempre ha sido la búsqueda del bienestar de las personas a través de la curación de la enfermedad, su prevención cuando fuera posible y, en toda circunstancia, el alivio del dolor y del sufrimiento. Pero en este mismo plazo, el respeto por la autonomía del paciente marcó un punto de inflexión que implicó el fin del paternalismo médico y de la hegemonía profesional para dar paso a la instalación de un conflicto en la naturaleza de la relación médico-paciente que fuera la columna principal sobre la que se apoyó la medicina durante milenios. Este vínculo interpersonal basado en la confianza del paciente y en la vocación del médico se encuentra actualmente en un estado de marcada vulnerabilidad, y resulta muy dudoso que pueda ser reemplazado totalmente por la certidumbre inapelable de la existencia de una verdad estrictamente científica y de

una decisión personal siempre tomada con plena autonomía<sup>6</sup>.

Si la sociedad no conociera la transitoriedad de la validez de ese conocimiento y el error de considerarlo siempre como un progreso, aparecería una modalidad de paternalismo, en este caso científico, ajeno al paciente y al médico como personas, que actuarían en cambio como eslabones de un sistema ajeno a ellos como agentes morales.

Pero aunque continúan vigentes, cuarenta y cinco años después, los dichos de Laín Entralgo respecto a que "las ciencias de la salud son el conjunto de saberes teóricos y prácticos que han sido adoptados en la historia para la curación de los seres enfermos o para preservar la salud de los sanos" hoy, más que nunca, el bienestar humano no está ligado necesariamente con la prevención y tratamiento de la enfermedad y la exclusiva intervención médica, sino con la generación de condiciones y modos de vida que, en un entorno y un medio ambiente favorables, nos permita disfrutar de una vida saludable.

Pero aun con un concepto de salud integral más social que biomédico nadie podrá soslayar la presencia del médico que, más allá de discernir sobre lo normal y patológico, se constituye en vehículo esencial de la comunicación y de la decisión médica que necesita cada una de las personas que lo requieren.

Este problema nos lleva a recordar a quienes se plantean si existe y se reconoce a la medicina como profesión, y finalmente cuál es el sentido de la misma. En este punto resulta interesante seguir al sociólogo Freidson en sus estudios sobre las condiciones en que el saber y el hacer de un conocimiento que es aplicado a necesidades sociales pueden constituir una profesión<sup>7</sup> En este análisis una profesión, cualquiera de ellas, debe hoy afrontar lo que este autor denomina como lógica burocrática y lógica del mercado. La lógica burocrática privilegia la eficiencia y la lógica del mercado la productividad y la rentabilidad. Ambas tienden al desmantelamiento de la profesión médica y de todas las profesiones en general. Frente a este intento, Freidson opone la necesidad del desarrollo de una tercer lógica, la profesional, que exponga una manera de entender una actividad constituida por un verdadero proyecto moral destinado a la producción de un bien indispensable e insustituible para la sociedad. Este proyecto moral comprendería dos planos: por un lado, una medicina centrada en el paciente que facilitaría su humanización y, por el otro, que la protección del bien público constituido por la salud signifique participar en la discusión de cómo administrar justicia a este respecto.

En el escenario de un sistema de salud no siempre responsable, aparece la creciente y progresiva opacidad de la figura del médico que, habiendo perdido la antigua credibilidad de la sociedad, sigue siendo paradójicamente

el depositario de la responsabilidad profesional no sólo de los medios sino también de las metas de la medicina. Y en este clima de confusión intelectual y moral el paciente, que hoy ejerce legítimamente sus derechos y toda su autonomía, puede ser víctima de una medicina defensiva con acciones que privilegian la presunta seguridad del médico y del sistema por delante de su propio bienestar<sup>8</sup>.

Entre estas prácticas de medicina defensiva, siempre censurables pero frecuentemente justificadas, que tienden a resguardar primariamente la responsabilidad profesional ante un eventual reclamo por *mala praxis* o la imputación de comisión de un delito, se han distinguido las positivas y negativas. Las primeras comprenderían aquellas medidas que responden a la búsqueda de una mejor comunicación entre el médico y el paciente e involucran una mayor transparencia en el proceso de diagnóstico y tratamiento al brindar información detallada y documentar más explícitamente los pasos seguidos en el proceso de diagnóstico. Así entendidas, estas prácticas “positivas” no derivan en un perjuicio para el paciente involucrado sino, por el contrario, en el mejoramiento de la relación médico-paciente por una creciente transparencia y comunicación<sup>9</sup>. Contrariamente, las prácticas “negativas” de medicina defensiva incluirían los estudios invasivos (que no necesariamente redundan en un beneficio para el paciente), los potencialmente riesgosos (cuando no resultan en un beneficio comparable con el grado de riesgo que implican) y la gran cantidad de interconsultas y estudios superfluos de diagnóstico (que finalmente también incrementan los costos de la medicina)<sup>9,10</sup>.

### La judicialización de decisiones médicas

Aunque carecemos de estadísticas ciertas —particularmente difíciles de establecer teniendo en cuenta la organización federal del Estado argentino—, en nuestro país parece cada vez más frecuente el fenómeno por el cual se registra una transferencia de las decisiones que anteriormente se concentraban en la intimidad de una relación de a dos entre el médico y su paciente (y, eventualmente, los miembros de su familia) y que en la actualidad se encuentran intervenidas por terceras partes, trasladadas al ámbito del poder judicial. La intervención de los comités institucionales de bioética clínica, aun con dictámenes favorables a una toma de decisión acordada entre el paciente y su médico, y que habitualmente cuentan con la intervención de abogados entre sus integrantes, no han podido evitar que en muchos casos el médico asistente requiera al paciente la solicitud de un permiso judicial para efectuar la práctica médica que estima corresponder<sup>8</sup>.

En los últimos años, distintos tribunales de justicia en sus diferentes instancias se han manifestado acerca de

cuestiones tan disímiles como las relacionadas con el inicio de la vida y la posibilidad de interrupción de un embarazo ante el precoz diagnóstico de un feto anencefálico y el fin de la vida en el marco de una solicitud de autorización para el retiro de hidratación y nutrición artificiales en una persona con un estado vegetativo permanente. El análisis detallado de esas decisiones judiciales o la evaluación acerca del grado de uniformidad de la jurisprudencia que se va estableciendo en los distintos fueros y jurisdicciones excede el objetivo de este trabajo. En los párrafos que siguen, nuestro propósito se limita a señalar la incertidumbre que la intervención de los jueces implica para la consolidación de una relación médico-paciente basada en el respeto por la autonomía necesaria para una sociedad plural.

En efecto, el análisis de algunos aspectos cualitativos de las decisiones adoptadas por los tribunales resulta interesante por la repercusión que tales decisiones tienen en la sociedad y la medicina. En EE.UU. pueden citarse no solo los fallos referidos al comienzo de la vida (*Roe vs. Wade*) célebres por su innegable importancia en la interrupción del embarazo y el aborto —en especial en el particular sistema jurisprudencial de ese país— sino tantos otros respecto, por ejemplo, del final de la vida (casos *Quinlan* y *Cruzan*) que se han constituido, por la importancia y profundidad reflexiva de los fallos, en una referencia mundial obligada respecto de los problemas abordados.

La intervención de los tribunales de justicia argentinos ha sido significativa en el contexto de prácticas pasivas de medicina defensiva, sin duda “negativas” en la clasificación propuesta en párrafos anteriores, que se caracterizan por la *omisión voluntaria en la realización de actos médicos* que están claramente indicados, con el consiguiente desplazamiento del ámbito de decisión desde el consultorio médico hacia los tribunales de justicia. Dos ejemplos que adquirieron notoriedad pública en los últimos años en nuestro país y que sucedieron —entre otros motivos— por la falta de legislación específica con relación a algunas materias o la perplejidad que genera la interpretación contradictoria de algunas normas, sirven para ilustrar este punto. La ligadura tubaria es un procedimiento médico indicado para mujeres con graves enfermedades que contraindican el embarazo y parto y así estaba contemplado en la ley que regula el ejercicio de la medicina, vigente desde 1967, y que prohibía “practicar intervenciones que provoquen la esterilización *sin que exista indicación terapéutica perfectamente determinada* y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores” (artículo 20 inciso 18, Ley 17.132, en su texto anterior a la reforma introducida por la ley 26.130). Sin embargo, hasta la reciente sanción de la Ley N° 26.130 en agosto de 2006 que establece el Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica, los tribunales se encontraron muchas

veces con solicitudes de autorización para realizar la práctica médica requerida, con resultados contradictorios de autorización, rechazo o denegación de tomar una decisión por considerarla ajena a la competencia del tribunal<sup>11</sup>.

Por otra parte, en los casos de pedido de interrupción del embarazo ante el diagnóstico precoz, ahora posible ecográficamente, de la existencia de fetos que padecen anencefalia, las decisiones contradictorias de distintos tribunales superiores desde los años 2000 y 2001 constituyeron un ejemplo paradigmático. Ni aun la decisión favorable de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>12</sup> que, aunque con distintos argumentos<sup>13, 14</sup>, confirmó el fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, pudo impedir que nuevos casos se plantearan en la Provincia de Buenos Aires donde hasta la Suprema Corte provincial falló en disidencia con lo ya resuelto por la Corte Nacional en circunstancias sustancialmente idénticas, pocos meses antes<sup>15</sup>. Y aun cuando con una composición diferente la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires resolvió luego un caso en línea con la decisión de la Corte de la Nación<sup>16</sup>, esto no ha impedido que nuevos casos llegaran a la Corte Suprema de la Nación al haberse denegado la autorización para una inducción al parto por parte de un tribunal de familia de La Plata<sup>17</sup>.

En la Argentina, la organización del poder judicial en las distintas jurisdicciones provinciales sumado al control de constitucionalidad difuso que habilita a todos los jueces a pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma, implica la posibilidad de fallos dispares al momento de considerar cuestiones de hecho sustancialmente similares. Por ese motivo, en forma similar a lo sucedido con respecto a la contracepción quirúrgica, también con respecto a los embarazos de fetos anencefálicos la sanción de una norma especial en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires buscó reducir la incertidumbre sobre la legalidad de las prácticas para las que se buscaba consenso en la justicia. Así, la Ley N° 1044 sancionada en junio de 2003 ha normatizado, por lo menos en el ámbito de la ciudad, el procedimiento a seguir en estas circunstancias luego de las veinticuatro semanas de embarazo.

Sin embargo, la sanción o preexistencia de una norma específica no necesariamente logrará poner fin a la incertidumbre que sus diversas interpretaciones pueden generar, con peligrosos efectos para la salud, la vida y la seguridad de las personas involucradas. En esta línea de reflexión, y sin intentar un análisis exhaustivo del tema, nada más ilustrativo que lo recientemente ocurrido respecto del inicio de la vida.

Nuestra legislación penal (Artículo 86 inc. 1 y 2 del Código Penal) explícitamente establece que el aborto no es punible si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o la salud de la madre que no puede ser resuelto

por otros medios y si el embarazo proviene de una violación o un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. Con este marco jurídico, en los años 2005 y 2006 han ocurrido hechos inesperados ante la solicitud de autorizaciones judiciales para efectuar abortos en sendos casos de aborto terapéutico<sup>18</sup> y en otro de embarazo por violación de una mujer con minusvalía mental<sup>19</sup>, respectivamente. Estos casos clínicos claros que no se prestan a interpretaciones equívocas (como podría ocurrir, de acuerdo con algunas líneas argumentales, en casos de violación en general) resultan ilustrativos para explicar la razonable generación de cierta perplejidad comprensible en la actitud médica. En efecto, no solamente estos pedidos fueron rechazados en primera y segunda instancia, en ambos casos, sino que además jueces integrantes de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, aunque en minoría, dictaminaron la ausencia de validez de la precitada legislación en virtud de la existencia de Pactos Internacionales reconocidos por la reforma Constitucional de 1994. Con argumentos tales como los esgrimidos por el Juez Pettigiani, del máximo tribunal provincial, que afirman la tácita nulidad de la vigencia de un artículo del Código Penal por el que no resulta punible un aborto en determinadas condiciones, ¿cómo pretender que el médico sienta la protección de las normas legales del país? ¿Aún más, cómo construir una jurisprudencia que sostenga su actividad profesional sobre bases previsibles?

De un modo similar, produce perplejidad la equiparación que realiza el Juez Negri en una de las sentencias<sup>18</sup> entre la autorización del pedido de aborto terapéutico con un permiso para matar, con el argumento que el Código Penal sólo habla de la no punibilidad en circunstancias ya ocurridas, y su manifestación de que la Constitución Nacional no lo autoriza a consentir la realización de una muerte —en este caso de un feto— ni siquiera en las circunstancias en que se pone en riesgo la vida de una madre. Para un médico, que atiende personas aquí y ahora, la conclusión es la siguiente: si sigue la norma del derecho positivo que lo autoriza expresamente a interrumpir un embarazo para salvar una paciente, no sabrá nunca en qué situación quedará cuando un juez califica esa acción como matar y en virtud de lo cual prohíbe su realización si alguien se lo solicita previamente.

En este análisis de inesperados conflictos es pertinente aclarar aquí que aun el Código de Ética para el Equipo de Salud adoptado en 2001 por la Asociación Médica Argentina dictamina, equivocadamente, que también en estos casos “el juez interviniente debe autorizar la intervención” situación que contribuye increíblemente al error y la confusión sobre el conocimiento al que también los médicos están obligados (Libro IV Capítulo 28 del código mencionado).

Resulta poco tranquilizador para la comunidad médica considerar como satisfactorio el permiso judicial para

llevar a cabo un aborto –que finalmente los dictámenes de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires mencionados autorizaron en los casos citados en razón de la norma expresa del Código Penal– si, cualquiera fuese la apreciación moral de cada uno (jueces, médicos u otros agentes sociales), el voto de un juez perteneciente al mismo cuerpo colegiado le recuerda al médico en la sentencia la posible demanda a que puede ser sometido por no hacer lo que médicamente corresponde y la ley claramente permite, sin pedir previa autorización. Resulta difícil para un médico, de cuya acción u omisión depende la salud de una persona, comprender que ante el mismo caso judicial y con legislación positiva existente sobre el tema, en la misma sentencia un juez diga que el médico no puede efectuar una práctica que el paciente solicita y que el médico consiente y acuerda, y otro juez en el mismo fallo le advierta que su omisión sería pasible de una demanda judicial por incumplimiento de su deber médico.

Otro tema central que frecuentemente se dirime académicamente en procesos judiciales como los que estamos considerando se refiere al derecho a la vida, pero en circunstancias que determinarían el fin de la misma. Por comprender también aspectos relacionados con la muerte examinaremos algunos aspectos del fallo unánime por el que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires deniega la autorización del retiro de la hidratación y nutrición artificiales a una mujer que a esa fecha tenía 35 años, con un estado vegetativo permanente (EVP) de más de 5 años de evolución, solicitada por su esposo, con el fin de permitir su muerte<sup>20</sup>.

La vida es el derecho humano básico y fundamental que se defiende primariamente desde hace milenios y constituye el pilar fundamental de los objetivos de la medicina desde la época hipocrática, siendo el punto de partida central de la conjugación entre la bioética y los derechos humanos. Sin embargo, la consideración dogmática de este punto en el foro judicial, con abstracción absoluta del caso analizado, no permite debatir siquiera la posibilidad de no mantener un tratamiento que sólo prolonga la vida biológica de un ser humano que tiene una enfermedad irreversible. Cuando los magistrados deben decidir sobre la conducta médica aplicable a un paciente es bueno tener presente lo que los médicos conocen muy bien: se trata de analizar los supuestos posibles de vida o de muerte sobre una persona determinada, en un momento y en circunstancias determinadas. Por ello, no corresponde a la realidad la expresión del juez Hitters, de la mencionada Corte, respecto a que “los galenos tienen el deber de prolongar la vida” porque en la era tecnológica en la que hoy vivimos, semejante mandato equivaldría a legalizar el encarnizamiento terapéutico<sup>20, 21</sup>. En el mismo sentido tampoco, ante un rechazo de tratamiento que deviniere en la muerte “cesaría el deber de los galenos de mantener la vida a ultranza”,

porque desde Hipócrates éste nunca fue un deber absoluto de la medicina<sup>20, 21</sup>. En el mismo fallo, unas posturas atenúan el carácter absoluto de la autonomía personal ante la eventual existencia de antecedentes o pruebas de deseo en contrario, de un marco de razonabilidad de la decisión o de la opinión coincidente de la familia, mientras que otras otorgan a la vida una jerarquía tan absoluta que ni aun su titular podría disponer de la misma ni siquiera en el marco de un rechazo al tratamiento (del voto del Juez Negri)<sup>20</sup>. La admisión de ese hecho, a juicio de un constitucionalista, implicaría ignorar el cierre constitucional con que el artículo 19 de la Constitución Nacional protege la decisión autobiográfica sobre la propia vida<sup>22</sup>.

La meta central de la medicina no es evitar la muerte sino promover el bienestar de las personas a través de la curación de la enfermedad, su prevención cuando fuera posible y, en toda circunstancia, procurar el alivio del dolor y del sufrimiento hasta la llegada de la muerte inevitable. En el caso que comentamos, y desde hace cincuenta años, la aparición del soporte vital como respuesta tecnológica más antigua incorporada a la medicina asistencial ha cambiado el eje del debate en una profesión como la medicina que tiene una praxis concreta por la que se debe responder en cada persona y en cada situación. Este soporte vital, que comprende primariamente aquellos métodos de reemplazo o sustitución de funciones vitales aplicables en situaciones críticas para evitar la muerte, se ignora explícitamente en todo el fallo hasta el punto que un juez se permite calificar como genocidio la pretensión del retiro del soporte (del voto del Juez Roncoroni)<sup>20, 21</sup>.

Claramente la aparición del soporte vital inicia la primera experiencia de campo en la cual debe aceptarse la vinculación entre la medicina asistencial y la determinación de la muerte. Actualmente la existencia de estos métodos generan en la medicina crítica la posibilidad de aplicarlos, no aplicarlos o suspenderlos, por lo que en este escenario existen decisiones que tienen una influencia decisiva y generalmente cercana en la determinación de la muerte del paciente, en un fenómeno que puede llamarse de muerte intervenida<sup>23</sup>.

La ausencia en todo el fallo de una atención especial sobre el significado que el soporte vital tiene en la medicina asistencial impidió quizá examinar desde una perspectiva bioética el eje central del debate que se plantea en estas actuaciones. Si algún juez hubiera visto a la paciente quizá pudiera haberse preguntado, tal como lo hizo el Juez Stevens en el fallo de la Suprema Corte de EE.UU. de 1990 sobre Nancy Cruzan, quien padecía un estado vegetativo permanente igual a la persona que motivó el fallo que analizamos, si la vida de esa joven era la misma a la que se refería la Constitución y la Declaración de Independencia de su país. El mismo juez, y en la misma sentencia, se pregunta si la defensa de la vida y

de la salud, que también preocupaba a la Suprema Corte de Estados Unidos como en nuestro caso a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, no pueden ejercerse en otras oportunidades sin pretender ejemplarizar en los casos trágicos como el que motivan estos fallos.

Una mención final respecto de la muerte tal como parecen conceptualizarla algunas decisiones judiciales. La muerte natural que invocan muchos jueces (como es el caso de los Dres. Negri, Soria y Pettigiani en la causa S., MdC, entre otras) como la única posible, citando la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (art.12 inciso 1) casi no existe en la era tecnológica de la medicina más allá del lenguaje de la propia Constitución Provincial. No es creíble que la muerte natural se cite desde una óptica puramente jurídica, ya que el antecedente de su cita en el Código Civil (art. 103) vigente desde 1871, resulta de la afirmación como muerte física por contraste con la "muerte civil", existente en esa época, por lo que actualmente equivale simplemente a la muerte, sin aditamentos. En la actualidad salvo en el supuesto de una muerte súbita, o se muere en terapia intensiva actuando hasta que la desaparición de la transitoriedad y reversibilidad de un cuadro con amenaza de muerte exija cesar con la aplicación del soporte vital permanente, o se muere en medio de cuidados paliativos activos para controlar el dolor y el sufrimiento omitiendo la aplicación de toda la tecnología que impida una muerte digna. Incluso, dentro de lo que se llama muerte súbita, los procesos de reanimación efectivos que se aplican (masaje cardíaco y ventilación, aunque sea boca a boca) también se suspenden si el organismo no recupera su ritmo cardíaco y respiratorio propio después de un tiempo también variable o cuando se constata la presencia de una enfermedad crónica incurable<sup>21, 23</sup>. Para que un fallo sea algo más que una apreciación dogmática basada en las creencias de los jueces, y particularmente debido a la gran trascendencia que el discurso judicial tiene para la sociedad y su particular relación con la práctica de la profesión médica, deben considerarse los elementos clínicos y diagnósticos aplicables a cada persona, en cada circunstancia.

### **Perspectivas para la medicina y la sociedad**

Esta litigiosidad cultural y finalmente judicial preanuncia un destino difícil y complejo para la profesión médica si no se trabaja sobre un proyecto moral que se adapte necesariamente a los derechos de los pacientes y la inevitable existencia de un razonable sistema de salud. Pero aun así no le irá bien a los pacientes si no se canaliza una forma de restablecer una forma de confianza que no podrá prescindir de la figura de médico, acosado hoy por una telaraña dominada por la lógica burocrática y del mercado. Tampoco si el mercado, en parte científico y

en parte comercial, no cesa de ofrecer impunemente para el consumo masivo una solución próxima para cada problema, exacerbando el engaño y la ilusión.

El derecho, como herramienta para lograr cambios sociales, es imperfecto y su capacidad es limitada. Se ha dicho que las sociedades industrializadas occidentales tienen una 'creencia mágica' en la eficacia del derecho para moldear conductas humanas y relaciones sociales. En la problemática que se genera en torno de la medicina defensiva, la respuesta del derecho ha sido insuficiente y, muchas veces, la ha exacerbado<sup>24</sup>.

Es posible que la interpretación que hacen los médicos de los riesgos legales que enfrentan por sus decisiones sea excesivamente defensiva por falta de información o por sobreestimar las posibilidades de éxito de eventuales reclamos. Así como los médicos deben aprender a evaluar los riesgos legales en forma objetiva y desarrollar una concepción éticamente aceptable de lo que significa un riesgo razonable, del mismo modo los pacientes —y la sociedad— deben aprender a reconocer y aceptar la incertidumbre endémica de la medicina, y los abogados involucrados deben reconocer que tienen una obligación hacia la sociedad en general y no sólo hacia sus clientes<sup>10</sup>.

Las normas del derecho positivo que regulan las situaciones novedosas son importantes y hasta imprescindibles para generar confiabilidad en la sociedad en general y en los médicos en particular, y en ellas hay que trabajar en múltiples situaciones en que existen importantes lagunas en la legislación nacional. Pero la legislación positiva no será siempre posible o recomendable para regular la infinidad de situaciones previsible y aun imprevisibles y su interpretación posterior conllevará indefectiblemente la posibilidad de nuevos conflictos. Por ello, antes que en nuevas normas positivas, habrá que trabajar en la generación de consensos previos en la sociedad acerca de las diversas situaciones que pueden producirse y en la consolidación de una relación médico paciente basada en la confianza y la autonomía.

Este clima de desconfianzas recíprocas ha llevado en ocasiones a los médicos a recurrir a la justicia para pedir autorización judicial para hacer lo que tienen que hacer en el ejercicio cotidiano del quehacer médico<sup>25</sup>. El argumento de la protección irrestricta y absoluta del derecho a la vida que protege nuestra Constitución, fue utilizado por el letrado patrocinante del Director de un Hospital de la Provincia de Neuquén al requerir permiso judicial, con el consentimiento de los médicos, para no derivar a terapia intensiva (para el uso de respirador mecánico) a un niño portador desde hace años de una enfermedad incurable en su fase terminal. Pareció no ser suficiente el tratamiento del niño en su domicilio por la unidad de cuidados paliativos con el conocimiento y consentimiento de sus padres, que no sólo habían autorizado la no deri-

vacación en la Historia Clínica (el tradicional vínculo moral entre el médico y el paciente parece ahora inválido sin lenguaje escrito, escritura pública, registro de directivas o amparo judicial), sino que habían manifestado reiteradamente el deseo expreso de una muerte en paz para su hijo. El fallo del Juzgado de Familia de Neuquén fue naturalmente favorable a la petición aunque innecesario, y ciertamente peligroso porque, como ha ocurrido en este caso en que no hubo conflicto médico ni moral con los profesionales ni con la familia, la admisión de este grado de medicina defensiva significa ceder la más sagrada misión del médico que es decidir junto a su paciente. Trasladar a la justicia, a través del paciente o por sí mismo, el indelegable deber de la responsabilidad en la toma de decisión es el preanuncio del fin de la medicina tal como la hemos concebido desde hace milenios.

Debemos asumir, como sociedad, que existe un ocultamiento explícito de muchos conflictos que se resuelven privadamente al margen de la ley y de toda regulación<sup>26</sup>. También existen situaciones en las que se efectúa una voluntaria omisión de la información correspondiente, y la resolución del problema queda en manos de quienes no tienen el derecho de decidir. Muchos problemas que hoy se debaten en el marco de la bioética clínica que busca asegurar un enfoque interdisciplinario, están vinculados a la pobreza y a la ineludible necesidad de la consulta en el hospital público donde no se puede "comprar" una privacidad que permite actuar en la clandestinidad. Y así las cosas, la ausencia del pluralismo ideológico que impide a cada uno ejercer plenamente su autonomía conduce a la inaceptable exclusión de muchos y a su segura discriminación<sup>26</sup>.

No sólo el paciente, como individuo, es perjudicado por las prácticas de medicina defensiva que muchas veces avasallan el respeto irrestricto que se le debe al ejercicio de su autonomía. Por el contrario, toda la sociedad se perjudica cuando no cuenta con un sistema de creencias que permita el desarrollo de una relación médico-paciente que necesariamente deberá estar basada en la confianza mutua.

Si en el marco de la bioética secular y plural que nuestro país necesita la autonomía de la persona es su rasgo distintivo, se deberá avanzar en primer lugar hacia la generación de consensos en la sociedad y luego, en la regulación y aprobación de normas que respeten y aseguren la existencia de la diversidad y se alejen del fundamentalismo ideológico.

El desafío de la postmodernidad será organizar, siguiendo a Engelhardt<sup>27</sup>, una bioética que se caracterice por la pluralidad de las visiones morales y que permita decir frecuentemente *X tiene el derecho moral a hacer A, pero está equivocado* como única alternativa del resguardo de la libertad y de la vinculación entre los amigos morales y los extraños morales, en la original expresión de ese autor.

## Bibliografía

- Gherardi C. Vulnerabilidad, medicina y sociedad. Capítulo en Bioética ¿Estrategia de Dominación para América Latina? Pfeiffer ML (Editora). Ediciones Suárez 2004; 105-113.
- Callahan D. Living and Dying with medical technology *Crit. Care Med* 2003; (Suppl) S: 344-S346.
- Penchaszadeh V. Reflexiones sobre algunas cuestiones éticas en el comienzo de la vida. *Perspectivas bioéticas* 2006; 20: 86-101.
- Jennings B, Kaebnick G and Murray T (Ed). Improving end of life care, Why has it been so difficult? *Hasting Center Report* (Suppl) Nov. Dec 2005 .
- Woo Suk Hwang, Sung Il Roh, Byeong Chun Lee, et al. Patient-Specific Embryonic Stem Cells Derived from human SCNT Blastocysts. *Science* 2005, 308: 1777-83.
- Las metas de la medicina: establecer nuevas prioridades. *Hasting Center Report* (supl. especial) Nov-Dic 1996.
- Freidson E. Professionalism. The Third Logic, University of Chicago Press, 2001.
- Gherardi N, Gherardi CR. Medicina defensiva: un problema social. Bioética: entre Utopías y desarraigos. Patricia Sorokin (coordinadora). Editorial Ad-Hoc 2002, 515-24.
- Summerton N. Positive and negative factors in defensive medicine: a questionnaire study of general practitioners, *BMJ* 1995; 310: 27-9.
- Kenneth De Ville, Act first and look up the law afterward?: medical malpractice and the ethics of defensive medicine, *Theoretical Medicine and Bioethics* 1998; 19: 569-89.
- Juzg. Nac. 1ª Inst. Civ. N° 1, 14/10/88, ED, 130-523; Juzg. Nac. 1ª Inst. Civ. N° 23, 1/3/88, ED, 138-384; Juzg. Crim. y Correc. N° 3, Mar del Plata, 12/8/91, ED, 145-439, Juzg. 1ª Inst. Civ. y Com. N° 5, Lomas de Zamora, 25/3/94, ED 161-204; C 1ª Civ. y Com. La Plata, sala III, 18/11/97, LLBA, 1998-997 Juzg. de 1ª Inst. en lo Correccional N° 1, Paraná, 29/11/96.
- "T., S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", CSJN, 11 de enero de 2001, T 421 XXXVI;
- "T., S. s/amparo", TSJBA, 26 de diciembre de 2000, Expediente 715-00.
- Gherardi CR, Kurlat I. Anencefalia e interrupción del embarazo. Análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente *Nueva Doctrina Penal* 2000/B, 637-48.
- "B. A. s/Autorización Judicial" - SCBA - 22/06/2001, ACUERDO 82058.
- "Hospital Interzonal de Agudos Eva Perón de Gral. San Martín s/Autorización", SCBA, 25 de julio de 2002. Acuerdo 85.566.
- "PF. V s/amparo", CSJN, 8 de marzo de 2005, P. 1796 XL.
- "C. P. d. P., A. K. s/Autorización", SCBA, 27 de junio de 2005 Acuerdo 95.464.
- "R. LM, 'NN Persona por nacer. Protección. Denuncia'" SCBA, 31 julio de 2006, Acuerdo 98.830.
- "S., MdC s/Insania", SCBA, 9 de febrero de 2005. Acuerdo 85.627
- Gherardi CR. Permiso para morir en la justicia argentina. Análisis médico y bioético de un fallo denegatorio que afecta a una mujer en estado vegetativo permanente. (aceptado para su publicación y en prensa en *La Ley Actualidad*). Abril 2006.
- Gil Domínguez Andrés. Vida y muerte (reflexiones constitucionales sobre la eutanasia) *La Ley*, 4 de Abril 2005.

23. Gherardi CR La muerte intervenida: una visión comprensiva desde la acción sobre el soporte vital. *Perspectivas bioéticas* 2006; 20: 102-21.
24. Kahn-Freund, citado por Roger Cotterrell, *The Sociology of Law*, 2da Edición, Londres: Butterworths 1992.
25. Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 2. Neuquén, 20 de Marzo de 2006, publicado en LL Patagonia 2006 (junio), 278.
26. Gherardi CR, Gherardi N. Bioética para una sociedad plural. *Perspectivas bioéticas*. 2004; 9: 76-83.
27. H. Tristram Engelhardt. Los fundamentos de la bioética. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1995, 15-110.

-----

*Western civilization, it seems to me, stands by two great heritages. One is the scientific spirit of adventure - the adventure into the unknown, an unknown which must be recognized as being unknown in order to be explored; the demand that the unanswerable mysteries of the universe remain unanswered; the attitude that all is uncertain; to summarize it - the humility of the intellect. The other great heritage is Christian ethics - the basis of action on love, the brotherhood of all men, the value of the individual - the humility of the spirit.*

La civilización occidental, en mi opinión, engloba dos herencias. Una es el espíritu científico de aventura - la aventura de lo desconocido, que debe ser reconocido como tal para ser explorado; la necesidad de que los misterios sin respuesta del universo permanezcan así; la actitud de que todo es incierto; para sintetizarlo - la humildad del intelecto. La otra gran herencia es la ética cristiana - la base de la acción por amor, de la hermandad de todos los hombres, del valor del individuo -la humildad del espíritu.

Richard P. Feynman (1918-1988)

*The pleasure of finding things out.* Cambridge MA: Perseus Books, p 256