

El médico como garante de los derechos fundamentales

THE DOCTOR AS A GUARANTOR OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS

Enrique Villanueva (1), Herminia Villanueva (2)

1) Académico de la Real Academia de Medicina de Granada, España.

2) Médico Forense. Instituto de Medicina Legal de Granada, España.

Resumen

Los autores expresan su preocupación por los hechos que están ocurriendo en muchos países desarrollados en los que instituciones del El Estado, bien a través de leyes, bien a través de los Tribunales de Justicia, están usurpando derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como: el derecho a decidir sobre sus vidas, el derecho a la huelga de hambre, donde deben ser enterrados, qué vidas merecen ser vividas y cuales no, los límites de los tratamientos médicos. Los autores proponen que en determinadas circunstancias, cuando las personas no pueden dar un consentimiento válido, sean los médicos los que adopten la posición de garantes como los mejores administradores del principio de beneficencia, que es el entraría en ese momento en funcionamiento, una vez que no lo puede hacer el principio de autonomía. Los autores alertan del peligro que supone hoy para el ciudadano, la dictadura de la ciencia, el estado y el hombre mismo en su afán de controlarlo todo.

Abstract

The authors express their concern about the events happening in many developed countries in which state institutions, through laws or through the courts of Justice, are usurping fundamental rights of citizens, such as: the right to decide about their own lives, the right to hunger strike, to choose where to be buried, about which lives deserve to be lived and which don't, and about the limits of medical treatment. The authors propose that in certain circumstances, when a person is not able to give informed consent, the doctors should be adopting the position of guarantor as the most qualified administrators of the welfare principle, which would be the principle that must be taken into account once the autonomy principle cannot be taken. The authors warn of the danger that science dictatorship, the state, and the individual in his eagerness to control everything could pose for citizens in this modern age.

En todos los países civilizados se están dando casos en los que los derechos fundamentales de los ciudadanos están siendo vulnerados por los Estados apoyándose en sentencias o decisiones judiciales. Cabe hacerse esta pregunta: ¿Vivimos en una época post-moral en la que basta el Derecho y la Política para resolver los problemas y conflictos surgidos en el ejercicio de la Medicina? La solución al caso Eluana Englaro en Italia, al bebé de nueve meses OT en el Reino Unido, como antes fue el de Terry Schiavo en EEUU, o el De Juana Chaos en España, apuntan en esa dirección. En el caso de Eluana Englaro una sentencia de la Corte Suprema Italiana exigió a los médicos que dejaran de alimentar a esta paciente que

caso del RU es una juez la que ordena desconectar de un respirador a un bebe de nueve meses aquejado de una enfermedad metabólica, ahora en contra de la opinión de los padres, en otros casos, de Juana, se alimenta forzosamente a un terrorista en huelga de hambre, porque el Estado, acogiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Reglamento de Prisiones (1,2) no puede asumir que un preso bajo su custodia muera en la prisión. En todos los casos el brazo ejecutor de este atropello es un médico, que al igual que los pacientes, es víctima del poder del Estado que le coacciona bajo diverso tipo de amenazas, una de ellas podría ser la pérdida del puesto de trabajo.

Entendemos que la situación es sumamente grave y que exige que la clase médica este bien informada sobre sus derechos y obligaciones. Según nuestro criterio las soluciones a las cuestiones que aquí se plantean no están en el derecho, sino en la ética y la deontología profesional, de ahí que puedan realizarse formulaciones de índole universal. No todo lo que se presenta como derecho realmente lo es, ni este agota el ideal de justicia. El terreno en el que hay que dilucidar estas cuestiones, el ético, se sitúa más allá del derecho y más acá de la fe, cualquiera que esta sea (3). Se puede teorizar sobre la jerarquización de los principios éticos fundamentales: de autonomía, de justicia y de beneficencia y de hecho Rawls ha hecho una formulación lexicográfica, para aplicarlos automáticamente. Para este autor, primero se aplicaría el principio de autonomía, luego el de justicia y finalmente el de beneficencia (4,5,6). Pero trasladar esta jerarquización al ejercicio de los derechos fundamentales en el caso concreto de una persona, aunque el resultado final sea el mismo, no puede hacerse de modo automático. Fernando Savater, catedrático de ética de la Universidad Complutense de Madrid, ha dicho, que: "todo lo que se hace automáticamente en el terreno de la bioética, acaba estando mal". La jerarquización de los dos derechos fundamentales de las personas: vida versus libertad cuando ambos entran en pugna, sólo lo puede resolver el titular del derecho, es decir, el enfermo, y en este caso, como quiere Rawls, la aplicación del principio de autonomía del paciente se situaría por encima de cualquier otra consideración. Desde hace ya muchos años, la licitud del acto médico reside en el consentimiento del enfermo. La relación médico paciente se tiene que basar necesariamente en el respeto escrupuloso a los deseos de los pacientes cuando estos, tras una información leal, otorgan un consentimiento válido. Cuando el paciente no puede dar un consentimiento válido entra en funcionamiento lo que, desde los tiempos hipocráticos, denominamos el principio de beneficencia, hacer lo mejor por el enfermo, pero sin el enfermo. El médico en el momento en que procede legalmente administrar el principio de beneficencia se sitúa en la posición de garante (7), asumiendo el deber ético de defender los mejores intereses de paciente, porque si bien la ley de Autonomía del paciente (ley 41/2002) establece que el consentimiento por representación corresponde a los familiares, estas decisiones siempre tienen que adecuarse a lo que el código civil establece como principio general para los tutores: La Tutela se aplicará siempre en beneficio del tutelado. El médico,

desde su posición de garante, es el que debe velar porque la decisión tomada por los representantes legales, lo sea en realidad en beneficio del representado, si el médico, a su criterio, entendiéndose que no así, deberá ejercer esa función de garante que le otorga la sociedad. Si por una información privilegiada, o por el documento de voluntad anticipada, (previsto en la ley 41/2002 de Autonomía del paciente) el médico conociese cuales son los deseos del paciente, deberá respetarlos, pero en ausencia de esta información debería actuar según sus dictados profesionales. La función del estado en estos casos debería ser proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, la vida o la libertad, a través de la persona que actúe de garante. En los casos antes mencionados no ha sido así. Los padres han hecho una petición de que se le retire la alimentación y se la deje morir bajo el argumento de que su hija está sufriendo. Dejando aparte si realmente una persona en estado vegetativo persistente sufre o no, el representante legal no puede decidir cual es la calidad de vida que una tercera persona debe llevar o que grado de sufrimiento debe soportar. Un tribunal, por muy alto que sea, no se puede arrogar la potestad de decidir sobre la vida o la muerte de los ciudadanos, basándose en conjeturas, sobre lo que pudo querer o no, o sobre lo que habría decidido hoy si se viese en estas circunstancias. Los médicos tampoco pueden decidir que pacientes deben vivir y cuáles no, en función de parámetros tan materialistas como la carga asistencial o la factura sanitaria, como ha sido denunciado en Holanda. Las cuestiones que aquí se plantean no son jurídicas, son médicas unas, humanas otras y para resolverlas no se puede acudir a los tratados de derecho. Nos parece extraordinariamente peligroso introducir en este debate lo que he calificado de la metáfora del agujero en el muro. Se autoriza a un vecino para que haga un agujero en un muro de su casa para colgar un mueble. Luego el vecino, sin pedir permiso, lo agranda hasta hacer una ventana, luego una puerta y finalmente tira el muro para ampliar la casa, momento en el que este se derrumba y con él el edificio. La humanidad está llena de ejemplos en los que se autorizó un agujero y se acabó derribando a muchas personas. Es a lo que se ha denominado en Holanda, a propósito de la Eutanasia, la pendiente resbaladiza. ¿Quién tiene legitimidad para decidir cuando una vida debe ser vivida o no? ¿Quién traza la línea divisoria entre las vidas que se pueden eliminar por indignas y las otras? ¿Quién expende estos certificados de vidas nobles e innobles, de

vidas dignas e indignas, de humanas o inhumanas?

Es a los médicos a los que les compete decidir si estamos antes medidas excepcionales (distanasia) siempre rechazables o simplemente ante medidas de sostén elementales, como es la alimentación. Es a los médicos a los que les compete decidir si se debe aplicar una sedación terminal o no. En estos casos, como en otros muchos, los familiares les piden a los médicos que alivien el sufrimiento de los pacientes, pero en realidad lo que se nos pide es que actuemos como ansiolíticos para sus propias angustias, acelerando la muerte de los pacientes (8). Ninguna actuación médica puede justificarse en función del sufrimiento de los familiares o de la carga sanitaria de los médicos (9).

Finalmente nos quedaría la objeción de conciencia. Mucho se ha escrito sobre si la objeción de conciencia es un derecho fundamental en pie de igualdad con el derecho de autonomía de los pacientes. Entendemos que la cuestión es más sencilla: el médico tiene derecho a defenderse del Estado y de la familia de paciente cuando se pretende usarlo como el brazo ejecutor de una acción ilícita. Su única arma ética es la objeción de conciencia. En nuestra opinión los médicos del hospital de Madrid se debieron negar a alimentar a De Juana Chaos, como se ha debido negar a dejar de alimentar a la joven Eluana. A ese empeño dedicó su vida Cicely Saunders –la pionera de los Cuidados Paliativos–: “Tú importas porque eres tú, y tú importas hasta el último momento de tu vida. Nosotros haremos todo lo que podamos, no sólo para ayudarte a morir apaciblemente, sino también para ayudarte a vivir hasta que mueras”. Esta es la conducta que nos dignifica a todos.

Estamos ante una nueva amenaza. Las pretensiones de algunos estados en regular la objeción de conciencia de los médicos o de hacer de la excepción la regla: el que en los colegios de médicos exista una lista pública de médicos que son objetores a la práctica de interrupciones voluntarias de embarazos. La mayoría de los médicos están en contra de la práctica de abortos, excepción hecha del auténtico aborto terapéutico en el que realmente está en grave riesgo la vida de la madre y el aborto es una consecuencia de la única acción terapéutica posible para resolver el problema; la lógica por tanto, sería que si hay una lista de médicos en las que se explicita su actitud ante el aborto, debería ser la de

aquellos que estén dispuestos a esta práctica y no la contraria. No estamos de acuerdo en que el médico tenga que hacer una declaración pública de su actitud ante el aborto, incluyéndose en una lista de objetores. No debe haber ninguna lista, pero si la hubiera debería ser de no objetores, porque la presunción lógica es que la mayoría de los médicos seran objetores. La objeción de conciencia como ejercicio de la libertad debe quedar reservada a lo más íntimo de la persona y sólo en aquellos casos en que nuestra conducta genere daños o conflictos a terceros se tendría que manifestar públicamente. De otra parte, se objeta para una situación concreta, que podría cambiar en otras circunstancias. (10).

La historia ha sido testigo, demasiadas veces, del intento totalitario de los gobernantes de cerrar la boca de los disidentes, con los horrores más atroces. Como testimonio valga el del médico español Miguel Servet a manos de Calvino, que hizo exclamar al teólogo Sebastián Castellio (1551): “Buscar y decir la verdad, tal y como se piensa, no puede ser nunca un delito. A nadie se le debe obligar a creer, la conciencia es libre” (11).

En los países que tienen regulada la interrupción voluntaria del embarazo por una ley de plazos, como se pretende hoy en España, se enfrenta a los médicos, que se niegan a realizar esta práctica acogidos al derecho, en España Constitucional, de la objeción de conciencia con un pretendido derecho de la mujer a abortar. Ante el fracaso que ha supuesto y supone esta ley en la sanidad pública (En España prácticamente no se realizan abortos en los hospitales públicos) los gobernantes quieren cercenar este derecho natural, el de la objeción, derecho de primera generación que no precisa de regulación legal, con leyes que regulen su ejercicio, leyes que siendo innecesarias, serán siempre restrictivas para los médicos. (11)

Creemos que nos encontramos en momentos difíciles en los que sobre las espaldas de los médicos se echan nuevas responsabilidades. En España se pretende que una niña menor de 18 años y mayor de 16 pueda abortar sin conocimiento, que no permiso, de los padres. Hoy en la cabecera del paciente, además del juicio clínico, siempre difícil, el médico deberá realizar un juicio ético y otro médico-legal. El acto médico no se agota con la prescripción y los cuidados, sino con la toma de decisiones éticas y legales de enorme relevancia. Un caso

paradigmático es el vivido por la joven británica de 13 años Hannah Jones, enferma de leucemia desde los 4 años y con una cardiopatía grave generada por los fármacos. Los médicos del hospital de Herefordshire propusieron un trasplante cardiaco que la joven rechazó. Los médicos insistieron en la necesidad de esta medida y el protector de la infancia amenazó con quitar la custodia a los padres y arrancar una sentencia del Tribunal Supremo para un tratamiento compulsivo. Finalmente Hannah convenció a los médicos y a las autoridades de que su decisión estaba fundamentada y era la que humanamente elegía para lo que le quedase de vida. Tanto los médicos como las autoridades desistieron de forzar una decisión judicial, ya que la paciente la había tomado en pleno ejercicio de su autonomía. Es un ejemplo paradigmático de consentimiento en un menor maduro que debe ser respetado.

Más recientemente la señora Haidar se puso en huelga de hambre en el aeropuerto de Lanzarote, en defensa de los derechos del pueblo saharauí. Por unos días estuvo en el aire una intervención judicial para alimentarla forzosamente. Afortunadamente el caso se resolvió sin necesidad de que la Señora Haidar fuese violentada en su libertad por un estado intervencionista, más atento a velar por sus conveniencias que por los derechos fundamentales de los ciudadanos. (12)

Ni siquiera los muertos podrán escapar a esta orgía estatalizadora de disponer de la vida y la muerte de los demás, sin su consentimiento y a veces contra su consentimiento. En España, la identificación de personas que fueron asesinadas en el bando republicano y enterradas en fosas comunes (ley de la Memoria Histórica), en algunos casos se está llevando a cabo en contra de los familiares. Caso del poeta Federico García Lorca, en el que un juez había ordenado su exhumación en contra de los criterios de la familia. La oposición de familia se basa en los mismos argumentos utilizados por el Tribunal italiano en el caso de Eluana Englaro, interpretar el hipotético deseo del titular del derecho si viviera. En este caso, los sobrinos de Federico interpretan que a su tío no le gustaría que en torno a su cadáver se organizase un circo. La familia realiza una conjetura, como lo hizo el Tribunal Italiano, a Eluana no le gustaría vivir así, sólo que en este caso no tiene validez jurídica porque no la hace un juez, la hacen los sobrinos. (13)

Otro caso paradigmático es el del poeta José Luis Borges. Borges se exiló a Ginebra tres meses antes de morir. Dejó escrito que no quería volver a Buenos Aires. Está inhumado en el cementerio de personajes ilustres suizos en Plain Palais (Ginebra). Hoy el gobierno argentino intenta elaborar una ley ad hoc para extraditar el cadáver de Borges por ser una gloria nacional argentina e inhumarlo en el cementerio de la Recoleta en Buenos Aires. Idéntico caso ha ocurrido con Camus. El presidente de la República Francesa decidió que el lugar en el que debería reposar el premio Nobel y campeón de la libertad, era el Panteón de hombres ilustres de París. Los hijos han frustrado, por ahora, esta pretensión.

Ocupar la posición de garante no es encaramarse a la cima del pedestal de la justicia para desde ahí administrar un principio de beneficencia despótico y arbitrario. Hay tentaciones y casos, en los que el médico cambia su posición de garante por la de justiciero. La medicina no puede dar cobertura a este tipo de personajes, que amparados en la impunidad, que a veces propicia el acto médico y del enorme poder de una medicina altamente tecnificada y so pretexto de un pseudoprogresismo ideologizado, tiranizar a la humanidad. No pretendemos que el médico sea un héroe, ni tampoco un desobediente civil, (14) solamente el rebelde que propugna Camus, el que es capaz de decir no, el que es capaz de gritarle a los Dioses, aquí transformados en Estado o Administración, ¡soy un Médico y deseo cumplir con mi juramento, aquel que me obliga a salvaguardar la salud y la vida de mis enfermos y no abandonarlos cuando ya nadie vela desinteresadamente por ellos! (15)

Hemos tenido demasiadas muestras en nuestra historia reciente, de Juana Chaos, Inmaculada Echevarría, Aminetu Haidar, para ver que la anfibología se ha instalado en el discurso ético y cuando esto ocurre, la ética deja de ser ética y se transforma en política.

La ética tendrá que cambiar su objetivo ya que una de las misiones fundamentales de la Ética hoy es la "Defensa del hombre y del ciudadano en un mundo en evolución constante y amenazado por la Ciencia y el Estado", porque el quizás el mal no sea otra cosa que el hombre mismo. Cobran hoy actualidad las palabras de nuestro colega portugués e insigne escritor Miguel Torga cuando dice: "No valgo más que para ser libre. Hay en mí una raíz anarquista que no me deja soportar el poder. Me opongo a él porque degrada a todos a quienes lo ejercen y a quién lo tolera" (16)

Referencias

1. La Ley 1/1979, Orgánica General Penitenciaria establece el principio de conservación de derechos (Art. 3.1), pero obliga a la Administración a velar "...por la vida, integridad y salud de los internos". (Art. 3.4), y la autoriza a emplear medios coercitivos "Para evitar daños de los internos a sí mismos, a otras personas o cosas". (Art. 45.1.b). Por su parte el Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero, del Reglamento Penitenciario, en su Art. 210.1 establece: "El tratamiento médico-sanitario se llevará a cabo siempre con el consentimiento informado del interno. Solo cuando exista peligro inminente para la vida de éste se podrá imponer tratamiento contra la voluntad del interesado, siendo la intervención médica la estrictamente necesaria para salvar la vida del paciente...".
2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias 120/90, 137/90 y 11/91), no unánime, discutida y emitida con anterioridad a la promulgación de la ley de Autonomía del Paciente, establece que la preservación del bien vida debe prevalecer en estas circunstancias sobre la autonomía del paciente a la hora de tomar decisiones.
3. Vidal M.: La Bioética. Revista de Occidente, nº 47, 117-127, 1985.
4. Villanueva E. Bioética versus derecho médico. Discurso de Apertura de Curso en la Real Academia de Medicina de Granada 1996. Actualidad Médica
5. Rawls J. A theory of justice. Oxford University Press. Londres, 1972.
6. Rawls J. Justicia como Equidad. Tecnos. Madrid, 1986.
7. Entendemos aquí la posición de garante como la obligación deontológica y legal que tiene el médico de velar por sus pacientes cuando estos se encuentran en una situación desamparada y en peligro grave. Jurídicamente se verían obligados a actuar en aplicación del art.195 Código Penal. La relevancia de esta situación deriva de que el médico podría incurrir en un delito de omisión, bien del deber de socorro o bien de un delito imprudente, si de su conducta omisiva se derivase un daño o perjuicio para el paciente. Perjuicio que se habría podido evitar, sin daño para sí o para tercero, con una simple actuación médica o con la toma de una decisión acorde a la lex artis. Es la configuración legal de la "posición de garante" la que efectúa la conexión entre deber ético y responsabilidad legal. La sociedad, a través de esta figura, permite que en el caso de preverse un evento dañino, ya exista un ciudadano que tenga que velar para impedir tanto el peligro como el resultado perjudicial.
8. Villanueva E. La muerte del otro (a propósito del caso de Eluana Englaro). El Noticiero de las ideas, nº38. Abril-Junio de 2009
9. La OMC ha aprobado en 2009 una Declaración de la Comisión Central de Deontología sobre Ética de la Sedación en la Agonía. (disponible en la RED)
10. Villanueva E. La objeción de conciencia frente al acto médico: un ejercicio de responsabilidad. Revista OMC, nº 1, 2007
11. Zweig. S. Castellio contra Calvino. Conciencia contra violencia. Editorial. Acantilado. 2001
12. La Constitución Española de 1978 recoge dos tipos de Derechos: A) Los fundamentales, del Título 1º y que basta su enunciado para que el Estado tenga el deber de respetar y defender su libre ejercicio por el Titular de Derecho. Son los llamados de primera generación. B) Los Derechos legales, que son aquellos que enunciados en la Constitución exige que una ley posterior los desarrolle y regule.
13. Villanueva E. ¿Por qué un juez? Periódico Ideal. 17 de Diciembre de 2009.
14. Desobediencia civil. No se debe confundir la objeción de conciencia con la desobediencia civil, como ha ocurrido con una alta jerarquía del Gobierno. Lo primero es dejar claro que es la objeción a la luz de la definición: Desobediencia al derecho incumpliendo un deber jurídico por razones de conciencia. Es necesario que exista, por tanto, un deber para el médico. No siempre todo derecho genera un deber. Si no existe el deber el problema se podría resolver sin necesidad de acudir a la objeción. ¿El derecho de la mujer a abortar genera un deber para el médico de realizar el aborto? No. La segunda cuestión es que la desobediencia sea por razones de conflicto ético, sin otra pretensión más que resolver un problema de conciencia. Por tanto se excluye la desobediencia civil propia y la resistencia, cuya pretensión va más allá de la objeción y tiene una carga política. El desobediente pretende, con su conducta, bien derogar la ley, bien crear un problema político.
15. Camus A. El hombre rebelde. Biblioteca Camus. Alianza Editorial. 2002
16. Torga M. Diario. Editorial Alfaguara. 1988