

ENSAYOS

EL PACIENTE, EL MÉDICO
Y EL ABOGADO

ALAIN GARAY

Abogado de la Corte de Apelación de París
Miembro de la Junta Directiva
de la World Association of Medical Law

Bajo la influencia del individualismo y de las reivindicaciones democráticas, los derechos de los pacientes han llegado a poner en tela de juicio muchas costumbres, prácticas y tradiciones ampliamente aceptadas. Al mismo tiempo, el reciente planteamiento del enfermo responsable al cual se le otorga derechos y obligaciones plantea preguntas de gran interés: los derechos de los pacientes ¿se trata de otra moda intelectual o simplemente la confirmación del poder de los abogados en la relación médico-paciente? ¿Mas bien no es la respuesta a un olvido, a saber, el respeto al ser humano afectado por la enfermedad?

La importancia de este debate sobrepasa el interés propio de los profesionales, médicos y abogados. En Francia, se ha afirmado que, poco "contenciosa frente a la medicina, la sociedad civil no puede resolverse a comprar el silencio de los enfermos al precio o por el valor de la mera indemnización de sus dolores" (François Ewald). Porque la crisis actual de la relación entre el paciente y el médico no surge exclusivamente a raíz de lo que se llama una "deriva de tipo consumista o llamado también deriva a la americana".

Hoy la "larga historia de amor " entre el enfermo y el médico parece muy afectada por la llegada de un nuevo amante: el abogado. Como si la lógica del buen samaritano hubiese sido afectada por un nuevo personaje también paternalista con sus propios secretos técnicos: el hombre de ley. Por lo tanto, a mi parecer, tanto la lógica profesional de los médicos como la de los abogados no pueden resolver, como por encanto, el sufrimiento y la esperanza de la persona enferma si no se toma en cuenta la dimensión ética del tratamiento. En otros términos, el paciente no puede ser dos veces víctima de la historia paternalista a la cual ha sido sometido durante siglos: la primera etapa, bajo la intervención del buen samaritano vestido de blanco, el médico; la segunda vez, bajo el dominio interesado del profesional de la ley vestido de negro, el abogado. Prefiero escoger la vía de una ética de la responsabilidad de los diferentes actores que camina por los espacios de la información

recíproca, el consentimiento previo y común, en otros términos, una relación llena de sentido y no de sanciones-reparaciones.

I ASPECTOS RELATIVOS A LA JUDICIALIZACIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE EL MÉDICO Y EL PACIENTE

1. En pocos años, hemos asistido a una transformación social: de la medicalización de la enfermedad a la judicialización de la relación entre el médico y el paciente.

La crisis de la relación médico-paciente ha sido el resultado progresivo, por una parte, del cuestionamiento de la noción de paternalismo médico, y por otra parte, la rápida aparición de reivindicaciones propias a los pacientes. Hoy, como reacción al concepto del "médico-buen samaritano", el modelo alternativo parece ser el de la autonomía del paciente. Esta última, muy desarrollada en el mundo angloamericano, se inscribe claramente en el marco jurídico y social de las libertades individuales pero también de las diferentes declaraciones sobre los derechos humanos. H. T. Engelhardt delimitó, en su famoso tratado titulado *Foundations of Bioethics* (publicado en 1986), los límites de las referencias morales y de la intervención médica. Pero, como ya lo mencioné en San José (de Costa Rica) en 1996, debemos "emanciparnos de los modelos y referencias -paternalismo y autonomía- en la medida que no podemos reducir los intercambios y las relaciones sociales en función de un determinismo eminentemente teórico" (*Rev. Latin. Am. de Méd. Leg.*, 1996-1997, vol. 1, fas. 2, p. 10).

Indudablemente, la relación desequilibrada entre el médico y el paciente autoriza reajustes que la norma jurídica ha querido monopolizar. Como si las relaciones sociales o culturales tuvieran horror del vacío, el derecho interviene cada vez más en el campo de la medicalización de la enfermedad. Asistimos actualmente a una tentación de instrumentalizar otra vez el cuerpo y el enfermo en un marco técnico que es el derecho de los pacientes.

Hasta ahora, el saber determina y otorga el poder. La medicina, progresivamente, está perdiendo su estatus social y político de "arte sagrado"

(Prof. Antonio Piga Rivero, Curso avanzado de bioética aplicada, San José de Costa Rica, 21 de abril de 1998).

Por lo tanto, la afirmación y el desarrollo notable de textos protectores de los derechos de la persona humana me parecen favorables a un reajuste o arreglo jurídico y ético que pueden reequilibrar la desigualdad evidente entre el médico y el paciente. Este fenómeno ha fomentado, en cierto grado, un tipo de desconfianza de los discípulos de Esculapio hacia los de Temis, de los médicos hacia los abogados, de los de blusa blanca hacia los de toga negra...

Pero nuestra sociedad, de más en más consumidora y contenciosa, en donde el recurso al juez se hace manifiesto, es favorable a la judicialización de una medicina defensiva. Con los términos de "medicina defensiva" entendemos una práctica médica fundada en la multiplicación de exámenes médicos inútiles (o que rehusa cuidados y tratamientos por causa de los riesgos implicados y primas de seguros elevadísimas). Como si el error médico se vendiera, asistimos, particularmente en el mundo angloamericano, al desarrollo de una tendencia a encontrar detrás de cada enfermo un abogado.

2. El rechazo de la medicina defensiva y la adopción de una posición responsable

No sería oportuno suscitar una controversia –por abogados interpuestos– que convirtiera el derecho en un "arma de guerra" contra los médicos. El paciente se perjudicaría del antagonismo profesional. Debe encontrarse un equilibrio entre las exigencias médicas y las normas jurídicas, todas ellas en beneficio exclusivo del paciente. Por el contrario, los objetivos técnicos y profesionales harían del paciente un instrumento de combate y una "gallina de huevos de oro"...

No parece aceptable dejar a los tribunales llegar a ser árbitros de la relación médico-paciente. La norma jurídica no se legitima ni se explica por la mera existencia del juez y de la jurisprudencia. No sería lógico permitir que el derecho de la responsabilidad médica se convierta, ante los tribunales, en una lucha o un combate. ¿Por qué? Primero, porque acudir a un tribunal implica a priori un fracaso basado en la insuficiencia de información o de precaución. El mismo error médico grave no supone que se recurra al tribu-

nal cuando vías de solución de conflictos pueden encontrarse bajo el sistema de seguros públicos o privados. Segundo, recurrir a un tribunal siempre implica la intervención de otro médico, el perito o experto, que por muy neutral que sea puede reflejar en sus conclusiones una tendencia corporativista. Tercero, la vía judicial hace surgir en el escenario personas incompetentes en el cuerpo médico como los abogados y los jueces. El paciente puede, de ese modo, llegar a ser un producto de consumo del derecho reducido a un caso judicial, un expediente o una famosa decisión de jurisprudencia.

II POR UNA RELACIÓN CONSENSUAL ENTRE LOS PROFESIONALES DE LA MEDICINA Y DEL DERECHO AL BENEFICIO DEL PACIENTE

1. **Es necesario que se considere al paciente como hombre o mujer total y no solamente a su enfermedad**

El desarrollo científico de estos dos últimos siglos ha enfatizado la curación o el tratamiento de la enfermedad. Hasta cierto grado, el ser humano o hombre-mujer total –“whole man”- sigue siendo por lo tanto el objetivo número uno de la medicina. La medicalización privada o institucional de la enfermedad ya no puede abandonar el cuerpo a la sola atención de la corporación médica. El objetivo científico y racional tiene que conjugarse con una ética de la vida humana. El valor de la vida no se mide a la altura de un termómetro o del nivel científico. Implica mucho más que el mero vivir biológico. Enclave de humanización, el valor ético de la vida adquiere un significado por la dimensión epistemológica y subjetiva del ser humano. El derecho como la medicina alcanzan una parte estrecha de la afección. El valor de la vida se mediría entonces por su estatus ético que ni el derecho ni la medicina abarcan completamente.

La amplitud de estas implicaciones exige tanto del médico como del abogado la plena consciencia de sus limitaciones. La práctica y la referencia profesional no aportan soluciones a las diferentes preguntas que surgen a raíz de la medicalización de la enfermedad. De ahí que la ética de los profesionales exige la confrontación de ideas, las escalas de valores diferentes y el admitir la reciprocidad.

El vínculo ciudadano y el respeto de los derechos humanos adquieren significado cuando los profesionales no despliegan una relación de autoridad sobre los pacientes sino de información, proposición y ayuda. "La ciudadanía no se decreta, se comparte. Invita a garantizar la emancipación del paciente haciéndose cargo más seriamente del objetivo que se busca, de las necesidades y de las reclamaciones de los enfermos". (A. Garay, *¿Qué derechos tiene el paciente?*, Rev. Lat. Ame. Der. Méd., 1996-1997, p.12)

De manera práctica, las quejas y reclamaciones del paciente a posteriori pueden llevarnos, a un grado más elevado, a la consideración y colaboración entre médicos y abogados. Por ejemplo, cuando una persona se queja de un médico, de un tratamiento, de un hospital, de ciertas condiciones en el hospital, se necesita cautela y precaución. *El bufete de un abogado no es una oficina de reclamaciones y quejas siempre y cuando* (El abogado en su bufete, como parte de su ética profesional, debería hacer dos cosas siempre: permitir al paciente explicarse con tiempo y consideración, y consultar paralelamente el caso con un médico perito o experto, para obtener, por escrito, un concepto sobre los hechos). 1) *se permita al paciente explicarse con tiempo y consideración*; 2) *se consulte en paralelo a un médico perito o experto para obtener, por escrito, una consulta detallada sobre los hechos, los protagonistas, las preguntas enfocadas y hasta el necesario debate técnico*. Sería totalmente *ilusorio* (imprudente) levantar una querrela judicial sin tomar estos dos pasos *previamente* previa y seriamente.

De facto, la esperanza del paciente necesita que el abogado tome el tiempo y consulte un perito o experto para que la reclamación inicial no sea una mera expresión de venganza o resentimiento contra un médico, por ejemplo. La exigencia profesional del abogado le conduce de esa forma a recurrir a una forma de "cooperación" con médicos, esta vez elegidos por su grado de competencia, notoriedad y confianza. De ahí, que, personalmente, siempre recorro a la consulta previa por escrito de un experto antes de discutir de nuevo con el paciente para establecer el balance beneficio-riesgo de un caso judicial.

De manera significativa podemos tipificar este tipo de dilema entre ciencia médica y jurídica a través de dos casos éticos recientes que revelan cuán importante es no perder de vista al paciente.

1. El caso de la viuda depresiva. Un abogado trata de la demanda de una mujer de 30 años que recientemente perdió su marido, herido mortalmente en un accidente de coche. Ella quiere atacar el autor del accidente. De manera evidente sufre fuertes trastornos psicológicos que afectan su propia vida por hablar de suicidarse. Para ella, el abogado es un recurso, una manera de consolarse cuando le confía su dolor. Al examinar el expediente de la policía de tráfico, el abogado se da cuenta que el difunto no estaba solo en su coche sino acompañado de su concubina (el informe de policía relata que la relación adúltera se mantenía por años). La viuda nunca supo nada de este hecho ni de la relación adúltera de su marido. ¿Cuál será ahora la reacción del abogado para con la persona depresiva que estaba al borde del suicidio?
2. El caso de las transfusiones de sangre ocultadas al paciente. A un joven de 34 años de edad, padre de cinco hijos, le informan en el año 1994 de una hepatitis C que hoy en día se ha convertido en cáncer de hígado. Tras pruebas médicas, él descubre que al transfundirle sangre en octubre de 1984 le contaminaron con el virus hepático. Los médicos pasaron por alto en 1984 su rechazo, por motivos religiosos, de toda transfusión de sangre. Hoy su esperanza de vida es, mas o menos, de cinco años y es inválido al 75%.

Tras una querrela judicial, el hospital en donde le transfundieron sangre va a negar las transfusiones administradas en 1984. En el transcurso de las operaciones de pericia médica, el hospital mantiene sus dudas cuando, por lo tanto, los médicos laboralistas y de cabecera confirmaron la realidad de la contaminación post-tranfusión.

En el mes de enero, en el transcurso de una entrevista y examen por los dos peritos médicos, el abogado del paciente descubre un documento importantísimo: una carta con fecha del mes de julio de 1997 del anestesista que transfundió sangre en 1984. Los dos expertos no revelan al abogado esta carta. El la descubre al echar un vistazo al expediente médico mientras ellos examinan al paciente en otro cuarto. ¿Cuál puede ser la actitud del abogado ante los dos expertos? ¿Ante su cliente, el paciente? ¿Ante el juez de instrucción criminal quién nombró los dos expertos?

Estos dos cosas revelan, de alguna forma, el desafío para los profesionales de no olvidarse de buscar el beneficio del paciente al máximo posible.

2. Médicos y abogados, partidarios de una colaboración para el beneficio del paciente

El ser humano, aún enfermo, no puede reducirse a un instrumento. La salud considerada como un servicio ha provocado una actitud consumista regulada por la sola ley de la oferta y la demanda. El reajuste ético conlleva consecuencias concretas tanto para los médicos como para los abogados a través de estas dos actitudes.

- a) Los profesionales de la medicina y de derecho tienen que asumir responsabilidades. Fundadas en la incertidumbre y en el riesgo, la práctica médica y del derecho implican obligaciones a asumir, ante la persona y la sociedad. Parece tan extraño a veces leer comentarios sobre el temor de ciertos médicos acerca de la extensión de sus responsabilidades profesionales. Tales reservas parecen sorprendentes a la luz de la tremenda toma de riesgos de los prácticos facultativos ante la enfermedad o una intervención quirúrgica o anestésica.

De la misma manera que un piloto de avión, un ingeniero en la sala de control de una central nuclear, los médicos que están tratando con la vida no pueden evadir sus responsabilidades o minimizarlas.

- b) Médicos y abogados necesitan implicarse mayormente en programas de educación y de información.

El paciente siempre se beneficiará más del desarrollo de programas de enseñanza del derecho y de la ética médica por parte de médicos como de abogados. El enfoque a la enseñanza del régimen de la responsabilidad médica tendrá que ser mayor en las facultades de medicina. De la misma manera, las facultades de derecho podrían introducir asignaturas de derecho médico y medicina legal para enseñar dichas disciplinas (Manuel Cumplido, *Necesidad de la enseñanza de la medicina a los estudiantes de derecho de las universidades de la República de Argentina*, Primer Congreso Latinoamericano de derecho médico, San José de Costa Rica, 22-24 de abril 1998).

ALAIN GARAY

El creciente interés y el desarrollo del contencioso de la responsabilidad médica justifican tales programas. De esa forma, se puede dar énfasis a la formación e información como vía para evitar pleitos innecesarios. La consultoría previa llegaría a ser la regla y no la excepción.

El asesoramiento básico –médico y jurídico– puede ser la clave de la emancipación y del respeto del derecho de los pacientes a una hora en la cual se está desarrollando una nueva disciplina y cuerpo judicial: el derecho de los pacientes. La educación recíproca –del médico y del abogado– garantizaría de ese modo y reforzaría el respeto al derecho de los pacientes. Delante de los jueces, los abogados llevan el timón pero los médicos echan el carbón en la caldera. De ahí que el asesoramiento recíproco es realmente básico.

III CONCLUSIÓN

Es hacia un nuevo arreglo de la relación médico-paciente que tiene que tender la intervención del abogado. Significa dar más sentido jurídico y sobre todo ético a esa relación pero teniendo siempre cuidado de no permitir, ni al médico ni al abogado, el monopolizar el tratamiento y las esperanzas del paciente. Desde este punto de vista, los derechos de los pacientes abogan por una toma en consideración al nivel del individuo –la persona humana– que no puede abandonar su salud y porvenir ni a la ciencia, ni a los médicos y aún menos a los abogados.

