

SOBRE LA “JUDICIALIZACIÓN” DE LA PRAXIS PROFESIONAL MÉDICA: CASOS Y NECESIDADES



Por los Dres. Oscar Lossetti y Héctor Di Salvo*



* El Dr. Oscar Lossetti (foto superior) es director de la carrera de especialización en Medicina Legal de la Universidad ISALUD. El Dr. Héctor Di Salvo (foto inferior) es coordinador de la misma carrera

El tema de las autorizaciones judiciales para ejercer determinados actos médicos, en los últimos tiempos ha cobrado singular vigencia, especialmente a partir de un caso en el cual falló la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debido a la solicitud de autorización para una inducción al parto en razón de que el feto presentaba anencefalia, y que además, la madre por ello tenía una seria afectación de su salud psíquica.

Debe señalarse que, en principio, las autorizaciones judiciales carecen de una regulación normativa en el orden jurídico nacional, lo que significa la inexistencia en el país de un régimen legal que consagre a estas “autorizaciones” como una institución de Derecho, que establezca un procedimiento determinado para procurar obtenerlas, que indique cuál es el fuero o el magistrado competente para otorgarlas, que puntualice bajo qué condiciones o requisitos o en qué supuestos resultan procedentes, quienes pueden o deben ser parte en el trámite que se siga y cuáles son las vías de apelación.

No obstante eso, los pedidos de “autorizaciones” usualmente se dan en los casos vinculados al tratamiento de enfermos en estadios terminales, la interrupción de un embarazo, las ligaduras de trompas y otras prácticas quirúrgicas.

En el Derecho comparado existen algunos ejemplos pero que de ningún modo pueden asimilarse a las “autorizaciones judiciales” en los términos admitidos en nuestro país. En relación a la eutanasia, por ejemplo, algunas legislaciones la consideran homicidio simple o agravado (Italia, Francia, Alemania). Otras legislaciones como las de España, Noruega y Polonia, la vinculan a la ayuda al suicidio; otros

países como Brasil, Cuba y Costa Rica, establecen la atenuación de la pena y otros sistemas judiciales como los de Holanda, Dinamarca, República Checa y Suiza, eximen el castigo a través de la decisión judicial. En América Latina, el Código Penal uruguayo consagra el denominado “perdón judicial”, que permite a los jueces no aplicar pena cuando median circunstancias puntualmente especificadas como “sujeto de antecedentes honorables”, “móviles de piedad” o “súplicas reiteradas de la víctima”.

Legislación vigente

En nuestro medio se advierte un cierto temor para la realización de algunas prácticas médicas, por lo que se solicita la autorización judicial con la representación mental de que, de esa forma, se evitaría una demanda por responsabilidad profesional.

En la gran mayoría de los casos, la adopción de una determinada conducta depende exclusivamente del criterio médico, por lo que esa decisión queda fuera de los límites de la autoridad de los magistrados. Esta circunstancia ha sido concretamente explicitada en reiterados casos, cuyos fallos han puesto de relieve que la situación que se ha sometido a consideración jurídica “es netamente una decisión médica y no judicial”.

Dada la preocupación que se advierte sobre el tema y la excesiva y las más de las veces, inapropiada solicitud de autorizaciones, se expondrán algunas de las precisiones que existen en nuestra legislación sobre el particular, contenidas en el Código Penal y en la Ley del Ejercicio de la Medicina. Finalmente nos referiremos al tema de la ligadura de trompas, ya que las disposiciones particulares sobre esta temática servirían como modelo analógico de referencia para situaciones similares. En



principio, es necesario dejar claramente establecido que existe una neta diferencia entre la solicitud de “autorización” para una determinada práctica médica y la llamada “acción de amparo” (muchas veces denominada impropriamente “recurso de amparo”). Ésta última es un medio que puede utilizar el médico cuando considera que una decisión adoptada por una persona o por los familiares de un paciente, se vulnera el derecho a la salud o se pone en peligro de la vida.

Código Penal

Existen situaciones vinculadas a esta temática en lo concerniente a la interrupción de un embarazo. En el artículo 86 se establecen las circunstancias en las cuales el médico puede practicar un aborto, con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal según las circunstancias, y que configuran los denominados abortos “terapéutico” y “judicial”. En ninguno de ellos el código menciona la necesidad de la autorización judicial, por lo que su decisión y práctica es de exclusiva competencia médica. En el segundo párrafo del artículo mencionado, se establece lo siguiente: “el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

- 1) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;
- 2) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

Como se desprende del texto, en el primer caso –aborto terapéutico–, el consentimiento (por supuesto válido) lo da la propia mujer; mientras que

Los pedidos de “autorizaciones” judiciales usualmente se dan en los casos vinculados al tratamiento de enfermos en estadios terminales, la interrupción de un embarazo, las ligaduras de trompas y otras prácticas quirúrgicas.

en el segundo caso, dicho consentimiento proviene del representante legal, pero como ya se dijo anteriormente, en ningún caso es necesario requerir la autorización judicial. No obstante, debe tenerse en cuenta que en el segundo supuesto, al tratarse de una gestación consecuencia de un delito contra la integridad sexual en una mujer sin capacidad civil, forzosa y naturalmente ya ha intervenido un juez en su caso. Por lo tanto, al magistrado se le comunica la práctica, pero no es necesaria su autorización.

En la materia, cabe añadir el reciente fallo de la CSJN N° 259, del 13 de marzo de 2012, del que surgen, entre otros párrafos, como visión sinóptica, donde sostiene:

- “En efecto, reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida (Fallos: 332:433 y sus citas).”
- “Este principio de inviolabilidad de las personas impone rechazar la exégesis restrictiva de la norma según la cual ésta sólo contempla, como un supuesto de aborto no punible, al practicado respecto de un embarazo que es la consecuencia de una violación a una incapaz mental. En efecto, la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar (Cfr. Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984, págs. 109 y ss.; *La legítima defensa*, Fundamentación y régimen jurídico, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, págs. 59, 63 y ss.).”
- “Por ello, debe adoptarse la interpretación según la cual no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación porque una exégesis en sentido contrario –que reduzca la no punibilidad de esta práctica al caso de una incapaz mental– amplía sustancialmente el alcance del castigo penal y niega, a toda otra víctima de una violación que se encuentre en esa situación, el derecho a acceder a esta práctica.”



Lo importante a señalar, es que la mayoría de las veces la decisión a tomar depende exclusivamente del criterio médico, y que resulta inconducente recurrir a la vía judicial, advirtiéndose que con esta conducta se estaría produciendo lo que algunos autores consideran como la “judicialización” de la medicina, con la consiguiente pérdida de tiempo y posible daño a la salud del paciente.

- “Debe entenderse que el supuesto de aborto no punible contemplado en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal comprende a aquel que se practique respecto de todo embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima, esta Corte Suprema considera oportuno y necesario ampliar los términos de este pronunciamiento. Ello es así ya que media, en la materia, un importante grado de desinformación que ha llevado a los profesionales de la salud a condicionar la realización de esta práctica al dictado de una autorización judicial y es este proceder el que ha obstaculizado la implementación de los casos de abortos no punibles legislados en nuestro país desde la década de 1920.”
- En referencia al Art. 86 CP inciso 2, que señala... ‘Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto’... el fallo prosigue... ‘se impone concluir que, aun mediando la más mínima y sistemática exégesis practicada sobre dicho precepto, no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima’”.
- “En efecto, el mencionado artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en concordancia con el sistema de los abusos sexuales (regulados a partir del artículo 119 del mismo cuerpo legal), diferencia dos grupos de causas de embarazos: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer “idiotas o dementes”. Como la ley está haciendo referencia a causas de embarazos, el “atentado al pudor” no puede ser sino un acceso carnal o alguna otra situación atentatoria contra la sexualidad de la víctima que produzca un embarazo.”
- “Puesto que todo acceso carnal sobre una mujer con deficiencias mentales es considerado ya una forma de violación (la impropia), no es posible sostener que cuando al principio dice “violación” también se refiera al mismo tipo de víctima. Es evidente que por exclusión, “violación” se refiere al acceso carnal violento o coercitivo sobre mujeres no “idiotas ni dementes”. Lo mismo ocurre con las menores de trece años, cuya mención no es necesaria porque la ley descarta la validez de su consentimiento, y declara que cualquier acceso carnal con ellas es ya una violación (impropia)”.
- “La judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer pública-

mente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que aparece en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras.”

- “Este Tribunal se ve en la necesidad de advertir por una parte, a los profesionales de la salud, la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida. En consecuencia, y descartada la posibilidad de una persecución penal para quienes realicen las prácticas médicas en supuestos como los examinados en autos, la insistencia en conductas como la señalada no puede sino ser considerada como una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar.”

Estos extractos son de elección personal por lo que a nuestro parecer resultan de significación en cuanto al tema que abordamos, siendo de rigor, la lectura completa del fallo citado, para su aprehensión y comprensión holística.

El Código de Ética para el Equipo de Salud de la A.M.A. – 2001, en la segunda parte del artículo 478 sugiere el procedimiento a seguir en caso de aborto terapéutico señalando: “La certificación de la necesidad de la interrupción del embarazo deberá hacerla una Junta Médica, uno de cuyos participantes, por lo menos, debe ser especialista en la afección que da origen a la propuesta. Siempre debe hacerse en un ambiente con todos los recursos de la ciencia”.

Ley de Ejercicio de la Medicina (17132/67)

Existen referencias en cuanto a la toma de decisiones sin intervención judicial y casos en que necesariamente debe existir previamente dicha decisión.

- a) Toma de decisiones sin que medie autorización judicial:
 - Tratamiento e internación de pacientes: en el artículo 19 inc. 3º se establece que el médico está obligado a “respetar la voluntad del paciente en cuanto a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo, salvo cuando la inconsciencia o alineación, o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los pro-

fesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz”.

- Esterilización: dentro de las prohibiciones de los médicos señaladas en el artículo 20, en su inciso 18º se establece que los médicos tienen prohibido “practicar intervenciones que provoquen la esterilización sin que exista indicación terapéutica perfectamente determinada sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores”.

b) Autorización judicial:

- En la Ley de Ejercicio de la Medicina existe sólo una referencia a la autorización judicial en los casos de cambio de sexo. En efecto, en el artículo 20, inciso 4º, se establece como una de las prohibiciones de los médicos “no llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial”.

El tema de la ligadura de trompas

A raíz de numerosas solicitudes para efectuar la ligadura de trompas por razones terapéuticas, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, elaboró la Resolución 223/00, donde enunció las si-

guientes recomendaciones: “1) que habiendo indicación médica precisa, no se exija la autorización judicial ni el consentimiento del cónyuge, y 2) que haya consentimiento informado suficiente y adecuado”.

En los considerandos de estas recomendaciones, se señaló que “el requerimiento de una autorización judicial exigido por los profesionales de la medicina que ejercen el arte de curar en el ámbito de los Hospitales Públicos, es una exigencia que no sólo es discriminatoria en virtud de las prácticas que ocurren en las instituciones privadas, sino que afectan los derechos humanos protegidos por toda la normativa ya mencionada”, y que “el requisito de la autorización judicial para proceder a una práctica como la ligadura de trompas sólo pone en peligro la salud de las pacientes y entorpece innecesariamente el proceso cuyo fin es la intervención quirúrgica, ya que la justicia, con acertado criterio jurídico, se niega a otorgar la autorización. Esta situación se ve agravada por las dificultades que deben enfrentarse para el ejercicio del derecho a la justicia”. Esa negativa a otorgar la autorización obedece a que no es necesario autorizar judicialmente lo pretendido.

Concordante con esta disposición, se sugiere la siguiente normativa a seguir en los casos de necesi-



La mayoría de las veces la decisión a tomar depende exclusivamente del criterio médico por lo que resulta inconducente recurrir a la Justicia.



**Estamos en un solo lugar:
TODA LA ARGENTINA.**

Más de 380 Centros de Atención Personalizada.





Las situaciones más comunes en que se puede plantear un conflicto en cuanto a la toma de una decisión médica están contempladas en nuestra legislación.

dad terapéutica que indique con fundamentados argumentos profesionales y científicos, realizar una ligadura de trompas:

“1) Dentro de los servicios de Ginecología y/u Obstetricia deberá designarse una comisión integrada por tres médicos, que estará encargada de dictaminar si los casos puestos a su consideración ameritan la indicación terapéutica que haga necesaria la intervención quirúrgica que provoque la esterilización;

2) Conjuntamente con el dictamen de la comisión, deberá ponerse en conocimiento de la paciente por medio de una nota concebida en términos claros e inteligibles para un profano en el arte de curar, la necesidad de llevar a cabo la cirugía esterilizadora, así como las consecuencias que se derivarían tanto en el caso de practicarse la intervención como en la hipótesis que no se llevara a cabo;

3) Al pie del dictamen de la comisión y de la nota aclaratoria, la paciente deberá prestar su consentimiento informado en presencia de dos testigos que, en ese carácter, también suscribirán ambos documentos.”

La acción de amparo


La utilización de este elemento jurídico (más conocido como “recurso de amparo”) que no reviste los caracteres taxativos de una “autorización”, requiere la concurrencia de circunstancias muy particulares, caracterizadas por arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, y la demostración de que el daño concreto y grave que puede ocasionarse, sólo puede ser reparado acudiendo a esta vía, siendo la celeridad su característica fundamental.

El médico puede recurrir a la misma cuando en la toma de una decisión médica en relación a un caso concreto, su acción se halla obstaculizada por terceros, por lo que se puede causar un daño irreparable al paciente. Los casos más comunes son la negativa por parte de miembros de los Testigos de Jehová, a la transfusión de sangre a sus hijos menores en caso de peligro de vida, y la negativa a la ingestión de alimentos por parte de detenidos que efectúan “huelga de hambre”.

Consideraciones finales

Como hemos visto, las situaciones más comunes en que se puede plantear un conflicto en cuanto a la toma de una decisión médica están contempladas en nuestra legislación. Tal es el caso de internación y tratamiento de pacientes, inte-

rrupción de embarazo por razones terapéuticas e intervenciones quirúrgicas mutilantes. En estos casos la toma de decisiones no depende de una autorización judicial. Tal vez el caso más conflictivo sea el de la ligadura de trompas. En este caso no es necesaria la autorización judicial cuando existen fundadas razones terapéuticas para efectuarla. La normativa reciente a aplicar en dichos casos, resulta aplicable en forma análoga en casos en los que se plantee un conflicto con similares características.

Lo importante a señalar, es que la mayoría de las veces la decisión a tomar depende exclusivamente del criterio médico, y que resulta inconducente recurrir a la vía judicial, advirtiéndose que con esta conducta se estaría produciendo lo que algunos autores consideran como la “judicialización” de la medicina, con la consiguiente pérdida de tiempo y posible daño a la salud del paciente. En este sentido resulta ilustrativo un fallo del Juzgado Civil y Comercial N° 5 de Lomas de Zamora, que ante un pedido de autorización para efectuar la ligadura tubaria bilateral, en una paciente insulino dependiente que tenía serios problemas para controlar su fertilidad y en la que todos los embarazos que tuvo fallecieron intraútero, se señaló que “Corresponde rechazar la petición de autorización judicial para efectuar la ligadura tubaria bilateral, si del caso se desprende que dicha ligadura debe hacerse por razones terapéuticas, encontrándose facultado el médico actuante a efectuarla sin autorización judicial.” 

Lecturas recomendadas

- Código Penal de la Nación Argentina. A-Z Editora. 2002
- Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires Resolución 00223/00
- Fallo N° 259/2012 de la CSJN s/aborto.
- Jarque, G.D. Autorizaciones judiciales para prácticas abortivas y eutanásicas. Jurisprudencia Argentina Julio 4 de 2001. N° 6253, 32/41
- Jarque, G.D. Autorizaciones judiciales, derechos enfrentados y los tiempos del proceso (A propósito de un fallo sobre anencefalia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires). Jurisprudencia Argentina Octubre 17 de 2001, IV – fasc. 3 40/45
- Ley 17132/67 de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración.
- Lossetti, O.; Di Salvo, H. La medicina legal y el derecho. Editorial ISALUD – Ediciones Irojo, CABA, 2011.
- Patitó, J. A.; Lossetti, O.; Trezza, F. y col. Tratado de Medicina Legal y Elementos de Patología Forense. Editorial Quórum, Buenos Aires, 2003.