

El médico como arquitecto de elección: paternalismo y respeto por la autonomía

Andrei Ferreira de Araújo Lima¹, Fernando Inglez de Souza Machado¹

1. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, Brasil.

Resumen

La relación médico-paciente difiere significativamente de otras interacciones sociales. No es coincidencia que haya un aumento expresivo de estudios centrados exclusivamente en esta área. El fortalecimiento del concepto de autonomía ha abarcado también la figura del paciente, con una notable ampliación de su esfera de participación y influencia en las decisiones sobre tratamientos y procedimientos clínicos, mitigando la concepción extremadamente paternalista que recae en la figura del profesional médico. Sin embargo, esto plantea un problema grave: ¿dónde están los límites de esta autonomía? El artículo argumenta que la solución radica en la idea de paternalismo libertario propuesta por Richard Thaler y Cass Sunstein, según la cual el médico actuaría como el arquitecto de elección del paciente. Con base en el método hipotético-deductivo, el objetivo de este estudio fue verificar la posibilidad de adaptar la metodología del paternalismo libertario a la práctica médica, especialmente con relación a los casos difíciles (*hard cases*), para establecer el alcance y los límites de la autonomía del paciente.

Palabras clave: Relaciones médico-paciente. Autonomía personal. Paternalismo. Negativa del paciente al tratamiento.

Resumo

Médico como arquiteto da escolha: paternalismo e respeito à autonomia

A relação médico-paciente difere significativamente das demais interações sociais. Não por acaso, cresce expressivamente o número de estudos voltados exclusivamente à referida área. O fortalecimento da concepção de autonomia passou também a abranger a figura do paciente, com notória ampliação de sua esfera de participação e de influência na tomada de decisão em tratamentos e em procedimentos clínicos, mitigando aquela concepção exacerbadamente paternalista que recaía sobre a figura do profissional médico. Porém, daí insurge grave problemática: quais são os limites dessa autonomia? Acredita-se que a solução se encontra na ideia do paternalismo libertário, tese de Richard Thaler e Cass Sunstein, em que o médico atua como arquiteto da escolha do paciente. A partir do método hipotético-dedutivo, o objetivo do presente ensaio é verificar a possibilidade de adequar o método do paternalismo libertário à prática médica, mormente em relação aos *hard cases*, estabelecendo o alcance e os limites da autonomia do paciente.

Palavras-chave: Relações médico-paciente. Autonomia pessoal. Paternalismo. Recusa do paciente ao tratamento.

Abstract

Physicians as choice architects: paternalism and respect for autonomy

The doctor-patient relationship differs significantly from other social interactions, and in the last years studies on this subject have grown significantly. The concept of autonomy now also encompasses patients, with notable expansion of their sphere of participation and influence in decision-making in treatments and clinical procedures, mitigating that overly paternalistic role of the physician. But this change poses a serious question: what are the limits of this autonomy? This article believes in the solution of libertarian paternalism, an idea proposed by Richard Thaler and Cass Sunstein, in which the doctor acts as a choice architect for the patient. Based on the hypothetico-deductive method, this study verifies the possibility of adapting libertarian paternalism to current medical practices, mainly in hard cases, establishing the scope and limits of patient autonomy.

Keywords: Physician-patient relations. Personal autonomy. Paternalism. Treatment refusal.

Los autores declaran que no existe ningún conflicto de interés.

¿Puede el paciente elegir el tratamiento que, dentro del espectro presentado, sea el menos efectivo según el estado actual de la técnica? ¿Puede rechazar el tratamiento, incluso si el resultado de esa negación es la muerte? ¿Cómo una persona puede estar a cargo de una decisión sin el conocimiento científico necesario del que depende?

Las respuestas que este artículo pretende ofrecer no se basan en la concepción de la autonomía del paciente como valor absoluto, ni buscan restablecer una relación excesivamente paternalista, en la que el profesional médico es el titular exclusivo del poder de decisión. Se propone resolver el impasse a partir del análisis del concepto de “arquitectura de elección”, presentado por el economista Richard H. Thaler y por el filósofo Cass R. Sunstein¹ en la obra *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. Según los autores, *si uno es médico y debe describir las alternativas de tratamiento disponibles para un paciente, es un arquitecto de la elección*².

Se trata, en definitiva, de la concepción de un “paternalismo libertario”, que se basa en mantener las libertades de elección, pero optimizándolas, para que las personas sean instigadas, nunca coaccionadas, a tomar las mejores decisiones de acuerdo con el conocimiento científico acumulado sobre el tema en cuestión. En la relación entre médico y paciente, por ejemplo, corresponde a la ciencia médica desempeñar este papel.

Es cierto que el conocimiento técnico, en el caso de las relaciones humanas, no puede prevalecer en todas las circunstancias. Hay que tener en cuenta muchos otros aspectos de carácter personal, social e incluso jurídico. En este sentido, este artículo busca presentar el concepto de “arquitectura de elección” insertado en la práctica médica, sus reflexiones y límites legales, analizándolo en conjunto con el Código de Ética Médica (CEM)³ y con las Resoluciones del Consejo Federal de Medicina (CFM) 1.805/2006⁴, 1.995/2012⁵ e 2.232/2019⁶.

Antes, sin embargo, es importante afirmar que en este trabajo no se analizan casos que involucran a pacientes con discapacidad civil o personas con enfermedades que restringen la capacidad cognitiva. Estos casos requieren la intervención de los tutores legales e implican un sistema diverso de acción, que escapa, *a priori*, de la concepción del paternalismo libertario, ya que la decisión es necesariamente tomada por un tercero. En este sentido, este ensayo se presta solo a las relaciones en

las que el paciente es civilmente capaz y capaz de ejercer su autonomía de manera libre e informada.

Así, utilizando el método hipotético-deductivo, se propone aplicar la concepción del paternalismo libertario en el área médica, trabajando los puntos principales de la discusión a partir de casos difíciles (*hard cases*). Para ello, se utiliza la jurisprudencia nacional e internacional, así como el análisis de la doctrina en el campo de la bioética y la legislación brasileña aplicable.

Paternalismo médico versus autonomía del paciente

La autonomía del paciente es uno de los principales derechos responsables de romper la barrera de lo que se conoció como “paternalismo médico”. Kraut⁷ aclara, sin embargo, que el término “paternalismo” no contiene, *a priori*, una connotación negativa. El “paternalismo” corresponde al comportamiento de cuidado, en el mejor sentido de la relación entre padre e hijo, de modo que el aquel siempre busca lo mejor para este.

Sin embargo, cuando el paciente es civilmente capaz, en pleno disfrute de su capacidad cognitiva y responsable de sus propios actos, no hay base para sostenerse lo suficiente como para que su relación con el médico deba ajustarse al paternalismo clásico, que excluye al paciente de la decisión. En muchos casos, esta dinámica malsana termina degradando los derechos fundamentales⁸.

A este respecto, es importante señalar que el concepto mismo de salud, objeto de la práctica médica, se ha transformado a lo largo de la historia, ya no limitado a la ausencia de enfermedades. Actualmente, como señalan Sarlet y Molinaro⁹, la concepción de la salud se trabaja desde una perspectiva sistemática, acercándose a la idea de bienestar físico, mental y social, como preconiza el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud¹⁰, de 1946. Es decir, el médico no solo debe prestar atención al bienestar físico del paciente, sino a las consecuencias psicológicas e incluso sociales de una determinada intervención.

Por otro lado, no se puede ignorar la mayor aptitud del profesional médico para tomar la decisión más efectiva con respecto a un tratamiento en particular. En este sentido, es imperativo investigar

cuán autónomas, de hecho, son las decisiones personales. ¿Sería falaz decir que las personas siempre se determinan a sí mismas de manera autónoma? Según Thaler y Sunstein¹, la respuesta es afirmativa, ya que la creencia de que las elecciones y decisiones de la mayoría de las personas son las que mejor sirven a sus intereses se basa en una suposición falsa.

Tal situación lleva a pensar que no se debe abandonar por completo el carácter paternalista de la actividad médica. En la decisión sobre el procedimiento más adecuado no se puede suprimir la participación del médico. Así, para una buena relación con el paciente, es fundamental reconocer que el profesional es la persona más capaz de identificar las mejores opciones de tratamiento y prevención, aunque esta mayor capacidad no pueda servir de subterfugio para quitarle la autonomía al paciente.

Respeto al poder de decisión del paciente: necesidad de diálogo

El consentimiento informado y sus implicaciones, como las directivas anticipadas de voluntad, se encuentran entre los instrumentos más emblemáticos para romper el paradigma del paternalismo médico, sirviendo como mecanismo para garantizar la autonomía del paciente y estimular el diálogo. La relación médico-paciente basada en el conocimiento científico del primero y la sumisión del segundo se considera en su mayoría obsoleta. En este sentido, Piovesan y Dias señalan que *la relación entre médico y paciente ha sufrido cambios drásticos. El vínculo vertical, fundado en el paternalismo, comenzó a dar paso a un vínculo horizontal, basado en la autonomía del paciente*¹¹.

Aunque la ciencia médica es técnicamente la más adecuada para elegir el tratamiento más efectivo para un paciente determinado, el procedimiento solo se realizará después del consentimiento libre e informado del paciente. Por lo tanto, el mejor tratamiento según la ciencia médica debe distinguirse del mejor tratamiento según la conciencia del paciente. La mayor eficacia no obliga al paciente a dar su consentimiento, ya que la mejor técnica y procedimiento no siempre son compatibles con sus intereses y valores subjetivos.

Como bien expresan Beauchamp y Childress¹², el respeto al consentimiento, y en consecuencia la autonomía del paciente, significa honrar su voluntad

y no asumirla según las premisas y subjetividad de un tercero. *El consentimiento debe referirse a una elección actual individual, no a la presunción sobre la elección que el individuo podría o debería hacer*¹³.

Es evidente que la ruptura de la relación médico-paciente estrictamente paternalista está dentro del ámbito del respeto a las decisiones libres, autónomas y racionales del paciente. Sin embargo, esta observancia del consentimiento no se extiende a aquellos que, en virtud de una enfermedad, especialmente aquellos de naturaleza terminal, no pueden tomar las mejores decisiones individualmente, por ejemplo, cuando el paciente presenta una condición depresiva. En los casos de depresión, como señalan Putz y Steldinger¹⁴, el deseo de rechazar el tratamiento o la voluntad de morir, incluso si se expresa, no debe tener apoyo médico, ya que la enfermedad se caracteriza exactamente por la falta de racionalidad del paciente, privándole de autonomía en la elección.

Por tanto, no se debe evitar el tratamiento urgente por el hecho de que el paciente no pueda racionalizar en el momento de la decisión, aunque dicha conducta no pueda extenderse a pacientes con plenas condiciones cognitivas. La voluntad del paciente debe confrontarse primero con sus verdaderas habilidades cognitivas en el momento de la elección, para que, cuando se demuestre que es racional y autónoma, sea respetada.

Putz y Steldinger¹⁴ creen que el médico está permanentemente vinculado a la voluntad del paciente, esté o no de acuerdo con ella. Para estos juristas, el desprecio por el *Patientenverfügung* (directivas anticipadas) viola directamente la dignidad del paciente, aunque tenga la intención de salvarlo. El filósofo y bioeticista estadounidense Dan Brock, por su parte, aclara que en la relación médico-paciente *cada uno aporta al proceso de decisión una información de la que carece el otro, y la comunicación es necesaria para la toma de decisiones que mejor sirvan al bienestar del paciente*¹⁵.

La afirmación de que imputar la decisión exclusivamente al paciente lo obliga a obtener el conocimiento absoluto de toda la información relacionada con el tratamiento, porque solo entonces podría decidir de manera consciente y reflejada, lleva a la conclusión de que la renuncia al derecho de elección y a la autonomía misma sería la respuesta más apropiada. Esto se debe a que la mayoría de las personas no tienen ningún conocimiento científico y técnico sobre tratamientos médicos, y si lo tienen

es muy escaso, por lo que lo más lógico sería dejar la elección del procedimiento a cargo de un profesional apto y preparado específicamente para hacerlo.

Aunque algunas de las premisas de tal declaración sean ciertas, no son suficientes para alejar el poder de toma de decisiones del paciente. El propio ejercicio de la autonomía observa tales conclusiones. La posibilidad de elegir o no un tratamiento específico también implica la decisión de tener acceso a toda la información necesaria para tal elección, que debe ser proporcionada por el médico si esa es la opción del paciente. Incluso, es legal que el paciente delegue la toma de decisiones al médico, confiándole todas y cada una de las acciones. Como señalan Beauchamp y Childress¹², es el ejercicio de la autonomía lo que legitima la delegación de elección a un médico de confianza.

Así excluir al paciente de la toma de decisiones perjudica su dignidad, ya que se ignoran sus intereses personales. En esta lógica, el paciente, dotado de razón y capacidad de autodeterminación, comienza a ser tratado –parafreando la formulación del imperativo categórico de Kant¹⁶– solo como un medio, un simple instrumento de la acción de un tercero.

Así, se percibe el creciente avance de la autonomía del paciente en las relaciones con los profesionales médicos. Este reconocimiento incluso ha sido objeto de manifestaciones y directrices del CFM, que, ante un vacío legislativo completo, comenzó a regular los derechos de los enfermos.

Consentimiento informado a la luz de las regulaciones del Consejo Federal de Medicina

A raíz de la evolución de la legislación médica –como la alemana, que desde 2005 prevé la posibilidad de rechazar el tratamiento¹⁷– el 9 de noviembre de 2006, el CFM instituyó la Resolución 1.805⁴ sobre ortotanasia. En septiembre de 2009, también estableció un código de ética médica¹⁸ marcado en gran medida por el refuerzo y defensa de la autonomía del paciente, una construcción mantenida por el nuevo CEM³, instituido en 2018 y posteriormente modificado por las Resoluciones CFM 2.222/2018¹⁹ y 2.226/2019²⁰. Cabe destacar, además, la Resolución CFM 1.995/2012⁵,

que trata de las directrices anticipadas de la voluntad del paciente.

En el Capítulo I del CEM de 2018³, el texto refuerza la autonomía del paciente, dándole, a raíz de la inversión de la lógica paternalista, la posibilidad de elegir procedimientos y tratamientos, sometiendo al médico a su voluntad, siempre que las decisiones sean adecuadas al caso y tengan soporte científico. Imbricados en la lógica de la autonomía y libertad del paciente, los médicos deben estar atentos a la voluntad del paciente, sabiendo que el consentimiento es el principal eslabón de esa relación. Dicha herramienta es un desarrollo directo de las tareas de información y asesoramiento previstas en el CEM de 2018³, que ya provenían del CEM de 2009¹⁸.

Como señalan Dadalto y Savoi, *se nota en la contemporaneidad el surgimiento de modelos de relación de tipo informativo e interpretativo. En el primero, el médico actúa como técnico experto en el tema; es responsable de presentar al paciente los datos relativos a su enfermedad; se explican los hechos y se proporcionan los números, y el paciente es responsable de la decisión*²¹. Es decir, corresponde al profesional proporcionar toda la información necesaria y pertinente al paciente (siempre que dicha conducta no genere daño al paciente) respecto a su diagnóstico y cualquier tratamiento o procedimiento. Además, el médico debe aconsejar al paciente, indicando qué tratamiento es, de acuerdo con la literatura y la ciencia médica en general, el más efectivo para ese caso, pero sin ningún tipo de coacción. Por lo tanto, se entiende que la relación saludable médico-paciente se basa en principios de la bioética, cuya adecuada comprensión, como señalan Azevedo y Ligiera²², arroja luz sobre la cuestión de la legitimidad ética del rechazo a ciertos tratamientos y terapias.

De la lectura del *caput* del artículo 41 del CEM³ se desprende que el respeto a la autonomía no es absoluto, ya que se prohíbe al médico la práctica de la eutanasia activa, incluso si se trata de una decisión autónoma del paciente o de su representante legal. Sin embargo, el párrafo único de este artículo abre la puerta a la ortotanasia, siempre que se trate de una enfermedad incurable y terminal y que la voluntad del paciente o de su representante legal se exprese claramente en el sentido de rechazar acciones terapéuticas obstinadas, limitando el tratamiento a los cuidados paliativos³.

Para una interpretación más completa del artículo mencionado, es pertinente señalar su conformidad con las Resoluciones CFM 1.995/2012⁵ y 2.232/2019⁶, que tienen como objetivo regular las directivas anticipadas de voluntad y el rechazo terapéutico. Estos diplomas prevén la posibilidad de que los enfermos terminales rechacen ciertos tratamientos, limitando la asistencia a los cuidados paliativos. Este razonamiento también es defendido por Fernandes y Goldim, quienes mencionan que *el sistema brasileño ya señala la construcción de un modelo normativo para la autodeterminación de los pacientes en situación de fin de vida y terminalidad, acompañada de consultas y atención médica debida*²³.

Sin embargo, es importante distinguir la ortotanasia (tratamientos paliativos) de la eutanasia pasiva. El rechazo de tratamientos en casos de muerte inminente sin enfermedad terminal o incurable sigue sin apoyo normativo. Como se explicó anteriormente, la posibilidad de declinar el tratamiento se limita a los casos de enfermedades terminales, a fin de evitar una obstinación irracional.

A partir del análisis de las regulaciones brasileñas, parece seguro afirmar, hasta ahora, que se debe respetar la autonomía del paciente, especialmente en los casos terminales. No obstante, se identifican algunos límites a esta autonomía, aunque no estén suficientemente claros. Además, es importante afirmar que las regulaciones del CFM no se hacen eco en la legislación actual, existe un vacío legal en cuanto a la ortotanasia y al respeto a la autonomía del paciente.

En cualquier caso, el respeto a la autonomía es también el respeto a la libertad y, en consecuencia, a la responsabilidad en la toma de decisiones individuales. Como señala Brock²⁴, el sentimiento de responsabilidad relacionado debe coexistir en la autonomía, para que los individuos no puedan eximirse de las consecuencias de sus decisiones autónomas.

Por lo tanto, se argumenta que el médico no puede ser considerado responsable de la decisión libre e informada del paciente, incluso si la consecuencia de tal decisión es la muerte. Así, el médico se exime de la responsabilidad de la elección hecha por el paciente, siendo responsable solo por las informaciones proporcionadas, la forma en que fueron dirigidas al paciente y la técnica utilizada en la ejecución de la conducta seleccionada.

Arquitecto de elección: conformación de la autonomía al paternalismo médico

El análisis de las normas relativas a la relación médico-paciente y la construcción teórica sobre la necesidad de respetar la autonomía del paciente muestra un impasse en la actividad médica. ¿Cómo puede adaptarse a esta exigencia una profesión marcada desde sus inicios por un carácter eminentemente paternalista? En este escenario, se propone implementar lo que Thaler y Sunstein¹ llamaron “paternalismo libertario”.

En *Nudge*¹, los autores desarrollaron el concepto de “arquitecto de elección”, aquel que, debido a su mayor conocimiento técnico y científico, se encarga de informar al otro en su especialidad. El arquitecto de la elección no solo debe proporcionar toda la información necesaria a la persona que no pertenece a su campo de conocimiento, sino también asesorarla e inducir la a tomar la mejor decisión de acuerdo con los parámetros técnicos y científicos.

Cabe señalar, sin embargo, que este consejo e incentivo no puede restringir a la persona que busca el apoyo del *experto*. En ningún momento Thaler y Sunstein¹ abogan por que el arquitecto de elección imponga sus ideas, solo que presente todas las posibilidades. Se le permite expresar su opinión, incluyendo indicar cierto comportamiento como su preferencia, pero nunca de tal manera que coaccione al otro¹. Por lo tanto, existe el paternalismo al inducir cierta conducta, pero la libertad de elección es individual –de ahí la formulación del término “paternalismo libertario”.

Llevando tal formulación al contexto médico-hospitalario, el paternalismo libertario se articula desde la figura del profesional médico –después de todo, como poseedor de conocimientos técnicos y científicos, tiene el papel de arquitecto de elección. Corresponde al médico familiarizar al paciente con su propia condición, transmitiéndole toda la información pertinente y necesaria para la correcta comprensión del diagnóstico, los posibles tratamientos y procedimientos y las consecuencias de la no intervención. Además, el profesional debe indicar –a partir de la exposición de los riesgos, las posibilidades de éxito y la efectividad de cada tratamiento– la opción más efectiva de acuerdo con

parámetros técnicos y científicos, confiando la elección, sin embargo, al paciente.

Si se observa con atención, el propio CEM prevé una conducta de acuerdo con esta noción de paternalismo libertario. Su Capítulo II establece que *es derecho del médico (...) indicar al paciente el procedimiento adecuado, observando las prácticas científicamente reconocidas y respetando la legislación vigente*²⁵. Asimismo, el artículo 24 del Capítulo IV prohíbe al médico *garantizar al paciente el ejercicio del derecho a decidir libremente sobre su persona o su bienestar, así como ejercer su autoridad para limitarlo*²⁶. Este ítem debe leerse en conjunto con el artículo 34, que obliga al médico a *informar al paciente sobre el diagnóstico, pronóstico, riesgos y objetivos del tratamiento, excepto cuando la comunicación directa pueda causarle daño*²⁷, y con el artículo 13, que evita que el médico *no aclare al paciente sobre los determinantes sociales, ambientales o profesionales de su enfermedad*²⁸. También en este sentido, el artículo 22 obliga al médico a obtener el *consentimiento del paciente o de su representante legal*²⁹, previendo la figura del consentimiento informado, una herramienta esencial para respetar la autonomía del paciente, como ya se ha explicado.

No maleficencia y beneficencia: parámetros del paternalismo libertario

Antes de analizar casos concretos, es importante hacer algunas consideraciones sobre los principios de beneficencia médica y no maleficencia, que, además de establecer límites a la autonomía del paciente y del propio médico, se prestan para guiar la implementación de un paternalismo libertario. A pesar de su proximidad, la aplicación práctica de estos dos principios puede resultar casi antagónica. Mientras que la beneficencia está vinculada a la lógica del mejor tratamiento para el paciente, con respecto a su autonomía y la búsqueda de alternativas más adecuadas al tratamiento, el principio de no maleficencia es un obstáculo para las posturas irrazonables del médico, incluso cuando pretende realizar lo mejor para el paciente.

No siempre es fácil distinguir los procedimientos beneficiosos de los infructuosos. Según Dadalto y Savoï, la muerte *se ha convertido en un evento posponible, en el que el límite para la intervención médica es a menudo elástico e imponderable*³⁰.

La búsqueda incondicional para restaurar la salud o mantener artificialmente la vida del paciente puede ocurrir de varias maneras, desde tratamientos inútiles, meramente paliativos, hasta el mantenimiento de una etapa de coma irreversible, caracterizando la llamada "distanasia" u "obstinación irracional".

Según Gawande³¹, el *ethos* médico contrario a la muerte, unido al deseo de inmortalidad, creó problemas reales en los dos polos de la relación hospitalaria, porque médicos, pacientes y familiares buscan, a veces irracionalmente, luchar por una vida irrecuperable. El problema de la obstinación irracional, por lo tanto, no se limita exclusivamente a la conducta médica, sino también a la propia autonomía del paciente, que no puede justificar tratamientos demostrablemente inútiles. En este sentido, el principio de no maleficencia, junto con la prohibición de la obstinación irracional, limita tanto la conducta médica como la autonomía del paciente, buscando una solución más cercana al respeto a la dignidad y evitando formas innecesarias de sufrimiento.

En un contexto en el que tanto la postura médica como la autonomía del paciente (a veces en conjunto) pueden provocar procedimientos infructuosos, es necesario promover el diálogo entre las partes para establecer límites. Mientras que del lado del médico existen barreras técnicas, del lado del paciente existen limitaciones relacionadas con las creencias religiosas o filosóficas, que incluso pueden registrarse en un testamento vital.

El diálogo es importante porque el concepto mismo de distanasia es flexible, ya que los tratamientos inaceptables para un paciente pueden ser considerados absolutamente plausibles por otro. Si el paciente deja claro que está en contra de ciertos procedimientos, prefiriendo recibir solo tratamientos paliativos, parece que no hay posibilidad de distanasia. Sin embargo, ¿cómo proceder cuando el paciente registra en su testamento vital que desea ser sometido a procedimientos típicos de obstinación terapéutica irracional? ¿Debe el médico respetar esta voluntad, ya que está redactada de manera autónoma y consciente, por lo tanto con todos los supuestos de validez?

Como argumentan Dadalto y Savoï, las prácticas de distanasia limitan la autonomía del paciente porque dañan la *premisa básica del arte médico*: *primum non nocere (en primer lugar, no causar daño)*³². Las autoras también señalan que *la contradicción del testamento vital en relación con las normas*

ético-disciplinarias constituye una verdadera limitación al contenido del testamento vital y, por lo tanto, esta disposición debe interpretarse como no escrita³².

Según el artículo 41, párrafo único, del CEM, en los casos de enfermedad incurable y terminal, el médico debe ofrecer todos los cuidados paliativos disponibles sin emprender acciones diagnósticas o terapéuticas inútiles u obstinadas, teniendo siempre en cuenta la voluntad expresa del paciente o, en su imposibilidad, la de su representante legal³³. Siendo un paciente capaz, parece simple resolver el problema. Basta con que haya diálogo entre las partes y el médico aclare cuáles son las posibilidades del tratamiento y sus consecuencias y cuáles son las medidas inútiles.

Tejidas tales consideraciones, se procede al análisis de los casos difíciles a partir de la idea del paternalismo libertario.

Testigos de Jehová

Uno de los casos más debatidos en términos de bioética y autonomía del paciente es el de los testigos de Jehová. Los pacientes de dicha religión rechazan, en virtud de sus creencias y dogmas, cualquier tipo de tratamiento que implique una transfusión de sangre. Frente a tal impasse, surge la pregunta: ¿sería legítimo rechazar el tratamiento incluso en los casos en que invariablemente resultaría en la muerte del paciente? Y más: ¿cuál es el alcance del término “riesgo inminente de muerte”?

A pesar de que el CEM³ permite al médico negar la denegación del tratamiento en casos de riesgo inminente de muerte (artículo 31), el Poder Judicial, aunque no de manera pacífica, ya ha reconocido la legitimidad de la solicitud del paciente. En el juicio de Apelación del instrumento 70032799041, el Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul (TJRS) entendió que debe prevalecer la libertad de creencia y la opción por un tratamiento que preserve la dignidad del paciente:

Demanda de apelación. Derecho privado no especificado. Testigo de Jehová. Transfusión de sangre. Derechos fundamentales. Libertad de creencias y dignidad de la persona humana. Prevalencia. Opción de tratamiento médico que preserve la dignidad de la demandante. La resolución apelada aplazó la realización de la transfusión de sangre contra la voluntad expresa de la agravante con el fin

de preservar su vida. La postulante es una persona capaz, está lúcida y desde el primer momento en que buscó atención médica expresó su disconformidad con los tratamientos que violan sus convicciones religiosas, especialmente la transfusión de sangre. Imposibilidad de que la demandante sea sometida a un tratamiento médico con el que no está de acuerdo y que, para proceder, requiere el uso de la fuerza policial. Tratamiento médico que, aunque busque la preservación de la vida, le quita la dignidad que proviene de la creencia religiosa, lo que puede hacer que el resto de la existencia carezca de sentido. Libre albedrío. Inexistencia del derecho del Estado a “salvar a la persona de sí misma”, cuando su elección no implique la violación de derechos sociales o de terceros. Protección del derecho de elección, un derecho de acuerdo con la preservación de la dignidad, de modo que la agravante solo sea sometida a un tratamiento médico compatible con sus creencias religiosas. Apelación proporcionada³⁴.

El tema sigue siendo objeto de dictámenes y resoluciones del CFM y de debates jurídicos, aún lejos del consenso. Inicialmente se cita el Dictamen CFM 12/2014³⁵, en el que el Consejo responde a preguntas de la Asociación de Testigos de Jehová sobre el rechazo de tratamientos que implican transfusión de sangre, especialmente con relación a los preceptos de la Resolución CFM 1.021/1980³⁶. El consejero-relator aclaró, en su momento, que ningún adulto capaz de decidir puede ser obligado a recibir un tratamiento contrario a su voluntad, y que no hay claridad en cuanto al término “riesgo inminente de muerte”. Así, argumenta que *es urgente publicar una nueva Resolución y la consecuente derogación de la Resolución CFM n° 1.021/80, después de la elaboración de directrices técnicas precisas, claras y objetivas, en un plazo máximo de seis meses, determinando los límites y parámetros de la indicación para transfusión sanguínea y sus componentes³⁷.*

En 2018, un año antes de que se derogara la Resolución CFM 1.021/1980³⁶, el Consejo Regional de Medicina de Minas Gerais, incitado a emitir un dictamen (103/2018) sobre el alcance del término “situaciones de riesgo inminente de vida”, reiteró el siguiente entendimiento: *Según lo establecido en la resolución actual [Resolución CFM 1.021/1980], en situaciones de riesgo inminente de muerte vale la pena el precepto de mantener la vida. Sin embargo, esta decisión no está totalmente*

pacificada. La legislación, en particular la CR88 [Constitución de 1988], privilegia el derecho a la vida; sin embargo, la jurisprudencia, en algunos aspectos, considera que la dignidad es tanto o más importante que la vida. No hay un consenso sobre el tema, pero desde un punto de vista ético, la resolución actual permite la transfusión³⁸.

En 2019, cinco años después del Dictamen CFM 12/2014³⁵, la Resolución CFM 1.021/1980³⁶ fue finalmente derogada por la Resolución CFM 2.232/2019⁶. Sin embargo, el artículo 3.º de la nueva resolución mantiene la comprensión exacta de la conducta que debe adoptar el médico en caso de riesgo inminente de muerte. Es decir, en situaciones límite, la transfusión puede hacerse incluso contra la voluntad del paciente⁶.

En el mismo año, ante la dificultad de establecer criterios sobre la primacía del derecho a la vida o a la autodeterminación (este vinculado a la dignidad de la persona humana), el Ministerio Público Federal (MPF) presentó la Alegación de Incumplimiento de Precepto Fundamental 618³⁹. Dicha demanda, entre otros puntos, cuestiona los alcances de la Resolución CFM 1.021/1980, solicitando la remoción del ítem 2 de la Opinión Procesal CFM 21/1980, adoptada como anexo a dicha Resolución, que prescribe: *En caso de peligro inminente de vida, el médico practicará la transfusión sanguínea, independientemente del consentimiento del paciente o de su responsable*³⁶. La racionalidad del MPF hace clara referencia a la autonomía de la voluntad, entendiéndolo que al preservar el poder de decisión del paciente, incluso en casos limitados, se respeta su dignidad, que puede prevalecer incluso cuando está en conflicto con el derecho a la vida.

Desde el punto de vista del paternalismo libertario, el rechazo del tratamiento con base en el argumento de que violaría la dignidad del paciente, también sería lícito, siendo el paciente el responsable de tal decisión. El médico, a su vez, podría desaconsejar tal conducta señalando consecuencias físicas y técnicas, pero no tendría derecho a imponer un tratamiento o procedimiento no consensual.

Tal conclusión, sin embargo, no impide que el médico se niegue a asistir al paciente y lo remita a otro profesional. Teniendo en cuenta los derechos fundamentales, que también protegen a los médicos y a todo el equipo hospitalario, Putz y Steldinger¹⁴ señalan que también debe respetarse la libertad de conciencia de los profesionales, siempre que no se trate de un caso de muerte inminente

y que el paciente pueda encontrar otro profesional capaz de atenderlo. En el mismo sentido, el inciso VII del Capítulo I del CEM establece: *El médico ejercerá su profesión de forma autónoma, no estando obligado a prestar servicios que contradigan los dictados de su conciencia ni a quienes no lo deseen, salvo en ausencia de otro médico, en caso de urgencia o emergencia, o cuando su negativa pueda causar daño a la salud del paciente*⁴⁰.

Esta situación fue incluso discutida por el TJRS en el Recurso Civil 70071994727⁴¹, en el que se discutió el conflicto entre la libertad profesional del médico y la libertad religiosa del paciente, garantizando el derecho de rechazo del profesional. En este caso, un paciente, Testigo de Jehová, con indicación de un procedimiento quirúrgico de resección transuretral de próstata, rechazó el tratamiento de transfusión de sangre, de ser necesario, por creencias religiosas. Ante esto, el anestesiólogo, por razones de conciencia y con base en el CEM³, se negó a participar en la cirugía.

Modificando la sentencia condenatoria, el TJRS⁴¹ confirmó el recurso de apelación interpuesto al declarar que el reclamo de indemnización no era apropiado. El tribunal determinó que, dada la ausencia de riesgo inminente de muerte y la posibilidad de derivación a otro profesional sin impedimentos moral e ideológico, la conducta del médico era lícita, siguiendo el ejemplo ya adoptado por el Supremo Tribunal Federal cuando se dictó la sentencia de la Apelación Interna en el Recurso Extraordinario con Apelación 988796⁴².

Consideraciones finales

En un escenario de rápida evolución científica, constante promoción de la autonomía y necesarios conocimientos técnicos por parte del médico, el paternalismo libertario se presenta como una opción viable para mantener un cierto grado de paternalismo sin renunciar al autogobierno y al derecho de elección del paciente. A pesar de las limitaciones del paciente en la toma de decisiones, especialmente con respecto a la falta de conocimientos técnicos y científicos, no se puede suprimir su autonomía, dando cabida a situaciones de violación de la dignidad.

Depende del médico, por lo tanto, el papel de arquitecto de elección, capaz de dar un nuevo sentido al deber de informar. El profesional comienza así a tener otra postura al transmitir información al

paciente, ya sea en el diagnóstico o en las diferentes etapas del tratamiento. Como se ha indicado, el médico no solo debe proporcionar toda la información necesaria y relevante al paciente, sino también asesorarlo e incluso indicar el tratamiento más adecuado de acuerdo con los parámetros técnicos y científicos, pensando, según la mejor práctica, cómo transmitir esta información.

De esta manera, el paciente será inducido o instigado (*nudged*) a una determinada conducta, pero sin que ese estímulo se convierta en coacción o imposición. Así, el paciente podrá tomar la mejor decisión, teniendo en cuenta no solo los aspectos técnicos, sino subjetivos y personales, habiendo respetado su autonomía y, en *ultima ratio*, su dignidad.

Referencias

1. Thaler RH, Sunstein CR. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. London: Penguin; 2009.
2. Thaler RH, Sunstein CR. Op. cit. p. 3. Tradução livre.
3. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019 [Internet]. Brasília: Conselho Federal de Medicina; 2019 [acesso 25 fev 2021]. Disponível: <https://bit.ly/3cvLk8R>
4. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.805, de 9 de novembro 2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou seu representante legal. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, p. 169, 28 nov 2006 [acesso 20 out 2019]. Seção 1. Disponível: <https://bit.ly/3pJADTF>
5. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.995, de 9 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, p. 269-70, 31 ago 2012 [acesso 20 out 2019]. Seção 1. Disponível: <https://bit.ly/3cAnokl>
6. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.232, de 17 de julho de 2019. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, p. 113-4, 16 set 2019 [acesso 3 nov 2019]. Seção 1. Disponível: <https://bit.ly/3ar9T46>
7. Kraut JA. *Los derechos de los pacientes*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; 1997.
8. Associação Médica Mundial. Declaração de Helsinki V [Internet]. 1997 [acesso 11 mar 2019]. Disponível: <https://bit.ly/2YCBw4H>
9. Sarlet IW, Molinaro CA. *Democracia: separação de poderes: eficácia e efetividade do direito à saúde no Judiciário brasileiro: Observatório do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas; 2011.
10. Organização Mundial da Saúde. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) de 1946* [Internet]. São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos; 2006 [acesso 30 mar 2019]. Disponível: <https://bit.ly/2YCHRNv>
11. Piovesan F, Dias R. Proteção jurídica da pessoa humana e o direito à morte digna. In: Godinho AM, Leite GS, Dadalto L, coordenadores. *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina; 2017. p. 55-77. p. 73.
12. Beauchamp TL, Childress JF. *Principles of biomedical ethics*. 5ª ed. New York: Oxford University Press; 2001.
13. Beauchamp TL, Childress JF. Op. cit. p. 66. Tradução livre.
14. Putz W, Steldinger B. *Patientenrechte am Ende des Lebens: Vorsorgevollmacht, Patientenverfügung, Selbstbestimmtes Sterben*. München: DTV; 2016.
15. Brock DW. *Life and death: philosophical essays in biomedical ethics*. New York: Cambridge University Press; 1993. p. 150. Tradução livre.

16. Kant I. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70; 1986.
17. Prediel C. Sterbehilfepolitik in Deutschland: Eine Einführung. Wiesbaden: Springer; 2015.
18. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, p. 90, 24 set 2009 [acesso 2 jun 2019]. Seção 1. Disponível: <https://bit.ly/3rgYquA>
19. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.222, de 23 de novembro de 2018. Corrige erro material do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/2018) publicado no D.O.U. de 1º de novembro de 2018, Seção I, p. 179. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 11 dez 2018 [acesso 2 jun 2019]. Seção 1. Disponível: <https://bit.ly/3r9M9bk>
20. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.226, de 21 de março de 2019. Revoga a Resolução CFM nº 1.649/2002, os artigos 4º e 5º e seu parágrafo único da Resolução CFM nº 2.170/2017 e altera o artigo 72 do Código de Ética Médica, que proíbem descontos em honorários médicos através de cartões de descontos e a divulgação de preços das consultas médicas de forma exclusivamente interna. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, p. 185, 5 abr 2019 [acesso 2 jun 2019]. Seção 1. Disponível: <https://bit.ly/2YCJOJJ>
21. Dadalto L, Savoi C. Distanásia: entre o real e o irreal. In: Godinho AM, Leite GS, Dadalto L, coordenadores. Tratado brasileiro sobre direito à morte digna. São Paulo: Almedina; 2017. p. 151-64. p. 154.
22. Azevedo AV, Ligiera WR, coordenadores. Direitos do paciente. São Paulo: Saraiva; 2012.
23. Fernandes MS, Goldim JR. Atividade médica em situações de final de vida e terminalidade: uma reflexão jurídica e bioética. In: Paschoal JC, Silveira MJ, coordenadores. Livro homenagem a Miguel Reale Júnior. São Paulo: GZ; 2014. p. 397-412. p. 399.
24. Brock DW. Op. cit.
25. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217. Op. cit. p. 19.
26. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217. Op. cit. p. 25.
27. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217. Op. cit. p. 27.
28. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217. Op. cit. p. 22.
29. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217. Op. cit. p. 25.
30. Dadalto L, Savoi C. Op. cit. p. 154.
31. Gawande A. Mortais: nós, a medicina e o que realmente importa no final. Rio de Janeiro: Objetiva; 2015.
32. Dadalto L, Savoi C. Op. cit. p. 157.
33. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217. Op. cit. p. 28.
34. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70032799041. Décima Segunda Câmara Cível. Direito privado não especificado. Testemunha de Jeová. Transfusão de sangue. Agravante: Heliny Cristina Lucas Alho. Agravado: Fundação Universidade de Caxias do Sul. Relator: Cláudio Baldino Maciel. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul [Internet]. 2010 [acesso 25 out 2019]. Disponível: <https://bit.ly/3cGhLkT>
35. Conselho Federal de Medicina. Parecer CFM nº 12, de 26 de setembro de 2014. Estabelece a necessidade da publicação de resolução sobre transfusão de sangue e a revogação da Resolução CFM nº 1.021/1980, após a elaboração de diretrizes técnicas pelas Sociedades Médicas de Especialidades com apoio de juriconsultos, em um prazo máximo de seis meses, determinantes dos limites e parâmetros da sua indicação e de seus componentes. CFM [Internet]. 26 set 2014 [acesso 10 dez 2020]. Disponível: <https://bit.ly/3pEUOIP>
36. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.021, de 26 de setembro de 1980. Adota os fundamentos do parecer anexo como interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes a recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, p. 75, 22 out 1980 [acesso 3 fev 2021]. Seção 1. Disponível: <https://bit.ly/36Dc5nP>
37. Conselho Federal de Medicina. Op. cit. 2014. p. 6.

38. Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais. Parecer CRM-MG n° 103, de 15 de junho de 2018. A transfusão sanguínea em situações iminentes de risco à vida está autorizada na Resolução CFM n° 1.021/1980. CRM-MG [Internet]. 2018 [acesso 10 dez 2020]. p. 7. Disponível: <https://bit.ly/3jahZIC>
39. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 618. Relator: Min. Nunes Marques. STF [Internet]. 2019 [acesso 15 jan 2019]. Disponível: <https://bit.ly/36GtvAe>
40. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica: Resolução CFM n° 2.217. Op. cit. p. 15.
41. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 70071994727. Décima Câmara Cível. Procedimento cirúrgico. Negativa do médico em prestar seus serviços. Apelante: Hospital Irmandade Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre. Apelado: Janoni Coraldino da Silva Rolim. Relator: Túlio de Oliveira Martins. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul [Internet]. 2017 [acesso 25 out 2019]. Disponível: <https://cutt.ly/Mkf5dT1>
42. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo Interno no Recurso Extraordinário com Agravo n° 988796. Consumidor. Plano de saúde. Cirurgia bariátrica. Recusa a transfusão de sangue. Cancelamento da cirurgia. Agravante: Alex Vieira dos Santos. Agravado: Amil Assistência Médica Internacional S.A. Relator: Min. Luiz Fux. STF [Internet]. 2017 [acesso 25 out 2019]. Disponível: <https://bit.ly/3rc9k40>

Andrei Ferreira de Araújo Lima - Estudante de doctorado - andrei@araujolimaemachado.com.br

 0000-0002-3153-9688

Fernando Inglez de Souza Machado - Magíster - fernando@araujolimaemachado.com.br

 0000-0002-7629-6552

Correspondencia

Andrei Ferreira de Araújo Lima - Rua Dom Pedro II, 817, Higienópolis CEP 90550-142. Porto Alegre/RS, Brasil.

Participación de los autores

Andrei Ferreira de Araújo Lima fue el responsable de la formulación inicial de los temas sobre los Testigos de Jehová, la no maleficencia y la beneficencia, el arquitecto de la elección y el respeto por el poder de toma de decisiones. Fernando Inglez de Souza Machado fue el responsable de la formulación inicial de la introducción, las consideraciones finales y los temas de consentimiento informado y paternalismo *versus* autonomía.

Recibido: 24.11.2019

Revisado: 5.1.2021

Aprobado: 7.1.2021