

México: Algunas reflexiones jurídicas y éticas de la “Guía Bioética de Asignación de Recursos de Medicina Crítica” del Consejo de Salubridad General.

Ante la pandemia provocada por el virus conocido como Covid-19 y la posible saturación de hospitales y la carencia de servicios médicos, el 11 de abril pasado el Consejo de Salubridad publicó vía twitter la llamada “Guía Bioética de Asignación de Recursos de Medicina Crítica”. A continuación presentamos algunas reflexiones jurídicas y éticas a raíz de la emisión de dicha Guía.

I. Introducción.

Ante la pandemia provocada por el virus conocido como Covid-19, el día 11 de abril pasado el Consejo de Salubridad General (“**CSG**”) publicó vía twitter la llamada “Guía Bioética de Asignación de Recursos de Medicina Crítica” (“**Guía**”). En un pie de página se da a entender que la Guía se funda en el artículo 73-XVI, 1a, 2a y 3ª de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cabe señalar que dicho CSG es un órgano regulado en dicho marco constitucional y que sus determinaciones deben publicarse en el Diario Oficial de la Federación.

Señala la Guía que en el caso de una posible saturación de hospitales y carencia de servicios médicos debido a la pandemia, las autoridades sanitarias darán prioridad a los pacientes jóvenes sobre los adultos mayores o sobre quienes padecen enfermedades crónicas, ya que los primeros tienen una “*mayor cantidad de vida por completarse*”.

La Guía define el concepto de “*mayor cantidad de vida por completarse*” de la manera siguiente: “*una vida por completarse se debe de entender como aquella que aún no ha pasado por los diferentes estados de desarrollo bio-psico-social humanos (infancia, adolescencia, edad adulta, vejez)*”. La Guía descarta expresamente el criterio clínico que antes se tomaba en cuenta: darle prioridad al paciente que tiene mayor “*necesidad médica*”, al margen de la edad.

En otra de sus partes la Guía señala que: “*en caso de que se soliciten suspensiones por vía de amparo respecto de las decisiones tomadas con apego a la presente guía, las mismas deberán ser denegadas*”.

A raíz de la publicación de la Guía el día 11 de abril a través del tuit mencionado, la Universidad Nacional Autónoma de México (“**UNAM**”) se deslindó de la misma por no haber sido convocada a su discusión ni a su aprobación.

Por otro lado, presumiblemente con motivo del deslinde de la UNAM, el día 16 de abril de 2020, el CSG, en un comunicado, señaló que la Guía era un “proyecto”, y que en su caso, una vez aprobada, se publicaría en el Diario Oficial de la Federación.



II. Inconstitucionalidad de la Guía.

El contenido de la Guía carece de debida fundamentación y motivación, establece el criterio discriminatorio de la “*mayor cantidad de vida por completarse*” y la denegación de la suspensión de amparo. Por ello, se presentan bases sólidas para sostener que se violan los artículos 1, 4, 16, 49 y otros de la Constitución Federal que se citan en lo conducente a continuación:

Artículo 1. *"En los Estados Unidos Mexicanos **todas las personas** gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece".*

...

*"Queda prohibida **toda discriminación** motivada por origen étnico o nacional, el género, **la edad, las discapacidades**, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas".*

Artículo 4. ...

*"**Toda persona tiene derecho a la protección de la salud.** La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución".*

Artículo 16. *"**Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.**"*

La supuesta fundamentación del pie de página de la Guía, en el artículo 73-XVI, 1a, 2a y 3a, de la Constitución, carece de sentido pues se refiere el mismo a la estructura constitucional básica del CSG. Además, no hay motivación legal argumentativa que justifique la Guía.

Por su parte, el artículo 49 del mismo ordenamiento Constitucional señala que: *"El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. **No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación**, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar".*

Además de los citados preceptos constitucionales, la Guía también viola tratados y convenciones internacionales de Derechos Fundamentales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos 7 y 25 que amparan la no discriminación de persona alguna:



Artículo 7. **"Todos son iguales ante la ley** y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal **discriminación**".

Artículo 25.1. "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, **la salud** y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, **la asistencia médica** y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

III. Ilegalidad de la Guía.

Ni la Ley General de Salud en su artículo 17 que establece las competencias del CSG ni su Reglamento Interior (artículo 9), le otorgan facultades para establecer dicho criterio discriminatorio basado en la edad del paciente, ni para invadir la competencia de los tribunales de amparo; más aún, aunque lo facultaran, dichas facultades serían inconstitucionales.

Nuestro régimen constitucional establece el principio de facultades expresas para todas las autoridades. Los artículos 9 y 17 citados en el párrafo anterior solamente facultan al CSG a opinar y sugerir en tal materia:

Artículo 17- VII de la Ley General de Salud. "Rendir opiniones y formular sugerencias al Ejecutivo Federal tendientes al mejoramiento de la eficiencia del Sistema Nacional de Salud y al mejor cumplimiento del programa sectorial de salud".

Artículo 9-V. del Reglamento Interior del CSG. "Rendir opiniones y formular sugerencias al Presidente de la República tendientes al mejoramiento de la eficiencia del Sistema Nacional de Salud y al mejor cumplimiento del programa sectorial de salud".

IV. Probables efectos legales en quienes apliquen la Guía y sus criterios (peritos habilitados por Guía (triaje) y médicos tratantes).

Hay bases sólidas para sostener que quienes aplicaran los criterios contenidos en la Guía para discriminar pacientes y definir quién tiene derecho al ventilador (peritos habilitados y médicos tratantes) podrían ser sujetos activos de delitos. Las víctimas o los familiares de las mismas podrían presentar denuncias penales ante el ministerio público por tales conductas como ya está sucediendo en Italia, en donde se ha utilizado el criterio de la edad para discriminar a ancianos, causando su muerte, tipificando así el delito de homicidio.

Por otro lado, pensamos que no habría fundamento para que dichos aplicadores del criterio pudieran argumentar como causa de exclusión de delito, el "cumplimiento de un deber". Es claro el artículo 15 del Código Penal Federal en su fracción VI al establecer que:



"El delito se excluye cuando: VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro".

No habría tal deber jurídico pues la Guía contraría principios, derechos y normas constitucionales y legales como antes hemos señalado. Además, el criterio de la edad por su naturaleza utilitarista y no clínica, impide que se dé la existencia de dicha necesidad racional.

Por otro lado, en caso de que los peritos habilitados y los médicos optaran por no seguir tal criterio de la edad, por razones de conciencia, se podría llegar al absurdo de considerarlos objeto de sanciones por parte de las autoridades sanitarias que instrumentan la Guía. Vaya problema jurídico en el que el CSG ha involucrado al país y, en particular, a los responsables de administrar y proporcionar salud a la población de México.

V. Algunas reflexiones éticas de la Guía.

Ante el terrible dilema que se presenta por la necesidad de racionar recursos médicos, dilema que no debiera darse en un régimen verdaderamente democrático y de justicia, **surgen para todo jurista, para abogados y abogadas comprometidos con lo justo de cada quien**, cuestionamientos no solo jurídicos sino éticos como ¿qué hacer? ¿a quién negarle y a quién no, los recursos médicos y bajo qué criterio? ¿qué es lo ético, justo y humano?

La Guía expresamente sigue el criterio discriminatorio de la "*mayor cantidad de vida por completarse*". Se decanta entonces por un criterio utilitarista de corte económico y de productividad; es el péndulo negativo de la filosofía de Jeremy Bentham.

Se trastocan por ende, principios éticos humanistas. Se descarta el justo criterio clínico de atender al paciente de acuerdo a "*la mayor necesidad médica y al mejor prospecto de buen resultado médico*", con independencia de la edad. Es decir, no se considera a los más necesitados y vulnerables que se puedan beneficiar del tratamiento respectivo.

El criterio sustentado en la Guía es discriminatorio en perjuicio de los ancianos. Tal criterio vulnera su dignidad al descartarlos por motivos de su nula o poca productividad, desdeña la memoria, historia, sabiduría, antecedentes y dignidad que representan, atenta contra sus derechos fundamentales arruinando así la dignidad humana y devaluando la vida a niveles infrahumanos propios de totalitarismos.

En contrasentido, el criterio que ha sido defendido por médicos y juristas humanistas, el de "*mayor necesidad médica y mejor perspectiva de un buen resultado médico*", es el que debería observar la Guía. Tal criterio de la "*mayor necesidad médica*" es el justo por su naturaleza clínica, no mercantilista, humanista y no discriminatorio.

La calidad de vida solamente puede ser definida humanamente por el paciente mismo y por nadie más, aunque tenga limitaciones por ser anciano.



Si bien los jóvenes son el futuro, el porvenir de nuestra sociedad y esperanza para la continuidad de la especie humana, los ancianos, nuestros viejos, son la tradición, la viva historia, la memoria, la experiencia. Descartarlos por la mera circunstancia de la edad, mina los cimientos de la patria y viola los deberes que impone la moral social. Quién más requiere apoyo y cuidado es el más vulnerable, independientemente de su edad.

En otras palabras, la edad nunca debería ser el criterio de exclusión de los pacientes que deberían ser atendidos ante la presente crisis. Peter Breen de la Sociedad Tomás Moro en los Estados Unidos, ha señalado: *"es horrorífico pensar en la simple idea de que se le retire el cuidado médico a una persona por ser anciana; ello equivale a dar un paso gigantesco en la devaluación de cada vida humana en los Estados Unidos"*.

Es urgente un debate sobre estos temas de trascendencia inusitada. Es de desearse que se rectifique el contenido de la Guía y se expida en su caso, conforme a derecho y sin agravio al derecho, ética y moral social.

Ricardo Chacón López Velarde
Mauro González-Luna Mendoza

Ciudad de México, 19 de abril de 2020.