

LA DECISIÓN CLÍNICA EN UNA SITUACIÓN DE PANDEMIA

*THE CLINICAL DECISION IN A PANDEMIC SITUATION*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 154-163*



Valerio  
ROTONDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

**RESUMEN:** El trabajo analiza el impacto de la pandemia del COVID-19 sobre el sistema nacional de salud, con particular referencia al papel de los profesionales sanitarios en la gestión del paciente durante el estado de emergencia y a la posibilidad de limitar el acceso a los tratamientos de los pacientes contagiados en atención a la escasez de recursos técnicos y humanos. Las reflexiones tienen también en cuenta las recomendaciones y dictámenes de instituciones y el papel de la profesión sanitaria en la gestión de la emergencia.

**PALABRAS CLAVE:** Decisión clínica; Triage pandémico; cuidados paliativos; protección del paciente.

**ABSTRACT:** *The contribution analyzes the impact of the COVID-19 pandemic on the national health system with particular reference to the role of the health care professional in patient management during the emergency state and the possibility of limiting, in view of the scarcity of technical and human resources, access to treatment of sick patients. The reflection takes into account, at the same time, the recommendations and opinions provided in this regard by institutional subjects and the role of the healthcare professional in the emergency management of the patient.*

**KEY WORDS:** *Clinical decision; pandemic triage; palliative care; patient protection.*

I. *Delimitación del objeto de estudio.* La Organización Mundial de la Salud el 9 de enero de 2020 declaraba el descubrimiento por parte de las autoridades sanitarias chinas de una cepa de coronavirus, nunca antes identificada, denominada SARS-CoV-2, conocida también como COVID-19. El 30 de enero la misma Organización afirmaba que la epidemia del COVID-19 era una emergencia de salud pública de carácter internacional y el día posterior el Consejo de Ministros del Gobierno italiano, en virtud de los arts. 7, párrafo 1º, letra c, y 24, párrafo 1º, del Decreto Legislativo de 2 de enero de 2018, declaraba el estado de emergencia nacional, por una duración de seis meses, en consideración del riesgo sanitario derivado de la aparición de patologías procedentes de agentes víricos transmisibles. El 11 de marzo, conocida la difusión del virus en 117 países, la OMS consideró el contagio internacional como consecuencia del nuevo coronavirus una pandemia (Boletín Oficial núm. 26, del 1 de febrero 2020; “Medidas sobre la emergencia del coronavirus-Cuadro General”, 30 abril 2020, [camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1203754.pdf](https://camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1203754.pdf)).

Más allá de la heterogeneidad de las medidas jurídicas adoptadas por cada Estado para hacer frente a la emergencia sanitaria derivada de la difusión de la pandemia, el Gobierno de Italia –de acuerdo el art. 32 Const.–, pero, más en general, con el principio personalista que conforma el ordenamiento jurídico italiano- ha tomado medidas de contención que, si bien han incidido de manera determinante sobre los derechos y libertades garantizados por la Constitución, se han inspirado exclusivamente en la finalidad de preservar y proteger la salud de las personas (cfr. PERLINGIERI P.: “Il diritto alla salute quale diritto della personalità”, *Rassegna di diritto civile*, 1982, p. 1020 ss., posteriormente, en PERLINGIERI P.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 101 ss.; PERLINGIERI P.: *La Personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 13; PANTALONE P. e DENICOLÒ M.: “Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze esistenziali”, *Il diritto dell'economia*, núm. 1, 2020, p. 125; CUOCOLO L.: “I diritti costituzionali di fronte all'emergenza COVID-19. Una prospettiva comparata”, *federalismi.it*, pp. 12-150).

En el aspecto sanitario la pandemia derivada del SARS-CoV-2 tiene tintes dramáticos. En Italia, desde los primeros días de su difusión, se ha puesto de manifiesto la inadecuación del sistema de salud nacional para reaccionar frente a la repentina difusión del virus entre la población. El insuficiente número de dotaciones técnicas (dispositivos de protección individual, hospitales, camas y respiradores artificiales) y la escasez de personal sanitario para afrontar el extraordinario

• Valerio Rotondo

Doctor en Derecho Privado, Università degli Studi del Molise. Correo electrónico: vrotondo@hotmail.it

número de enfermos han sido los principales problemas con los cuales han tenido que lidiar los encargados de gestionar la emergencia sanitaria (cfr. las medidas tomadas por los Decretos-Leyes de 9 de marzo de 2020, núm. 14, y de 17 de marzo de 2020, núm. 18).

El estado de emergencia ha trastocado la organización sanitaria del país, tanto desde un punto de vista técnico-logístico (reclamando la construcción de hospitales *ad hoc* y la contratación de personal sanitario sin atenerse a la legislación vigente, como desde un punto de vista estrictamente clínico-médico), de modo que se comprende que los sanitarios hayan debido adoptar decisiones determinantes para la salud de los pacientes, dictadas, exclusivamente, por las circunstancias urgentes del momento. Dichas medidas han llevado a algunas instituciones (Comité Nacional de Bioética y Sociedades representativas del ámbito médico) a reflexionar sobre la necesidad limitar el acceso a tratamientos de enfermos, dada la escasez de recursos disponibles, contemporizando el deber de máxima protección de cada paciente con los objetivos generales de salud pública.

En consideración al impacto de la pandemia del COVID-19 sobre el conjunto del sistema sanitario nacional, este trabajo se centrará en el tratamiento de los pacientes afectados por el Coronavirus; de modo particular, en los criterios de atribución de los recursos disponibles y en el papel del sanitario al acompañar al paciente al tomar una decisión consciente en relación a recibir cuidados paliativos (art. 2, párrafo 2º, de la Ley de 22 de diciembre de 2017, núm. 219, sobre Normas en materia de consentimiento informado y voluntades anticipadas).

**2.** *La gestión de la emergencia en el acceso a los tratamientos: las “Recomendaciones de Ética Clínica para la admisión de tratamientos intensivos” de la Sociedad italiana de Anestesia, Analgesia, Reanimación y Terapia intensiva: crítica.* Uno de los aspectos dramáticos a los que se ha debido hacer frente durante el máximo periodo de difusión del virus, cuando los hospitales se encontraban próximos al colapso, en especial en las ciudades del Norte de Italia, ha sido el de la asignación de los recursos sanitarios disponibles para enfrentarse el creciente número de pacientes infectados. Así, la carencia de camas en unidades de vigilancia intensiva y de respiradores artificiales ha hecho surgir la pregunta de si era oportuno seleccionar las personas que debían ser atendidas y la cuestión de cuáles serían los criterios para –en su caso– realizar la selección.

Dada la inexistencia de indicaciones por parte del Estado, el problema ha sido afrontado por la *Sociedad italiana de Anestesia, Analgesia, Reanimación y Terapia intensiva* (Siaarti), que, con el fin de “ofrecer un soporte profesional y científico a quien debe tomar decisiones difíciles y doloras”, el 6 de marzo de 2020; ha

publicado las “Recomendaciones de Ética Clínica para la admisión de tratamientos intensivos y para su suspensión, en condiciones excepcionales de desequilibrio entre necesidad y recursos disponibles”. En tales recomendaciones, teniendo en cuenta que cada sanitario puede encontrarse en la tesitura de tener que tomar inmediatamente decisiones difíciles desde un punto de vista ético y jurídico, se han definido criterios con base en los cuales efectuar decisiones relativas a la admisión en unidades de tratamiento intensivo en el caso de que los recursos disponibles no pudieran satisfacer las necesidades de todos los pacientes. (PALAZZANI, L.: “La Pandemia e il dilemma per l’etica. Quando le risorse sono limitate: chi curare”, *Biolaw journal*, núm. 2, 2020; CONTE, L.: “COVID-19; “Le Raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI. Profili di interesse costituzionale”, *federalismi.it*, 1 abril 2020, pp. 2 ss.). Dado su eco social se impone su consideración por parte del estudioso (cfr. ANELLI, F.: “*Coronavirus. Fnomceo sul documento anestesisti: Nostra guida resta Codice deontologico. Non dobbiamo metterci nelle condizioni di applicare questi inaccettabili triage di guerra*”, *Quotidiano sanità*, 8 marzo 2020; MORI, M.: “*Le Raccomandazioni degli anestesisti e la fine dell’eguaglianza ippocratica*”, *ivi*, 13 marzo 2020; BALISTRERI, M.: “*Gli anestesisti e la legge del mare: Prima le donne e i bambini*”, *ivi*, 15 marzo 2020; COZZOLI, M.: “*A chi dare la precedenza? Riflessioni etiche sulle Raccomandazioni della Siiarti*”, *ivi*, 19 marzo 2020).

Dejando aparte las vagas y genéricas referencias a conceptos como “adecuación clínica”, “proporcionalidad de las curas”, “justicia distributiva”, que, si no se definen, resultan vacíos de contenido, parece que el desequilibrio entre las necesidades clínicas de la población y la efectividad de los recursos para los tratamientos intensivos sea resuelto por la Siiarti en clave meramente utilitarista.

En el documento, de hecho, se dice que, en un contexto de carencia de recursos sanitarios, la elección debe ir orientada en favor de garantizar los tratamientos que tengan “mayor posibilidad de éxito terapéutico”, privilegiando la “mayor esperanza de vida”, basándose en la consideración del “first come first served”. En particular, en la Recomendación núm. 3, se explicita la posibilidad de poner un límite de edad para los ingresos y en la núm. 4 que la presencia de enfermedades añadidas a la edad, potencialmente, puede dar lugar a un mayor consumo de recursos en el caso de pacientes ancianos, frágiles o con enfermedades severas.

A este respecto no puede dejar de evidenciarse que la misma terminología empleada, de clara impronta patrimonial-consumista, se adapta mal a un discurso argumentado sobre la categoría del “ser” y no, sobre la del “tener”, pero que, si el fin último de las Recomendaciones es el de incentivar el tratamiento del paciente con mayor esperanza de vida, no se comprende el motivo por el cual se especifica la posibilidad de limitar el ingreso en virtud de la mera edad, ya que no

es razonable excluir apriorísticamente que el paciente más anciano no sea quien tiene mayor posibilidad de sobrevivir.

No pudiendo expresar en estos momentos mis propias dudas y reservas sobre la eficacia de dichas Recomendaciones y, más en general, sobre el papel de las líneas guía y de la legitimidad de sus autores (sobre este punto CARIMINI, F.: *Ars medica e tutela del paziente*, Napoli, 2019, p. 120), se considera que la aproximación utilitarista adoptado por la Siaarti en la solución del problema de la asignación de recursos no solo no convence, sino que, además, puede estar en contra del principio personalista que conforma nuestro ordenamiento jurídico, el cual asume que la persona es su valor máximo y su tutela el principio constitucional supremo, existiendo un derecho fundamental a la salud, ámbito inviolable de su dignidad, tal y como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina (cfr. arts. 2, 3, 13, 32 Constitución italiana; PERLINGIERI P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, pp. 433 y 728; sobre la aproximación realizada por la Siaarti en relación al modelo personalista sobre el cual se funda la Constitución: di COSTANZO, C., ZAGREBELSKY, V.: "L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative", *Biolaw Journal*, núm 2, 2020; D'AVACK, L.: "COVID-19: criteri etici", *ivi*).

La procedencia de estas consideraciones se confirma, no solo por la legislación ordinaria (Ley que instituye el Servicio Nacional de Salud, de 23 de diciembre de 1978, núm. 833), que en su art. 1 especifica que el mantenimiento y la recuperación de la salud física y psíquica de toda la población debe ser perseguida sin distinción de condiciones individuales o sociales, de manera que se asegure la igualdad de los ciudadanos en relación a los servicios, sino también por el código deontológico médico, conforme a cuyo art. 6 "El médico busca el uso óptimo de los recursos [...] rechazando toda forma de discriminación en el acceso a las curas". La "respuesta" a la carencia de recursos dada por la Siaarti, contenida en sus Recomendaciones, además de ser cuestionable, no puede ser compartida, si se tienen en cuenta los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Ésta, en varios fallos, precisamente, en materia de asignación de recursos en el ámbito sanitario, ha declarado que "la tutela del derecho a la salud no puede no sufrir las limitaciones que el mismo legislador tiene en la distribución de sus recursos financieros y que, en la ponderación realizada por el legislador", este no puede un asumir "un peso tan preponderante que comprima el núcleo irreductible del derecho a la salud protegido por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana", que impone una plena y exhaustiva tutela (*ex multis*, Corte cost., 16 julio 1999, núm. 309, *Giur. cost.*, 1999, p. 2500, con comentario de PRINCIPATO, L.: "Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?").

**3.** Sigue. El dictamen del Comité Nacional de Bioética en materia de decisión clínica en condiciones de ausencia de recursos. A la publicación de las Recomendaciones de la Sociedad italiana de Anestesia, Analgesia, Reanimación y Terapia intensiva ha seguido, en fecha de 8 de abril, el Dictamen del Comité Nacional de Bioética que, sobre la misma cuestión del acceso a los tratamientos en situaciones de recursos limitados en el contexto de emergencias sanitarias, se ha expresado, con correcto fundamento en los parámetros constitucionales.

El Comité, teniendo en cuenta los arts. 2, 3, 32 Const., punto de referencia del Dictamen, incluso en situaciones de emergencia como las ocasionadas por la pandemia, identifica el criterio “clínico” como el más adecuado –y, por tanto, el único- con base en el cual poder tomar decisiones (Comité Nacional de Bioética: “COVID-19: La decisión clínica en situaciones de carencia de recursos y el criterio del Triaje en emergencia pandémica”, *bioetica.governo.it*, 8 abril 2020). Al mismo tiempo, no deja de precisar, a diferencia de lo indicado en las Recomendaciones Siaarti, que cualquier otro criterio basado en la “edad, sexo, condición y papel en la sociedad, raza, discapacidad, responsabilidad respecto a los comportamientos que han originado la patología y los costes” resultan “inaceptables”, conforme a nuestra Constitución. ¿Cuál es entonces la respuesta dada en la práctica por el Comité de Bioética?

El Comité, excluyendo una aproximación objetivista, no impide el tratamiento a ningún enfermo, pero, sobre la base del modelo del triaje, ya normalmente en uso en ausencia de situaciones de emergencia sanitaria, considera el “Triaje en emergencia pandémica” el instrumento a través del cual se satisface razonablemente y, caso por caso, las necesidades de todos los usuarios, conciliando al mismo tiempo el deber de máxima tutela de cada paciente con los objetivos generales de salud pública (PERLINGIERI, G.: *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el derecho civil*, Madrid, 2016, p. 14). Adecuación clínica o valoración proporcionada del tratamiento en relación con la gravedad de la manifestación de la enfermedad y la posibilidad pronosticada de sanación de cada paciente, y actualidad, o valoración individual del enfermo, desde la perspectiva más amplia de la “comunidad de pacientes” (que comprende no solo los presentes físicamente en el servicio de emergencias, sino también los asistidos con respiración artificial y los que permanecen en su propio domicilio en condiciones críticas conocidas). De lo dicho resulta que, en opinión del Comité de Bioética, cuando sea necesario graduar el acceso a los tratamientos, la prioridad será establecida siguiendo los criterios indicados, valorando respecto de qué pacientes el tratamiento puede resultar más eficaz y presenta más garantías de supervivencia, lo que no presupone la exclusión apriorística de una categoría determinada y, además, no excluye el acceso a otro tipo de tratamientos.

**4.** *La centralidad del papel del profesional sanitario en el acompañamiento del paciente en orden a realizar una elección consciente para hacer frente a la patología del COVID-19: el papel de los cuidados paliativos y el art. 2, párrafo 2º, de la Ley de diciembre de 2017, núm. 219.* El dictamen del Comité Nacional de Bioética llama la atención a sus interlocutores sobre la importancia de la terapia del dolor y de los cuidados paliativos para hacer frente al sufrimiento que potencialmente acompaña a la muerte de los pacientes afectados por insuficiencias respiratorias (típicas en los enfermos por el virus), pero también cuando los mismos pacientes hayan renunciado a tratamientos invasivos para salvar sus vidas.

Desde una óptica de personalización de los tratamientos, el Comité, sin citarlo expresamente, hace suyo el contenido del art. 2 de la Ley de 22 de diciembre de 2017, núm. 219, en materia de consentimiento y de disposiciones de última voluntad. Dicha norma obliga al médico a aliviar los sufrimientos del paciente, también cuando este haya rechazado o revocado el consentimiento para el tratamiento sanitario; y, en los casos en que exista un pronóstico negativo que prevea un desenlace próximo o de muerte inminente, le impide incurrir en una obstinación terapéutica, suministrando tratamientos inútiles o desproporcionados; además, cuando exista un sufrimiento que no pueda aliviarse con el tratamiento médico, le permite, con el consentimiento del paciente, proceder a su sedación paliativa profunda continua, junto a la terapia del dolor (cfr. párrafos 1º y 2º).

La norma, pensada sin duda para maximizar la tutela de la persona humana y hacer efectiva la protección prevista por los arts. 2, 3, 13, 32 Const., además de por los arts. 1 a 3 de la Carta de derechos fundamentase de la Unión Europea, se propone prestar asistencia al paciente no susceptible de sanación, pero sí de tratamiento, considerando, caso por caso, las necesidades concretas de quien se encuentra en una situación de indiscutible vulnerabilidad (FEMIA, P.: "Sedazione palliativa profonda continua e soggettività morente", in *Ann. Sisdic*, núm. 2, 2019, p. 93; AMATO, S.: "Abbandono terapeutico, ostinazione irragionevole e sedazione profonda", in *Nuove leggi civ. comm.*, núm. 1, 2019, p. 179; FERRARA, A.: "Eutanasia e COVID-19. Perché l'espansione della pandemia del secolo richiede un'urgente riflessione in merito ad eutanasia ed assistenza al suicidio", in *Biolaw journal*, núm 2, 2020). Al garantizar la continuidad asistencial del paciente con mal pronóstico, proponiéndose suministrarle la mejor asistencia posible, remarca la prohibición de abandono terapéutico (art. 39 del Código deontológico médico) y la necesidad de proteger y promover la calidad de vida hasta su fin, imponiendo al mismo tiempo al profesional sanitario una valoración proporcionada del tratamiento en relación con la gravedad de los síntomas de la patología, lo que impide considerar al paciente un "mero objeto del tratamiento" (RESCIGNO P.: "Valori, modelli, politica", en RESCIGNO P.: *Danno da procreazione*, Milano, 2006, p. 20), sino un sujeto a quien corresponde el derecho a decidir libremente sobre su salud e integridad



psico-física (cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica: "Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte", *bioetica.governo.it*, 29 enero 2016; Ley de 15 de marzo de 2010, núm. 38, sobre Disposiciones para garantizar el acceso a los cuidados paliativos y la terapia del dolor; DE PANFILIS, L., TANZI, S., COSTANTINI, M.: "Il processo decisionale per le cure intensive in situazioni di emergenza: l'etica medica e le cure palliative ai tempi del COVID-19", *Biolaw journal*, núm. 2, 2020).

**5. Reflexiones conclusivas.** Lejos de poder dar una respuesta resolutive a los problemas atinentes a la asignación de recursos en tiempos de emergencia, se considera que el impacto de la pandemia originada por el COVID-19 sobre el entero sistema nacional de salud y, más en general, las dificultades surgidas en la fase de emergencia en la ponderación de los derechos constitucionalmente garantizados, plantean al jurista desafíos ineludibles, que no se agotan en la búsqueda, en el marco de los valores y principios del ordenamiento jurídico, de un razonable punto de equilibrio entre protección de la salud, personalización de los tratamientos y asignación de los recursos, sino que, más bien, se sitúan en el ámbito de la continua reflexión inherente a los derechos de la persona.

La necesidad de deber meditar "sobre a quién curar, cómo curarlo y si curarlo", impuesta por las carencias del sistema estatal, imponen al jurista la obligación de ampliar el propio razonamiento y de reflexionar, de manera más incisiva, sobre el respeto de la personalidad de enfermo y, en el plano de la autodeterminación terapéutica, sobre la cuestión de las opciones atinentes al final de la vida. Cada vez con mayor frecuencia se plantea al estudioso la necesidad de examinar, no tanto, la eliminación del sufrimiento del paciente, sino el problema de la determinación de la propia muerte a través de una manifestación de voluntad. Esto significa preguntarse sobre la posibilidad de conferir al propio paciente la posibilidad de morir más rápidamente, con mayor serenidad y menor dolor, sin tener que sufrir un proceso terminal más lento y cargado de sufrimientos. Como es sabido, la legislación vigente no permite al personal sanitario poner a disposición del paciente tratamientos encaminados, no a eliminar sus sufrimientos, sino a producir su muerte. Se considera, pues, necesario, tal y como resulta del reciente fallo de la Corte Constitucional de 22 de noviembre de 2019, núm. 242, continuar la reflexión sobre la llamada prohibición absoluta de ayuda al suicidio y, en particular, sobre si la falta de su previsión no acabe por limitar de manera irrazonable la libertad de autodeterminación del enfermo en la elección de las terapias, comprendidas las orientadas a liberarlo de sus sufrimientos que hoy imponen una única y exclusiva forma de desprenderse de la vida (cfr. Corte cost., 22 noviembre 2019, n. 242, in *Foro it.*, 2020, I, cc. 829 ss., con comentario de ROMBOLI, R.: "La Corte costituzionale decide con sentenza il «caso Cappato» e supera l'ostacolo «insormontabile»

approvando essa stessa la disciplina dell'aiuto a morire"; FERRARA, A.: "Eutanasia e COVID-19. Perché l'espansione della pandemia del secolo richiede un'urgente riflessione in merito ad eutanasia ed assistenza al suicidio", cit.).