

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21



TRABAJO FINAL DE GRADO

**“LA IMPORTANCIA DE UN INSTRUMENTO LEGAL QUE LIMITE EL
EJERCICIO TERAPEUTICO ABUSIVO EN PACIENTES
TERMINALES”**

CARRERA: ABOGACIA

TUTORES: DRA. PAULA ALTAMIRANO – DR. FEDERICO MIGUEL

ALUMNA: MORAN, FANNY JULIETA

DNI: 25.457.400

LEGAJO: VABG 6937

MAYO 2012

RESUMEN

La atención médica al final de la vida ha sido un tema largamente debatido en las sociedades de todos los tiempos y ha incluido conflictos éticos y jurídicos. La muerte es una realidad humana que nos alcanza a todos, es la última parte de la vida. Todos vamos a morir por lo tanto parece necesario que las sociedades busquen los consensos necesarios para que las personas vivan y mueran con dignidad.

Los avances tecnológicos aplicados a la medicina han tenido un doble efecto, en algunos casos han ayudado a prolongar y mejorar la calidad de vida, pero en otros sólo han agregado sufrimiento cuando han sido aplicados con obstinación, lo que ha despertado la toma de conciencia por parte de los pacientes de que tienen derecho a aceptar o rechazar estos tratamientos. Es así que cuestiones que involucran derechos como el rechazo a los tratamientos que constituyen el soporte técnico para mantener artificialmente la vida, el consentimiento informado del paciente, el derecho a ser informado de su estado de salud, el derecho a aceptar o rechazar un tratamiento, el derecho a declarar su voluntad anticipada, derecho que su voluntad sea respetada, la responsabilidad de los equipos de salud, han sido determinantes para la sanción de la ley de Muerte Digna. Todas las personas tienen derecho a la plena dignidad en el proceso de la muerte.

Palabras Claves: vida y muerte digna – calidad de vida – sufrimiento – obstinación terapéutica - voluntad anticipada.

ABSTRACT

Care of end-of-life process is an old debate in societies of all times. Among the many factors contributing to this phenomenon there are two particularly relevant: medical technology advances and growing awareness of individuals of their right to control their own health. Together these factors gave rise to the field of Bioethics. Refusal of mechanical treatments to support life artificially, informed consent, limitation of therapeutic efforts, the guarantee for medical professionals in order to protect them from

being accused of criminal offenses, are matters that have contributed to highlight the strong need for a regulatory framework that clarifies the regulations applied to end-of-life decisions. All human beings have the right to be respected in their dignity in the end-of-life process.

Key Words: dignity in life and death - awareness of individual rights - artificially support of life – informed consent – limitation of therapeutic efforts – regulatory framework

INTRODUCCION

Ciencia y Tecnología son dos campos que desde poco más de la mitad del siglo XX y hasta nuestro días nos han sorprendido con sus avances vertiginosos e ininterrumpidos en sus descubrimientos, en sus invenciones y aplicaciones de nuevos métodos y aparatología que pueden ser utilizados por las distintas disciplinas para lograr mayor efectividad en sus propósitos.

Un claro ejemplo de ello lo constituye la ciencia médica la que, gracias a los avances farmacológicos, puede tratar enfermedades que hasta no hace mucho tiempo eran diagnosticadas como incurables y sus portadores sumidos en la desesperanza total.

Lo mismo sucede con los avances técnicos gracias a los cuales la medicina se ha visto munida de aparatología que le permite contar con posibilidades como la determinación certera de ciertas patologías, la posibilidad de adelantar diagnósticos, el reemplazo con material ortopédico de partes del cuerpo , entre otras.

Sin embargo no todo es bueno y beneficioso ya que este maravilloso avance tiene un costado que, si no es advertido a tiempo, puede hacer caer a quienes se sirven de él en un uso desmedido que lejos de proporcionar un beneficio al destinatario, es decir al paciente, lo coloque en una situación de sufrimiento o indignidad no deseada.

A diario se plantean problemas de índole ético ante el cuidado de los pacientes, dado que el médico siempre ha estado y está dedicado a la búsqueda del bien de sus pacientes. Por la posición de preeminencia en la que está el facultativo, con respecto a sus pacientes, en razón de sus conocimientos en primer término y en cumplimiento de sus deberes en segundo lugar, ha asumido a lo largo de la historia una actitud paternalista que le ha permitido prescindir de la opinión de sus pacientes y los terceros que rodean a estos pacientes.

El fundamento de este comportamiento, que ha formado parte de la tradicional relación médico-paciente, se encuentra en el principio de beneficencia al enfermo, por el cual el médico asume una posición paternalista desde la cual beneficia o evita el daño a sus pacientes atendiendo sólo a los valores y criterios de su profesión, sin reparar o considerar la opinión o el deseo de sus pacientes entendiendo que no es necesario informar ni pedir sus consentimientos, los que incluso pueden ser pasados por alto.

El objetivo del médico no es sólo salvar vidas y curar enfermedades, también debe ser capaz de reconocer en qué momento debe renunciar a ello y reorientar sus esfuerzos para aliviar el sufrimiento, consolar al paciente y ayudarlo a morir con dignidad.

El presente trabajo, en adelante Trabajo Final de Grado (TFG), tiene como finalidad realizar una revisión sobre el dilema bioético que plantea el derecho a una muerte digna, evitando el encarnizamiento o también llamado ensañamiento terapéutico, y el análisis de la ley 26742 de Muerte Digna, de reciente sanción.

Por un lado no deben utilizarse métodos extraordinarios para prolongar la vida de pacientes terminales y por el otro, es fundamental que deje de pronunciarse la frase “no hay nada más por hacer” acudiendo en cambio, a los cuidados paliativos hoy llamados cuidados del final de la vida que, sin dejar de asistir al enfermo, lo ayudan a un buen morir.

El objetivo es demostrar si la recientemente sancionada ley brinda el marco legal adecuado, en el sentido de proporcionar al paciente la posibilidad de poder decidir si desea ser sometido a terapias o tratamientos que, basados en el avance del arte de curar, no garantizan la cura o recuperación y sólo significan la prolongación del estado de agonía sin poder impedir la muerte.

A través de la investigación del estado del arte que se trata se plantea evidenciar que, si bien el profesional de la medicina persigue mantener la salud de los pacientes, cuidar y salvar sus vidas, que ha realizado un juramento que no debe ser violado, también debe comprender que existe un límite que tampoco debe ser vulnerado y éste se encuentra en la autonomía del paciente que no desea ser sometido a determinados tratamientos que no le garantizan una sobrevivencia de calidad sino sólo de cantidad.

Un aspecto que será abordado será la colisión entre los derechos del paciente, los que deben ser respetados por el médico y la conducta ética del médico cuando deba considerar ese respeto de los derechos del paciente, lo que deberá hacer con el más alto grado de desinterés y honestidad, brindando la atención adecuada y proporcionada a cada caso en particular.

Ética y derechos humanos se confunden. Por un lado se plantea el respeto a la decisión libre e informada del paciente, el respeto a la elección del facultativo y a la libertad de tratamiento, y por el otro lado el respeto a la vida, el respeto al secreto profesional y sobre todo el respeto a la decisión del paciente que no debería serle negada para el final de su vida, la reclamada muerte digna.

Asimismo se realizará una revisión actualizada sobre el dilema bioético que plantea el encarnizamiento terapéutico y el derecho a una muerte digna para lo cual es imperativo actualizar el tema de la bioética, específicamente en la esfera de la atención al paciente crítico y/o terminal y proponer al médico una forma de encarar uno de los dilemas bioéticos a los que se ve enfrentado a diario en su práctica profesional.

De la misma forma que se defiende el derecho a una vida digna, se debe defender el derecho a una muerte digna. El primordial derecho que le asiste hoy a todo ser humano es el derecho a la vida; pero, cuando el paciente se ve afectado por condiciones de salud que lo postran, que lo someten a padecimientos extremos, surge

inmediatamente la pregunta ¿es justo exigirle una actitud “heroica” de soportar lo insoportable?

Con fundamento en lo antes expresado es que a través del presente trabajo, se investigará el estado del debate sobre el tema propuesto, su estatus normativo atendiendo especialmente a la recientemente sancionada ley de muerte digna sobre la que se expondrá una posición personal.

Para lograr el objetivo propuesto se partirá de consideraciones generales sobre el fenómeno tales como definiciones, clasificaciones, marco histórico.

La temática planteada se desarrollará a lo largo de cinco capítulos en los cuales se analizarán las cuestiones indicadas y será abordada desde la óptica jurídica, ética y de la ciencia médica.

En cuanto al marco temporal se tomarán los últimos diez años, estableciendo como punto de partida las nuevas corrientes doctrinarias, a partir de las cuales se ha profundizado el respeto a la libertad y a la intimidad, estableciendo un nuevo modelo autonomista en el ámbito socio-sanitario lo que ha originado un cambio en el paradigma de la relación médico-paciente, en la que se prioriza el respeto por los derechos del mismo, en particular los referidos a la facultad de tomar decisiones con respecto a su vida y su salud.

“La única libertad que merece este nombre es la que busca nuestro propio bien, por nuestro propio camino, en tanto no privemos a los demás del suyo. Sobre si mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu el INDIVIDUO ES SOBERANO”. John Stuart Mill

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES

Desde fines del Siglo XX y comienzos de este Siglo XXI uno de los temas más debatidos y que ha merecido gran consideración es sin lugar a dudas el tema de la Muerte Digna.

Al tratarse de un tema tan controvertido por las especiales implicancias del mismo las aguas se encuentran divididas entre aquellos que lo asocian con la eutanasia y aquellos que lo entienden como el rechazo a tratamientos fútiles o inútiles.

Para lograr un abordaje adecuado al tema comenzaré por hacer una breve pero necesaria referencia a conceptos que ayudarán en la comprensión del fenómeno.

- a) **ORTOTANASIA:** proviene de los vocablos griegos orthos que significa “recto y ajustado a la razón” y thanatos que significa “muerte”. Eutanasia también proviene de los vocablos griegos “eu”: bien, y “thanatos”: muerte.¹ Se refiere a la “Buena Muerte”, en el sentido de muerte en el momento biológico adecuado. Muerte correcta, no precisa alargar la vida por mecanismos artificiales.² Consiste en no emplear métodos extraordinarios para alargar innecesariamente la vida.

En el momento y, en relación con las decisiones que se deben tomar, al implementar un tratamiento es conveniente distinguir entre:

- ✓ **Medios o Tratamientos Proporcionados:** son aquellos que guardan relación entre los medios empleados y el fin perseguido. Ofrecen una razonable esperanza de beneficio para el paciente. Son útiles para la recuperación de la salud del paciente y su no implementación es responsabilidad del médico.³

¹ Definición del Diccionario de la Real Academia de Lengua Española

² Vide, Apéndice Documental “Decisiones éticas conflictivas en torno al final de la vida una introducción general y un marco de análisis, en Eutanasia hoy un debate abierto”, Madrid, Noesis, 1995 Pág. 313.

³ Maglio, Francisco, “Ética médica frente al paciente crítico”, Med. Forense, año 1 N° 1, 1998

- ✓ **Medios o Tratamientos Desproporcionados:** no tienen relación con el fin que se trata de alcanzar, no ofrecen una expectativa razonable de mejoría y en la mayoría de los casos sólo aportan mayor sufrimiento al paciente.⁴
- ✓ **Tratamiento o Terapia Inútil:** es un tratamiento bien indicado y competente pero que no alcanza el resultado previsible, el tratamiento es el correcto, pero el paciente no se recupera y fallece.⁵
- ✓ **Tratamiento o Terapia Fútil:** es un tratamiento que desde su aplicación no proporciona un beneficio al paciente, es un tratamiento del cual no puede, razonablemente, esperarse que alcance sus objetivos, por lo que no debería ser iniciado ni ofrecido.⁶

“La ortotanasia se refiere al valor sagrado de la vida humana y la dignidad de la persona frente a la muerte, que respete los derechos humanos de las personas moribundas y proteja la voluntad del enfermo y su derecho a la objeción de conciencia, la obligación del médico y su deber de preservar la vida, y hace referencia al “privilegio terapéutico”.⁷

- b) **EUTANASIA:** es la acción o inacción hecha para evitar sufrimientos a personas próximas a su muerte, acelerándola; hecho de morir sin experimentar dolor. Deriva del griego: “eu”: bueno y “thanatos”: muerte. El término fue introducido en el siglo XVII por el filósofo Inglés Francis Bacon quien sostenía que: “compete al médico proporcionar la salud y suavizar las penas y dolores, preparándolos

⁴ Maglio, Francisco, Op. Cit.

⁵ Dr. Miguel Butera. Exposición en el XI Congreso Argentino de Terapia Intensiva. Bs. As. Argentina. 2000. Miembro del Comité Bioético del Hospital Italiano de Bs. As.

⁶ Dr. Miguel Butera, Op. Cit.

⁷ José María Aménos Vidal., “La Distanasia. Obstinación Terapéutica”. Psicólogo y Clínico Social. Investigador. Universidad Central de Barcelona. www.eumed.net

hacia la muerte con todos los recursos de la razón.⁸ La eutanasia consiste en provocar la muerte de otro por su bien, lo cual conduce necesariamente a acotar las circunstancias y supuestos, mayoritariamente ligados al contexto médico-asistencial, que dan sentido a esta actuación humanitaria, piadosa y compasiva. El elemento central que define la eutanasia no es la concurrencia o ausencia del consentimiento del sujeto que muere, ni la modalidad activa u omisiva de la conducta que provoca la muerte, sino los móviles que la animan.⁹

Juan Pablo II en su Encíclica “El Evangelio de la Vida” define la Eutanasia como: “Adueñarse de la muerte, procurándola de modo anticipado y poniendo así fin dulcemente a la propia vida o a la de otro (...) acción u omisión que por su naturaleza y en la intención causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor”

Existen diferentes formas y clasificaciones de Eutanasia, según se la considere desde el punto de vista del sujeto, de la voluntad, de los medios o fines perseguidos, o la forma de practicarla.

A los fines estrictamente informativos y por razones de brevedad, creo que la siguiente clasificación satisface los propósitos del presente trabajo.¹⁰

- ✓ **Eutanasia activa, positiva u occisita:** acción encaminada a producir en forma deliberada la muerte de un paciente que sufre.

⁸ Cita de Francis Bacon, en *De augmentis*

⁹ Marina Gascón Abellán, Artículo contenido en *Humanitas, Humanidades Médicas*, volumen 1, número 1, enero-marzo de 2003. Marina Gascón es catedrática de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha, en Albacete (España).

¹⁰ Facultad de Ciencias Médicas Diego de Ávila. Artículo sobre “Eutanasia, un dilema actual”, Kenia Tellez Frandin, Ángela Carcases Vera. Odania Mondejo Ortiz, Carlos A. Romero González.

- ✓ **Eutanasia pasiva, negativa o lenitiva:** es la cesación de acciones terapéuticas que prolonguen la vida de un paciente terminal.
- ✓ **Eutanasia directa:** es sinónimo de eutanasia activa, muerte intencionada del enfermo a cargo del médico, por compasión
- ✓ **Eutanasia indirecta:** se relaciona con el principio del doble efecto, esto es, la muerte del paciente no buscada en el curso de un correcto tratamiento paliativo, por ejemplo contra el dolor.
- ✓ **Eutanasia voluntaria:** se realiza a petición del paciente.
- ✓ **Eutanasia involuntaria:** la que se realiza sin mediación de petición del paciente.

c) **DISTANASIA:** También llamada *“Encarnizamiento Terapéutico”*, *“Obstinación Terapéutica”*, *“Ensañamiento Terapéutico”* es un vocablo que deriva del griego “dis”: mal, algo mal hecho, “thanos”: muerte. Etimológicamente es lo contrario a la eutanasia, y consiste en retrasar el advenimiento de la muerte.¹¹ Significa hacer todo lo posible, por todos los medios, proporcionados o no, aunque no haya esperanza alguna de curación y eso implique infligir al moribundo sufrimientos añadidos a los que ya padece, y que no lograrán esquivar la muerte inevitable, sino sólo aplazarla unas horas o unos días en condiciones lamentables para el enfermo.

La distanasia también denominada “ensañamiento” o “encarnizamiento terapéutico”, entre otras acepciones, aunque algunos autores sostienen que lo más

¹¹ Diccionario de la Real Academia de Lengua Española

adecuado sería referirse a ella como "obstinación terapéutica", a la cual definen como la aplicación de intervenciones quirúrgicas y/o medidas de resucitación u otros procedimientos no habituales a enfermos terminales cuyo fallecimiento inminente y/o consumado se retarda por todos los medios.¹²

No se debe confundir esta obstinación terapéutica con la aplicación de procedimientos o tratamientos terapéuticos adecuados y necesarios mientras existan constantes vitales con expectativa de vida, a cuyos enfermos se les tiene que socorrer debidamente, porque la obligación del profesional de la salud es preservar su vida, respetando el privilegio terapéutico en situaciones de urgencia vital.

Se trata de evitar el encarnizamiento terapéutico en los enfermos terminales con lesiones cerebrales u otras dolencias en estadios terminales, sin expectativas de vida, a los que siempre se les deben mantener las medidas de sostén o prestaciones debidas para aliviar sus sufrimientos conforme a la dignidad humana.

La Distanasia es el resultado de un fenómeno cultural muy complejo y multifactorial derivado de la aplicación de tecnociencia al ámbito médico, de las desmesuradas expectativas de curación que la medicina ha inculcado a la sociedad, del requerimiento de preservar siempre la vida biológica como un valor sagrado, de desprotección jurídica del médico y de la falta de coraje para asumir la existencia de límites en las acciones médicas.¹³

d) TANATOLOGIA: El vocablo tanatos deriva del griego *tanathos* nombre que se le daba a la diosa de la muerte dentro de la mitología griega y *logos* del griego:

¹² José María Aménos Vidal, Op. Cit.

¹³ Artículo publicado por la Facultad de Medicina- Universidad de Manizales

palabra, estudio, tratado, discurso, sentido, etc. Así podemos definir a la Tanatología como la “Ciencia encargada de encontrar sentido al proceso de la muerte”¹⁴

Para referirse a la Tanatología se lo hacía en términos que significaban "La Ciencia de la Muerte". Este término fue acuñado en el año 1901 por el médico ruso Elías Metchnikoff, quien en el año 1908 recibió el Premio Nobel de Medicina¹⁵. En ese momento la Tanatología fue considerada como una rama de la medicina forense que trataba sobre la muerte y todo lo relativo a los cadáveres desde el punto de vista medico-legal.

La Dra. Elizabeth Kübler Ross¹⁶ a través de una minuciosa, profunda y prolongada investigación advierte los fenómenos psicológicos que acompañan a los enfermos en la fase terminal durante el proceso de muerte y define a la Tanatología como una instancia de atención a los moribundos. Por lo que se le considera la fundadora de esta Ciencia.

Es ella a través de su labor quien hace sentir a los moribundos miembros útiles y valiosos de la sociedad, y para tan fin crea clínicas cuyo lema es "*ayudar a los*

¹⁴ Diccionario de la Real Academia de lengua Española

¹⁵ *Elías Metchnikoff*, Microbiólogo ucraniano, Premio Nobel de Fisiología en 1908. Tuvo siempre un respeto reverencial por la muerte y por eso creó disciplinas científicas como la gerontología (ciencia de la vejez) y la tanatología (ciencia de la muerte). www.historiadelamedicina.org/metchnikoff.html.

¹⁶ Elisabeth Kübler Ross: Psiquiatra suizo-estadounidense, una de las mayores expertas mundiales en la muerte, personas moribundas y los cuidados paliativos. Autora de *On Death and Dying* “Sobre la Muerte y el Proceso de la Muerte”(1969), donde expone su conocido modelo de Kübler-Ross por primera vez. En esta y otras doce obras, sentó las bases de los modernos cuidados paliativos, cuyo objetivo es que el enfermo afronte la muerte con serenidad y hasta con alegría. www.ekrfoundation.org.

*enfermos en fase terminal a vivir gratamente, sin dolor y respetando sus exigencias éticas".*¹⁷

El Dr. J. Federico Rebolledo¹⁸ explica que *“es necesario comprender que el Estado Terminal es la suma de los acontecimientos previos a la muerte que representan el deterioro progresivo y generalizado del organismo y sus funciones a consecuencia de una enfermedad la cual no responde a los tratamientos específicos, y se acompaña en todos los órdenes que lo determinan como un ser bio-psico-social, cuyo fin último es la muerte de la persona. El Paciente en Estado Terminal es aquel paciente que presenta insuficiencias orgánicas múltiples y progresivas que no responden a la terapéutica específica. Es necesario ampliar el enfoque para concebir no sólo al paciente en estado terminal sino a todo ser humano de una manera integral, como un ser bio-psico-social y espiritual, para poder comprender que el estado terminal no es un fenómeno que aísla al individuo sino que comprende globalmente toda la condición que como humano lo conforma”*.

- d) MUERTE DIGNA:** Refiere a la actuación correcta ante la muerte por parte de quienes atienden al que sufre una enfermedad incurable o en fase terminal. Por extensión se la entiende como el derecho del paciente a morir dignamente, sin el empleo de medios desproporcionados y extraordinarios para el mantenimiento de la vida.

¹⁷ Elisabeth Kübler Ross, Op. Cit.

¹⁸ Jaime Federico Rebolledo, “Fundamentos de la Tanatología Médica”. Profesor Titular de Fisiología en la Universidad Autónoma Metropolitana, México. Anestesiólogo Adscrito al Hospital General Zonal. www.cnb-mexico.salud.gob.mx

En este sentido se deberá procurar que ante enfermedades incurables y terminales se actúe con tratamientos paliativos para evitar sufrimientos, recurriendo a medidas razonables hasta que la muerte llegue.

Idelisa Castro Bermúdez¹⁹ se refiere a la muerte como uno de los momentos de la vida del hombre, último acontecimiento en el que participa, siendo a su vez el suceso que pone fin a la existencia del individuo. Por lo tanto morir es una experiencia individual y única que depende de la trayectoria, formación y condiciones así como el contexto social en que el individuo se desenvuelve, lo que trae consigo diferentes comportamientos y aceptaciones en la conocida o denominada fase terminal.

Es precisamente este aspecto el que nos lleva a reflexionar cómo debe ser la actuación ética de nuestros profesionales en correspondencia con las exigencias de la Medicina Contemporánea y con las características de nuestro Sistema Nacional de Salud.

Ruy Pérez Tamayo²⁰ en su obra “Eutanasia. Hacia una Muerte Digna” precisa que la obligación del médico es sólo evitar las muertes tempranas e innecesarias, pero no las inevitables, las oportunas e incluso deseables y benéficas. Entiende que no todas las muertes son iguales, y que estar a su favor en determinados casos no es ir contra el individuo y la sociedad, sino a favor de la dignidad de la persona y la calidad de vida.

La dignidad de la persona no santifica la vida ni tiene que ver con Dios; tan solo expresa nuestra libertad para aspirar a lo que consideramos mejor y nos hace respetables. Es por ello que ante decisiones supremas como las del fin de la vida, no se

¹⁹ Idelisa Castro Bermúdez, Prof. Del Dpto. de Filosofía y Salud. Cátedra de Bioética. Facultad de Ciencias médicas de Holguín, Cuba. www.cocmed.sld.cu

²⁰ Ruy Perez Tamayo y col, “Eutanasia. Hacia una Muerte Digna”. México, Foro Consultivo, Científico y Tecnológico. Colegio de Bioética. www.dilemata.net; www.juridicas.unam.mx; www.revistas.unam.mx

puede evitar la categoría de dignidad, y es por ello también que la filosofía y la ética filosófica resultan indispensables en las reflexiones bio-éticas.

- e) **CONSENTIMIENTO INFORMADO:** El “Consentimiento Informado” o también llamado “Consentimiento Libre Esclarecido”, “Consentimiento Declarado”, o “Consentimiento Prestado” es el procedimiento médico formal cuyo objetivo es aplicar el principio de autonomía del paciente, es decir la obligación de respetar a los pacientes como individuos y hacer honor a sus preferencias en cuidados médicos.²¹

El consentimiento informado tiene sus raíces legales en 1947 con el Código de Nuremberg, a través del cual se juzgó a un grupo de médicos acusados de realizar experimentos caracterizados como crímenes en contra de la humanidad, cometidos contra prisioneros de guerra en campos de concentración nazis durante la Segunda Guerra Mundial, los cuales se realizaban sin información ni consentimiento sobre los riesgos a los que se enfrentaban las víctimas.²²

En 1964 se promulgó en la Asamblea Médica Mundial la Declaración de Helsinki, que ha sido modificada en varias ocasiones, agrupando un conjunto de reglamentos que orientan a los médicos en experimentos con seres humanos, y resalta la importancia del consentimiento voluntario dentro de los protocolos de estudio.

²¹ Zuniga Fajauri, Alejandra, “Derecho del Paciente y Eutanasia en Chile”- Revista de Derecho Valdivia N° 21- Dic. 2008. www.geosalud.com

²² www.bioeticanet.info

El consentimiento informado debe reunir al menos cuatro requisitos que son:²³

✓ **Capacidad:** el individuo debe tener la habilidad de tomar decisiones.

✓ **Voluntariedad:** Los sujetos deben decidir libremente someterse a un tratamiento o participar en un estudio sin que haya persuasión, manipulación ni coerción. El carácter voluntario del consentimiento es vulnerado cuando es solicitado por personas en posición de autoridad o no se ofrece un tiempo suficiente al paciente para reflexionar, consultar o decidir.

✓ **Información:** Las opciones deben ser comprensibles y deben incluir el objetivo del tratamiento o del estudio, su procedimiento, los beneficios y riesgos potenciales y que siempre existe la opción del paciente de rechazar el tratamiento o estudio una vez iniciado en cualquier momento, sin que ello le pueda perjudicar en otros tratamientos.

✓ **Comprensión:** Es la capacidad del paciente de comprender la información relevante.

El consentimiento informado está basado en el principio de autonomía de la voluntad es decir, el derecho del paciente a ser reconocido como persona libre y dueña de tomar sus decisiones.

La decisión del paciente es consistente con sus valores y metas y se mantiene estable en el tiempo si no se producen modificaciones hechas por el mismo sujeto. Los componentes de la capacidad de tomar decisiones incluyen la adecuada comprensión de las opciones, de las consecuencias de escoger una u otra opción y de poder evaluar el

²³ www.bioeticayderecho.ub.es; www.biotecicaidret.cat

costo y beneficio personal de cada consecuencia y relacionarla a sus valores y prioridades.

En la Constitución Nacional el Art. 42 reza: "...a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno."

Para que el consentimiento sea informado es necesario dar cumplimiento a algunos requisitos como son:

- ✓ Ser explicado.
- ✓ Ser comprendido.
- ✓ Elección de un tratamiento
- ✓ Ser lícito.

El médico debe explicar al paciente y, de ser necesario a sus familiares y representantes, en forma clara y adecuada a su nivel de comprensión las prácticas propuestas con las variantes científicas posibles y los riesgos más frecuentes asociados con el tipo de prestación de que se trate. La información al respecto, debe ser clara y simple de entender, sin la utilización excesiva de terminología técnica que pueda confundirlo y debe ser acompañada por una explicación, aunque sea sobreabundante o reiterativa, de los beneficios de cada técnica, de las eventuales complicaciones y las posibles secuelas de cada una de estas prácticas, ya que de ello dependerá que el paciente pueda tomar una decisión. Es igualmente importante que se destaque y quede perfectamente aclarado que el *"no tratamiento"* producirá complicaciones y la progresión de la enfermedad, lo que también debe ser debidamente aclarado.²⁴

²⁴ Ferrante María Soledad y col. Beauchamp y Childress, Principios de Ética Biomédica, Ed. Mason, 1999

CAPITULO II

PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

La autonomía de la voluntad es un concepto procedente de la filosofía kantiana que se refiere a la capacidad del individuo para dictarse sus propias normas morales. El concepto constituye actualmente un principio básico en el Derecho Privado, que parte de la necesidad de que el ordenamiento jurídico capacite a los individuos para establecer relaciones jurídicas acorde a su libre voluntad.

Son los propios individuos los que dictan sus propias normas para regular sus relaciones privadas. De él se desprende que en el actuar de los particulares se podrá realizar todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido o que atente contra el orden público, las buenas costumbres y los derechos de terceros.²⁵

Cuando hablamos de autonomía de la voluntad, desde el ámbito jurídico, hacemos referencia al reconocimiento que el ordenamiento legal vigente le reconoce a la persona ya sea tanto para crear, modificar o extinguir las relaciones jurídicas que pertenecen a su esfera personal de libertad, como así también para establecer las reglas y el régimen jurídico privado por el que ha de regirse. Es decir, se le reconoce a la persona un poder jurídico para dotar de un contenido normativo a aquellas relaciones jurídicas de las que forma parte y que competen a su dominio personal.

En la parte final de su nota al artículo 943, Vélez Sársfield nos dice que *"El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos"*. Efectúa así el Codificador la defensa más vehemente a la teoría de la autonomía de la voluntad.²⁶

²⁵ Llambías, Jorge, "Tratado de Derecho Civil, Parte I"

²⁶ Guillermo A. Borda, "Manual de Contratos", pgs.38-41, Ed. Arte Gráfica, 2000

Este poder de la persona es un principio general del derecho que tiene su fundamento en el derecho natural.

En cuanto principio general del derecho, se habla del principio de autonomía de la persona, autonomía de la voluntad, o del principio de autonomía privada, principio que tiene su fundamento en la dignidad y libertad de la persona.

Por su dignidad la persona es sujeto de derechos y deberes. Por su libertad, la persona posee un dominio sobre sus propios actos, y sobre aquellos bienes espirituales o materiales que le corresponden como persona y que pertenecen a eso que llamamos su esfera privada personal.

En consecuencia, hay también un deber general de respeto a la persona y a su libertad que incumbe tanto a los particulares como a la autoridad pública. Aquí reside el fundamento del derecho natural de principio de autonomía. Esta Doctrina reconoce a la persona capacidad para crear aquellos vínculos sociales que son necesarios para la perfección del hombre, entre los cuales se encuentran aquéllos que, como la familia y la comunidad política, responden más inmediatamente a su naturaleza íntima, pero hay también otros que proceden más bien de su libre voluntad. Con esta referencia a la libre voluntad de la persona se hace un reconocimiento de lo que en la doctrina jurídica general se llama la autonomía de la voluntad como capacidad o poder para crear vínculos sociales y jurídicos de diverso tipo, en la medida en que forman parte de su esfera de libertad personal.^{27 / 28}

²⁷ Eduardo Molano, "El Principio de Autonomía Privada". Prof. De Derecho Constitucional Canónico en la Facultad de Derecho Canónico en la Universidad de Navarra. www.dspace.unav.es

²⁸ Luis Diez Picazo, "Sistema de Derecho Civil". www.unilibro.es

El Principio de Autonomía: una nueva perspectiva

Hans Martin Sass²⁹, por su estrecha relación con la Georgetown University cuna de la Bioética, fue quien introdujo la Bioética americana en Europa.

Decía, con satisfacción en 1992, que en la relación médico-paciente se había superado definitivamente el paternalismo y que la ética médica moderna había transformado la máxima hipocrática “aegroti salus suprema lex” en “aegroti voluntas suprema lex”, es decir ya no es la salud del enfermo la ley suprema sino la voluntad del enfermo.

En opinión de Enrique H. Pratt³⁰ la Bioética ha desarrollado una ética médica que rompe con la tradición multiseccular hipocrática. Su punto de partida son cuatro principios fundamentales: el principio de autonomía, el principio de beneficencia, el principio de no maleficencia y el principio de justicia. Esta cuádriga de principios se gestó en la década de los 70, en los Estados Unidos, y es el fundamento de la nueva disciplina “Ética Biomédica” después llamada simplemente “Bioética”.

Efectivamente en el “*corpus hippocraticum*” no se enuncia el principio de autonomía, pero lo que impregna esta ética es el respeto de la dignidad del hombre fundamentada en su libertad y por lo tanto en su autonomía y autodeterminación en el sentido aristotélico de la capacidad de optar por el bien.

Pero es un hecho que la relación médico-paciente ha abandonado el tradicional modelo paternalista, asumiendo el médico el perfil de experto prestador de servicios.

²⁹ Hans Martin Sass, Bioeticista, Profesor de Filosofía en la Universidad Ruhs y Bochum de Alemania e Investigador en el Instituto Kennedy de Ética en la Universidad de Georgetown, Washington DC. www.unav.es

³⁰ Enrique H. Pratt “Conferencia de clausura del Master en Bioética, Pamplona”, Profesor del Instituto de Antropología Médica y Bioética de la Universidad de Viena. www.unav.es

En este contexto la Bioética contempla el principio de autonomía desde la perspectiva del médico y formula el deber de respetar el derecho inalienable del enfermo de autodeterminarse: “voluntas aegroti suprema lex”.

Se trata de definir los deberes del médico: ¿Cómo debe informar al enfermo, para que éste pueda ejercer su derecho de autodeterminación? ¿Qué le está prohibido hacer al médico, para no influir en la decisión del enfermo? ¿Qué obligación tiene el médico de conocer la voluntad del paciente, o en su caso, de conseguir que éste exprese su voluntad? ¿Bajo qué supuestos le estaría permitido al médico negarse a ejecutar la voluntad del paciente?³¹

Desde la perspectiva del paciente lo que se plantea es en qué medida una persona enferma está en condiciones de tomar por su cuenta una decisión que afecta a su salud. La cuestión es importante ya que su voluntad, acertada o no, una vez expresada formalmente, y no revocada, obliga legalmente al médico.

El derecho de todo paciente a decidir sobre su propia salud fue receptado legislativamente a partir del año 2009, por medio de la Ley Nacional N° 26.529 sobre Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado y la Ley 26742 de Muerte Digna, que enumeran las facultades que tiene el paciente de decidir sobre su cuerpo y sobre su salud y están tipificadas como derecho a la asistencia médica, al trato digno y respetuoso, a la intimidad, a la confidencialidad, a la información sanitaria, a la interconsulta médica y a la autonomía de la voluntad, reconociendo expresamente el derecho de las personas a otorgar directivas anticipadas como expresión fehaciente de la autonomía de la voluntad para aceptar o rechazar determinadas terapias.

Con la sanción de esta nueva ley se consolida el derecho a decidir en forma anticipada sobre la aceptación o rechazo a determinadas terapias o tratamientos por

³¹ Enrique H. Pratt. Op. Cit. www.unav.es

medio de los llamados actos de autoprotección, que son declaraciones de voluntad unilaterales que realiza una persona con carácter vinculante para familiares o terceros, que se realizan como un medio de protección frente a eventuales supuestos de incapacidad, pérdida del discernimiento o disminución de las aptitudes físicas o psíquicas, sea de manera permanente o transitoria, que le impidan expresarse por sí misma.³²

Estos actos se sustentan en derechos reconocidos constitucionalmente, tales como el derecho a la vida, a la autonomía, a la dignidad, a decidir sobre su propio cuerpo, a la intimidad, a la igualdad y a la libertad.

En tal sentido, el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional reza que: ***“se deben asegurar los beneficios de la libertad”***; el art. 19 sostiene que ***“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe”***.

Con la reforma del año 1994, se fortaleció la constitucionalidad de este instituto al reconocer la jerarquía constitucional de diversos Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, instrumentos todos que convalidan la primacía de la vida humana y que instituyen los principios que dan sustento jurídico al derecho de toda persona de decidir cómo vivir su propia vida, a expresarlo en forma segura e indubitable a través de directivas anticipadas o actos de autoprotección.³³

³² Dr. Leonardo Pucheta, Miembro Permanente del Comité de Bioética de la Universidad Nacional de Quilmas. www.informevip.com. www.centrodebioteica.org

³³ Hugo Marcucci, “Relevancia de la Autonomía de la Voluntad o Voluntad Anticipada”. Fuente:Ellitoral.com

Recepción del Principio de Autonomía de la Voluntad en Nuestra Jurisprudencia

La capacidad de elegir racionalmente y actuar de acuerdo a sus propias decisiones, como ya ha sido expresado en el presente trabajo, es un derecho inherente a todo ser humano y debe ser respetado en virtud de que no perjudica a terceros y es una decisión autónoma, por cuanto no es forzada.

La persona decide por sí misma o por medio de su representante qué hacer, frente a determinadas situaciones que involucran decisiones vinculadas con su salud, guiada por su razón, sus convicciones religiosas, éticas y morales.

Nuestra jurisprudencia nos ilustra con casos emblemáticos, en los cuales ha quedado evidenciado el derecho al ejercicio de la autonomía de la libertad.

Como es imposible analizarlos a todos, me voy a referir a un fallo paradigmático “es el Caso Parodi”³⁴ y una breve reseña sobre varios fallos que dan cuenta de la evolución de la jurisprudencia en lo referido a miembros del culto Testigos de Jehová.

1) Caso Parodi

El 30/6/95, Angel Parodi, ingresó al Hospital Interzonal de Agudos de Mar del Plata, presentaba gangrena en el pie derecho, con antecedentes de Diabetes Tipo II y alcoholismo. Se le realizaron estudios y luego de reiteradas negativas del paciente, éste acepta la amputación suprapatelar del miembro derecho. El 16/8/95 se diagnosticó necrosis en dos dedos del pie izquierdo y el 23 de agosto se indicó la amputación del miembro inferior izquierdo. El 7/9/95, se labró un acta, firmada por diversos profesionales, en presencia del Director Asociado del Hospital, donde se consignó la

³⁴ Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 3, Mar del Plata, setiembre 18 de 1995.-"Dirección del Hospital Interzonal General de Agudos (HIGA) de Mar del Plata s/ Presentación" (firme).
www.muerte.bioetica.org/juris/fallos5.htm

expresa negativa del paciente a realizarse la intervención quirúrgica mencionada. Pero, ante la negativa del paciente a ser sometido a una operación quirúrgica necesaria para salvar su vida, se acude a la justicia, interviniendo el Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 3 de Mar del Plata, a cargo del Dr. Pedro Hooft, quien, como primera medida, solicitó un dictamen del Comité de Bioética del establecimiento, el que aconsejó *“respetar la voluntad previamente expresada por el paciente de rehusar la amputación propuesta”*. El titular del Juzgado se entrevistó con el paciente y, si bien éste no logró verbalizar las respuestas, sus gestos fueron inequívocos. El juez Hooft, menciona en su fallo que *“si se admite, sin inconvenientes, la necesidad de suministrar información por parte del equipo de salud, acorde con la capacidad de comprensión del paciente, a fin de poder contar con su consentimiento válido para la realización de una intervención médica, debe admitirse de igual manera, el derecho de ese paciente a negarse a un tratamiento considerado conveniente o necesario para el equipo de salud”*. (...) *“En el caso bajo análisis, entraría en conflicto el valor “vida”, que los profesionales de la salud querían privilegiar y proteger y la “dignidad” del paciente como persona, quien reiteradamente, ha manifestado su negativa con una nueva intervención quirúrgica mutilante...”* En función de estas argumentaciones el Dr. Hooft falló decidiendo a favor del respeto de la decisión autónoma del paciente Parodi en lo que se refería a su negativa a una intervención quirúrgica mutilante (El Derecho N° 8894 11/12/95)

2) Testigos de Jehová

- ✓ En 1975 se registró el primer caso (L.L. 1976 A-1), una parturienta que se negaba a recibir sangre por ser Testigo de Jehová. Su padre promovió un amparo y el juez ordenó que se le suministraran todos los tratamientos

que aconsejara la ciencia médica, inclusive la transfusión sanguínea. Según este fallo, la intervención del médico estaría justificada aún cuando no hubiere orden judicial o mediare oposición del paciente y sus parientes, ya que la abstinencia profesional le haría responsable del delito que resultare de su omisión, como así también de la reparación de daños.

- ✓ Más tarde, en 1985, un juez autorizó a transfundir a un menor de un mes de vida (1985 E.D. 114-113). En este caso colisionaban la objeción de conciencia de los padres y el derecho a la vida y a la salud, del hijo menor de edad. El sentenciante priorizó el derecho a la vida por sobre todas las cosas y opinó que los jueces no pueden permitir el abuso de la patria potestad cuando está en juego la vida del menor, por respetar una creencia religiosa. En la alternativa y por tratarse de un menor que no podía decidir por sí, era razonable dar primacía a la vida, pues se trata de los derechos de un tercero, ajeno a sus progenitores, que no tenía discernimiento.

- ✓ En diciembre de 1986 se pronuncia la primera sentencia que rechaza el pedido de ordenar una transfusión considerando que el derecho a la dignidad está por encima del derecho a la vida y dentro del mismo es primordial el respeto a las íntimas convicciones religiosas (L.L.1987 A-84).

- ✓ En 1991, el Procurador General de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, dictaminó sobre el tema. Para ello centró su análisis en el

Art. 19 de la Constitución Nacional, que dice: ***“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”*** Formó también parte de sus argumentos, el inc. 3° de la Ley 17.132³⁵, que impone a los médicos el deber de respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse y, el fallo citado en el párrafo anterior, que deja establecido el derecho del paciente a negarse a recibir transfusiones de sangre. Por eso, indicó a los profesionales intervinientes, que primero debían verificar si el paciente era mayor de edad y que no estuviera privado de discernimiento. Luego, que se documente fehacientemente al paciente los riesgos a los cuales se expone en caso de practicarse la intervención sin transfusiones sanguíneas y con posterioridad a tal notificación, el paciente, si esa es su voluntad, ratifique su decisión de ser intervenido sin transfusiones sanguíneas. Finalmente, y esto es lo más interesante, sostuvo ***“que ningún profesional puede ser obligado a practicar un acto médico que contraríe las reglas del arte y los principios de la ciencia médica”***. En consecuencia, si examinada la situación resultaba absolutamente inviable la intervención quirúrgica, el Hospital podría disponer no efectuar la intervención en las condiciones planteadas por el paciente, informándolo de ello fehacientemente. (Exp. N° 5418/91).

³⁵ Ley 17.132 “Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares”.

- ✓ En abril de 1993, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tuvo oportunidad de expedirse en el denominado Caso Bahamondez (L.L. 1993-D-125). Marcelo Bahamondez, fue internado en el Hospital Regional de Ushuaia en razón de estar afectado por una hemorragia digestiva con anemia, pero se negó a recibir transfusiones de sangre por ser Testigo de Jehová. El juez de Primera Instancia había autorizado las transfusiones de sangre que fueran necesarias para su adecuado tratamiento médico. Se apeló esa sentencia y la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, sostuvo que la decisión de Bahamondez constituía un “suicidio lentificado”, realizado por un medio no violento y no por propia mano, sino por la omisión propia del suicida que no admitía tratamiento y de ese modo se dejaba morir. El defensor oficial del paciente, interpuso un recurso extraordinario ante la Corte Suprema, pero, al momento de considerar la cuestión, la Corte constató que en junio de 1989, el paciente había sido dado de alta. Por ello 5 de los 9 jueces consideraron que no correspondía dictar un pronunciamiento ante la inexistencia de agravio actual, no subsistía una cuestión litigiosa que requiriera una sentencia. Sin embargo, dos jueces se unieron a la opinión de la minoría y por ello seis jueces de la Corte Suprema expresaron su opinión respecto de los miembros del culto Testigos de Jehová. Para ello, los jueces se dividieron en grupos de a dos, arribando por distintos caminos a una misma conclusión. Los ministros Fayt y Barra resaltaron el respeto a la persona como valor fundamental, reconociendo el señorío sobre su vida y su propio cuerpo, invocando el art. 19 de la Constitución Nacional y el art. 19 de la Ley 17.132. Los Dres. Cavagna Martínez y

Boggiano, en disidencia, concentraron su enfoque en la libertad religiosa, que incluye la posibilidad de ejercer la llamada *“objeción de conciencia”*, y la *“prevalencia de la dignidad humana frente al perjuicio que posiblemente cause la referida ausencia de transfusión sanguínea”*. Por último, los Dres. Petracchi y Belluscio, en disidencia, consideraron el respeto por la autonomía individual, la privacidad y la esfera íntima de la persona, de esa manera la libertad del individuo sólo puede ser excepcionalmente limitada por algún interés público relevante, reivindicando la tarea de la Corte como garante supremo de los derechos humanos.

A partir del Caso Bahamondez, la jurisprudencia, que se inclina por respetar la decisión del paciente a no transfundirse, en las condiciones arriba mencionadas, es abrumadora.

Sin embargo, es menester aclarar que no ocurre lo mismo con los menores, donde en caso de oposición de los padres a que se practiquen en sus hijos transfusiones sanguíneas, se debe recurrir a la justicia. Porque en estos casos el derecho a la libertad de cultos, debe ceder ante el derecho a la vida y a la salud de los incapaces *“teniendo en cuenta que el ejercicio de la patria potestad no debe ser abusivo y que los menores que no pueden decidir por sí mismos, deben ser protegidos por el Estado”*³⁶

³⁶ Dra. Claudia Vivián Rocca, “El Principio de Autonomía”, “Bioética y Autonomía” Conferencia realizada en la Defensoría General de la Nación, 2005 – Fallos que involucran a Testigos de Jehová.

CAPITULO III

IMPORTANCIA DEL

CONSENTIMIENTO INFORMADO Y

SU ADECUADA INSTRUMENTACION

Consideraciones Generales

Recientemente fue sancionada la Ley 26742 de Muerte Digna, de la cual nos ocuparemos en el Capítulo IV del presente trabajo.

Como ya lo expresamos consideramos que, si bien ha dejado de existir el vacío legal que había sobre el tema, la nueva ley deja aún algunas zonas grises, sobre todo en lo relacionado con uno de los puntos claves cual es el consentimiento informado.

Pese a la abundante bibliografía y a varios pronunciamientos judiciales existentes sobre el tema, los contornos del llamado consentimiento informado aún no han sido bien determinados.³⁷

El consentimiento informado implica una declaración de voluntad suficiente efectuada por un paciente, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida a la dolencia, al procedimiento o intervención que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención.³⁸

El consentimiento informado es definido como *“la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud”*³⁹

El paciente por el hecho de serlo y acudir a la asistencia médica no pierde su dignidad de persona humana ni los derechos que le son inherentes, entre los que se

³⁷ Antonio FRAGA MANDIAN y Manuel María LAMAS MEILAN “El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)” Edit. Revista Xurídica Galega, España 1999

³⁸ Elena I. HIGHTON y Sandra M. WIERZBA “La relación médico-paciente: el consentimiento informado” Edit. Ad-Hoc, 1991, pág. 11.

³⁹ Ignacio Sancho Gargallo, “Tratamiento Legal y Jurisprudencial del Consentimiento Informado”, Barcelona, 2004. www.indret.com

encuentra la libertad y, más en concreto, el derecho de autodeterminación, con relación a su salud. De este modo tiene derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad, las consecuencias de la misma, los posibles tratamientos y sus efectos, para luego decidir lo que quiera y crea conveniente.

La edición de 1984 del Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos define al consentimiento informado de la siguiente manera: ***“El consentimiento informado consiste en la explicación a un paciente atento y normalmente competente de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica del paciente”***.

Cuando se habla del consentimiento informado, se debe partir de la base de la ignorancia del paciente. De aquí que el médico debe brindar la información de la manera más precisa posible, que sea asequible a la capacidad de comprensión de su paciente, es decir tratar de informar con precisión pero a través de un lenguaje sencillo, sin ambigüedades, tratando de no sobreabundar en consideraciones de tipo técnicas que puedan llevar a la confusión al paciente.

El médico deberá también cuidarse de manipular al paciente, tratando de convencerlo sobre la conveniencia o no de elegir o desechar algún tratamiento. Esto en virtud de su posición de superioridad que viene dada por sus conocimientos.

Es conveniente que la información que se le brinde al paciente incluya:

- ✓ Descripción del procedimiento propuesto, tanto de sus objetivos como de la manera en que se llevará a cabo

- ✓ Riesgos, molestias y efectos secundarios posibles
- ✓ Beneficios del procedimiento a corto, mediano y largo plazo
- ✓ Posibles procedimientos alternativos y sus riesgos y ventajas
- ✓ Efectos previsibles de la no realización de ninguno de los procedimientos posibles
- ✓ Comunicación al paciente de la disposición del médico a ampliar toda la información si lo desea, y a resolver todas las dudas que tenga
- ✓ Los costos del tratamiento⁴⁰

Con respecto a los riesgos también han sido clasificados de acuerdo a sus probables consecuencias y grado de significación, a los fines de que le sean informados al paciente.

Dentro de esa clasificación podemos citar la siguiente:⁴¹

- ✓ Riesgos insignificantes pero de común ocurrencia : deben ser informados
- ✓ Riesgos insignificantes y de escasa ocurrencia: no es necesario que sean informados.
- ✓ Riesgos de gravedad y común ocurrencia: deben ser detalladamente informados
- ✓ Riesgos graves de escasa ocurrencia: deben ser informados.

Jurisprudencia Nacional en Materia de Consentimiento Informado

⁴⁰ Castaño de Restrepo, María Patricia: “El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica”

⁴¹ Castaño de Restrepo, María Patricia, Op. Cit.

Relacionado con el tema de marras podemos citar algunos casos de gran repercusión en la jurisprudencia nacional:

"Favilla, Humberto c/ Peñeyro, José y otro" ⁴²

En este caso, la Cámara sostuvo que en una primera etapa, es decir, antes de decidir la realización de un tratamiento o una intervención deberá efectuar todos los estudios e investigaciones necesarias para llegar a un diagnóstico cierto. Debe tener en cuenta los riesgos o secuelas que deriven del tratamiento o intervención a efectuar y hacer conocer al paciente dichos riesgos. Hay que tener presente que su consentimiento es indispensable para justificar las consecuencias graves de una atención médica, por ejemplo, una mutilación, y su ausencia torna ilegítimo el hecho médico.

En su dictamen, el Asesor de Menores había sostenido que *"todo lo relativo a la información al paciente, a su autorización para determinados tratamientos y a la aceptación de muchos resultados inesperados, tiene su fuente mediata en la pretensión de vasallaje que se mantiene en el ánimo del médico que dispone sobre el enfermo sin adecuada información de éste. Al día de hoy esta información, este derecho a la información, hace a la esencia del contrato de asistencia médica porque la salud es un derecho personalísimo relativamente indisponible cuyo titular es el único legitimado para aceptar determinadas terapias, especialmente cuando ponen en serio riesgo la vida, importan mutilaciones u otros resultados dañosos"*

"Dezeo, José c/ Guido, Oscar y otros" ⁴³

⁴² Cam. Nacional Civil, Sala I, 25 de octubre de 1990 publicado en La Ley, diario del 5 de agosto de 1991

⁴³ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 15 de diciembre de 1992, publicado en La Ley, diario del 4 de mayo de 1993 y en El Derecho, diario del 14 de julio de 1993.

A raíz de un accidente callejero el Sr. Dezeo sufrió una fractura expuesta en su pierna. Por ello fue trasladado a un sanatorio cercano a efectos de su curación. La clínica privada en cuestión, no tenía convenio con la obra social de Dezeo quien era un albañil jubilado. Los médicos intervinientes informaron a Dezeo que no contaba con cobertura y que por ende iba a tener que pagar de su bolsillo el costo de la atención médica.

Frente a ese cuadro Dezeo decidió trasladarse a un hospital público. A todo esto, había transcurrido tiempo desde el accidente y la herida presentaba infecciones que no habían sido tratadas. En definitiva y debido a la infección, la pierna debió ser amputada.

Los médicos de la clínica privada y ésta fueron demandados y en su defensa alegaron la negativa del paciente a ser atendido en ella.

El tribunal hizo caso omiso de dicha excusa considerando que el actor no fue informado del riesgo que implicaba la demora en la realización de la "toilette quirúrgica", que sólo le advirtieron en cambio, la inexistencia de cobertura en el establecimiento por parte de su obra social, y que fue la imposibilidad de afrontar el alto costo de dicha intervención, lo que motivó su pedido de traslado.

Concluyó el tribunal de segunda instancia que en las expresadas condiciones, la excusa basada en la falta de consentimiento del paciente no puede ser acogida, en tanto no constituyó la expresión de la libre voluntad del sujeto. En otras palabras, el consentimiento del paciente para no ser atendido en esa clínica no fue un consentimiento informado, pues Dezeo sólo fue puesto al tanto respecto del tema económico, más no del riesgo que su pierna presentaba y la necesidad de una urgente desinfección y tratamiento.

Llegados los autos a la Corte Bonaerense, y en lo relativo al tema del consentimiento, el Alto Tribunal consideró que la excusa dada por la clínica respecto a la negativa del paciente a ser atendido en sus instalaciones resultaba inatendible.

Se encontró probado que al paciente no se lo anotició del riesgo de infección ni de la extrema urgencia de atender su lesión.

"P., R.H. c/ Estado Nacional, Ministerio de Defensa, Ejército Argentino s/ responsabilidad médica".⁴⁴

En el camino evolutivo hacia el pleno reconocimiento de la autonomía del paciente y de la importancia del consentimiento informado, cobra singular valor este precedente judicial en el que si bien se juzgó que no existió culpa en el accionar de los profesionales, igualmente se condenó a la institución sanitaria por no tener organizado un sistema que asegure la obtención del consentimiento informado de los pacientes en forma previa a cualquier intervención médica.

"Pereyra, Miguel c/ B., J.M. s/ daños y perjuicios"⁴⁵

En este Fallo la Cámara, confirmando el pronunciamiento de primera instancia, señala que el tema de la no obtención del consentimiento informado debe integrar la demanda si se pretende que sea tratado en la sentencia.

La parte actora en su demanda nada había dicho respecto de la no obtención del consentimiento informado por parte de los profesionales demandados pues la imputación de negligencia pasaba por la elección de un tratamiento equivocado. A posteriori, en etapa de alegar, pretendió introducir el tema del consentimiento informado lo que mereció acertada respuesta por parte del Tribunal.

⁴⁴ Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala I, 28 de diciembre de 1993 publicado en El Derecho, diario del 18 de noviembre de 1994

⁴⁵ Fallo de la Sala 2ª de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la ciudad de Rosario, inédito

En este sentido se lee en el fallo que *“un reclamo por violación del deber de información necesariamente habría exigido defensas específicas del demandado y necesariamente la prueba habría transitado por otros carriles, tomando en consideración que los daños que tendrían relación de causalidad con esta infracción pueden ser distintos de los daños que se reclaman en esta causa”*.

La Instrumentación del Consentimiento Informado

En principio, y salvo casos excepcionales, no existe obligación de instrumentar por escrito el consentimiento informado. No obstante ello, la eventual necesidad de acreditar el cumplimiento del mismo en un futuro juicio, hace aconsejable que se lo documente por escrito, aún cuando no exista obligación legal al respecto.

El Dr. J.C. Galán⁴⁶ reflexiona sobre el tema y nos dice: *“la carga de la prueba corresponde al médico, y ello de acuerdo con el criterio establecido en materia de información, en el sentido de que pesa sobre quien lo afirma la carga de la prueba de la prestación, por cuanto de invertir tal carga y desplazarla sobre el paciente, se le impondría a éste una prueba diabólica es decir, probar un hecho negativo porque no se le dio la necesaria información, ni otorgó el preceptivo consentimiento informado; mientras que para el médico se trata de probar un hecho positivo, del que podría dejar buena constancia en la historia clínica”*⁴⁷

Un verdadero especialista en estos temas como es el Dr. en Medicina, de origen español, Simón Lorda⁴⁸, nos proporciona algunas recomendaciones respecto a la

⁴⁶ Galán Cortés, Julio César, Abogado, Dr. En Derecho y Especialista en Medicina Sanitaria, de origen Español

⁴⁷ Galán Cortés, Julio César, “El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios” pág. 37.

⁴⁸ Simón Lorda, Dr. En Medicina, Especialista en Bioética, Miembro del Comité de Bioética de España, Autor de numerosas obras relacionadas con las nuevas formas de entender la relación médico-paciente, entre otras

elaboración de formularios escritos de consentimiento informado, el cual debe asegurar una cantidad de información que sea adecuada y comprensible para el paciente.

También se debe hacer saber al paciente que tiene el derecho de formular cuantas preguntas quiera o necesite para despejar dudas e informarlo con exactitud y claridad en cuanto a su libertad absoluta para reconsiderar cualquier decisión que haya tomado, es decir, podrá revocarlo cuando lo desee, sin expresar causas, simplemente su voluntad de cambiar su anterior decisión.

Forma de Prestar el Consentimiento

Como ya ha sido dicho, en determinados casos no bastará la oralidad como forma de prestar el consentimiento informado debido a la complejidad de las prácticas o tratamientos a los que será sometido el paciente, como así también en relación a las consecuencias y/o secuelas que pueden derivarse de la aplicación de tales terapias.

De aquí la necesidad de formular por escrito el consentimiento en los siguientes casos:

- ✓ Intervención quirúrgica
- ✓ Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores
- ✓ Y, en general, en toda aplicación de aquellos procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

Efectos del Consentimiento Informado

Al considerar el consentimiento prestado por el paciente, Sancho Gargallo sostiene:⁴⁹ *“la consecuencia fundamental de su otorgamiento es la asunción por el paciente de los riesgos y consecuencias inherentes o asociadas a la intervención de que haya sido previamente informado, siempre que no resulten imputables al negligente proceder del facultativo interviniente o al mal funcionamiento del centro o servicio médico en que se practica. La existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada”*.

Consecuencias de la Ausencia o Defecto de Consentimiento Informado

La omisión de un consentimiento previo y suficientemente informado acerca de los riesgos inherentes a la intervención determina la asunción de los riesgos por el facultativo y, con ella, su responsabilidad por los daños en que pudieran materializarse.⁵⁰

En cualquier caso, debería quedar constancia de esta situación en la historia clínica, como así también de la decisión de los facultativos de intervenir sin recabar el consentimiento del paciente.

Prestación del Consentimiento

Capacidad para prestar consentimiento

⁴⁹ Ignacio Sancho Gargallo, “Tratamiento Legal y Jurisprudencial del Consentimiento Informado”, Barcelona, 2004. www.indret.com

⁵⁰ Ignacio Sancho Gargallo, Op. Cit.

En principio, el consentimiento debe ser prestado por el paciente siempre y cuando tenga capacidad suficiente.

Esta capacidad no es propiamente la capacidad civil, sino la capacidad natural. Esto es, no vendrá determinada por la mayoría de edad y la ausencia de una incapacitación judicial, sino que habrá que atender al hecho de que, en la realidad, el paciente está en condiciones de decidir libremente sobre un aspecto de su personalidad, que puede afectar a algunos de los derechos que le son inherentes como su derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al someterse a una actuación médica.⁵¹

⁵¹ www.pablorosales.com.ar

CAPITULO IV

DECLARACION DE VOLUNTAD

ANTICIPADA

Como ya lo adelantáramos en la introducción el objetivo del presente TFG es demostrar la importancia de contar con un marco mínimo, ético y jurídico desde el cual se garantice el respeto a la autonomía de la voluntad, adecuado para regular aquellas situaciones de particular complejidad como son las que se presentan en el momento en el que la persona debe decidir, ya sea sobre si misma o sobre su representado, en cuanto a seguir siendo asistido por tratamientos médicos que sólo prolongarán su agonía haciendo de lo que le queda de vida un tránsito miserable, en la opinión de algunos; o el cumplimiento de un designio divino en la opinión de otros; o el cumplimiento de un deber profesional en el caso del médico.

Frente a esta diversidad de criterios es oportuno tratar de echar algo de luz sobre el tema, para lo cual se abordará el fenómeno a través de la investigación de los aportes realizados por destacados profesionales que brindan su visión sobre un tópico por demás controvertido ya que involucra un binomio que comprende aristas muy sensibles para el ser humano como son la *“vida y la muerte”*.

Paul Ramsay⁵², destacado biólogo y psiquiatra de origen australiano, hace un importante aporte al tema enfocado brindando algunas especificaciones con respecto a los distintos tratamientos a los que puede ser sometido un paciente, a los que denomina métodos y los clasifica de la siguiente manera:

a) Métodos de Preservación Ordinarios: *“se llaman métodos ordinarios de preservación de la vida a todos los remedios, tratamientos y operaciones que ofrecen una razonable esperanza de mejoría para el paciente, y que pueden obtenerse y utilizarse sin muchos gastos, dolores u otros inconvenientes”*.

b) Métodos de Preservación Extraordinarios: *“los métodos extraordinarios de preservación de la vida son todos los remedios, tratamientos y operaciones que no*

⁵². Paul Ramsey, MD, CEO, UW Medicine, Vice-Presidente Ejecutivo para Problemas Médicos y Decano de la Escuela de Medicina de la Universidad de Washington. www.ramsayhealth.com

pueden obtenerse sin gasto excesivo, dolores u otros inconvenientes o que si son utilizados, no ofrecerán ni una razonable esperanza de beneficios”

Esta distinción en la actualidad ha sufrido una variación en cuanto a la óptica desde la cual se realiza su diferenciación por lo que se habla de *“tratamientos proporcionados o desproporcionados”*.

Es así que un método será considerado proporcionado si ofrece una esperanza de beneficio razonable al paciente, considerándose desproporcionado si no se alcanza tal objetivo.

Desde luego esta distinción no debe ser entendida en sentido estricto, sino que debe ser aplicada al caso concreto debidamente evaluado, ya que el mismo tratamiento puede ser proporcionado o desproporcionado, en función del estado clínico, debidamente establecido, del paciente y de la calidad y cantidad de vida que puede ganar con su utilización.⁵³

Otros autores sostienen que la diferencia entre los tratamientos ordinarios y extra-ordinarios es moralmente irrelevante y debería ser remplazada por la distinción entre tratamientos optativos y obligatorios en función de los riesgos y los beneficios que suponen para el paciente.⁵⁴

En algunos países por disposiciones de la ley⁵⁵ y en otros, según autorizados especialistas, por las conclusiones a las que se arribaron en ciertos encuentros profesionales, los interesados pueden efectuar disposiciones y estipulaciones para la eventual propia incapacidad, tanto respecto de su persona (v.gr nombrar a su curador,

53 Dr. Maglio Ignacio. “Pautas y Recomendaciones para la Abstención y/o Retiro de los Métodos de Soporte Vital en el Paciente Crítico. Anexo IV. Pág. 87 Guías de Buena Práctica Ético Legal en Anestesiología y Terapia Intensiva – 1° edición, Bs. As. Arkhetipo. 2004

54 Migone L. Las respuestas médicas y sociales a las solicitudes de eutanasia. Medicina y Ética 2000; 11:17110.

55 Luis Guillermo Blanco. Argentina Directivas Anticipadas. Colegio de Abogados de santa Fe.

para el caso de incapacidad mental) a través de instrumentos escritos denominados “**documentos de autoprotección**”⁵⁶.

Dentro de éstos podemos ubicar a las llamadas “**Directivas Médicas Anticipadas**”, que son documentos mediante los cuales una persona civilmente capaz y bioéticamente competente, sana o enferma y en uso de su autonomía, o a través de su representante legal, consigna determinadas pautas o indicaciones referentes a como deberá procederse a su respecto en materia de la atención médica que se le prestará ante un futuro estado patológico de carácter irreversible.

Es decir que sus otorgantes expresan cómo desearían ser tratados en ocasión de enfrentar una situación como la señalada que sólo signifique mantener la agonía y, sustentados en sus íntimos valores ético-morales y guiados por sus especiales pautas culturales o religiosas, manifestarán la aceptación o rechazo de determinadas acciones o inacciones médicas.⁵⁷

Se trata de decisiones informadas, otorgadas por adelantado, con respecto a los tratamientos médicos que, se aceptan o rechazan, y constituyen una indicación válida de valores y direcciones para la acción moral, tanto para sus familiares como para los profesionales de la Salud, destinada a la toma de decisiones relacionadas con contingencias graves de salud o en la etapa final de la propia vida, por lo cual merece respeto y acatamiento.

Con ella se puede recusar una o más prácticas médicas específicas o su instrumentación en determinadas circunstancias, por lo cual las directivas anticipadas no implican “siempre” y “en general” una renuncia a tales tratamientos, sino que pueden disponer que se efectúe tal o cual práctica médica pudiendo atender situaciones como el

⁵⁶ VII Jornada Notarial Iberoamericana, México, 04/07/02

⁵⁷ Armando S. Andruet (h): “Bioética, Derecho y Sociedad, Conflicto, Ciencia y Convivencia” Ed. Alveroni 2004.

diagnóstico de “muerte cerebral” o el estado vegetativo permanente a los fines de la abstención o retiro de medios de soporte vital.⁵⁸

A nivel mundial la expresión “*Testamento Vital*” fue acuñada a partir de que fuera utilizada por un abogado de Chicago, llamado Lewis Kutner⁵⁹, quien sostenía que cualquier persona puede consignar por escrito su voluntad de cesar un tratamiento en el supuesto de una enfermedad terminal.

A partir de allí se comenzaron a utilizar distintas acepciones para referirse a estas manifestaciones o declaraciones de voluntad expresadas documentalmente en las cuales se indican las directrices médicas anticipadas acerca del tratamiento médico en caso de hallarse inconsciente o incapacitado para expresarse por causa de un accidente o por padecer de una enfermedad en estadio o fase terminal.

Para algunos la nominación Testamento Vital se presta a confusiones, ya que ateniéndose estrictamente a la definición de Testamento, éste tiene efectos a partir de la muerte de la persona, lo que no se compadece con el caso de marras, ya que lo que se pretende justamente es que los efectos se produzcan antes de la muerte de la persona y porque además quedan excluidas todas las implicancias de carácter patrimonial que son propias de los testamentos, razones por las cuales se recomienda usar otras denominaciones como son: “*documento de voluntad anticipada*”, “*documento de instrucciones previas*”, “*directivas anticipadas*”, etc.

El principal objetivo de estos documentos es el de reforzar la autonomía de la voluntad del paciente, garantizándosele el pleno y efectivo ejercicio de su derecho personalísimo a una muerte digna por un lado, y por el otro el no menos importante objetivo de proporcionar a los actores del servicio sanitario una legítima protección

⁵⁸ Armando S. Andruet (h), Op. Cit.

⁵⁹ **Lewis Kutner**, abogado estadounidense activista en favor de los derechos humanos. Cofundador, junto con Peter Benenson, de Amnistía Internacional en 1961. Creador del documento denominado testamento vital y defensor del derecho al habeas corpus mundial. www.elsevier.es.

jurídica cuando se producen situaciones conflictivas en torno a decisiones que involucran el binomio Vida-Muerte. Es así que estas directivas anticipadas protegen y garantizan la dignidad de la persona y respetan el derecho a la intimidad.⁶⁰

De ninguna manera deben ser interpretados como una directiva para provocar la muerte, sino por el contrario, deben ser entendidas en el sentido de evitar sufrimientos, padecimientos y angustias ante casos irreversibles.

Es oportuno recordar una frase acuñada por el Dr. Luis Guillermo Blanco⁶¹ *“La Muerte Digna tiene el sentido de Muerte a su tiempo: “ortotanasia”, sin abreviaciones tajantes: “eutanasia”, ni prolongaciones irracionales del proceso de morir: “distanasia”, concretándose esa muerte correcta mediante la abstención, supresión o limitación de todo tratamiento fútil, extraordinario o desproporcionado ante la inminencia de la muerte del paciente, muerte a la que no se la busca, pues lo que se pretende es humanizar el proceso de morir, sin prolongarlo abusivamente, ni se la provoca ya que resultará de la propia enfermedad que el sujeto padece, aún de los tratamientos relativos a eventuales complicaciones agudas, tratamiento que se justifica cuando el pronóstico sea de irreversibilidad y siempre que el paciente muriente no haya de sufrir dolor, otros síntomas, ni sobre todo, hambre ni sed. La situación ideal a que hoy tiende la medicina es la de integrar el doble valor de vida humana y el derecho a morir dignamente. Así, se acude a todas las medidas razonables: respiración asistida, alimentación por las vías aconsejables, posición lo más cómoda posible en la cama, uso de antibióticos, etc. pero no al encarnizamiento*

⁶⁰ José Angel Patitó, Enciclopedia Médico-Legal, Vol. II

⁶¹ Blanco, Luis Guillermo, Abogado, Presidente de la Comisión de Derecho Médico y Bioética del Colegio de Abogados de Santa Fe y Secretario de la Comisión del Derecho de la Salud de la Federación Argentina de Colegios de Abogados. “Muerte Digna. Consideraciones bioético-jurídicas” (Prólogo del Dr. Germán J. Bidart Campos), Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, 135 págs.; www.bioeticas.org

terapéutico que en ese momento sólo daría una remota esperanza de sobrevivida y apenas de calidad mínima". ⁶²

El médico debe respetar la voluntad del paciente en cuanto hasta dónde avanzar en el tratamiento médico y, si el paciente presenta una situación irreversible y como consecuencia la muerte está próxima, la pregunta que debe hacerse es si resulta razonable prolongar el proceso de morir a través de procedimientos que profundicen el sufrimiento y el dolor humano, irrespetando la voluntad refractaria del paciente o su representante, oportunamente manifestada.

⁶² Blanco, Luis Guillermo, "Muerte Digna", Op. Cit.

CAPITULO V

STATUS NORMATIVO

Marco Normativo Actual

A través de un breve pero necesario repaso del marco normativo actual se presenta el estado del arte del tema de marras.

Como primera referencia normativa se parte del vértice de la pirámide jurídica que grafica nuestro ordenamiento jurídico, es decir de la Constitución Nacional, para luego avanzar en el tratamiento que sobre el tema hacen los diversos Tratados Internacionales, que con rango constitucional han sido incorporados a través de la reforma de 1994, como así también la legislación vigente.

1) Constitución Nacional

Nuestra Carta Magna consagra el derecho a la vida en numerosos artículos, si bien no declarados de manera expresa, pero que nacen de su espíritu.

Es así que podemos señalar:

- **Art. 14:** que es el que mayor cantidad de derechos consagra, no contiene una declaración expresa con respecto al derecho al ejercicio de la voluntad, pero de su texto queda claramente manifestado su reconocimiento, cuando expresa por ej: *“profesar libremente su culto”* de donde queda claro que la libertad está reconocida implícitamente como un derecho inalienable.
- **Art. 19:** *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la Ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*. Está en concordancia con el Art. 910 del Código Civil Argentino.

- **Art. 28:** *“Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.*

- **Art. 33:** *“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.*

2) Tratados Internacionales

Como ya fuera expresado anteriormente también en los Tratados Internacionales encontramos abundantes declaraciones que refieren al reconocimiento del derecho a la vida, a la libertad y a la autodeterminación del hombre.

- **Tratado Internacional de DD HH:** en su preámbulo reza.... *“A todos los integrantes de la comunidad (...), reconoce la dignidad intrínseca de los miembros de la familia humana (...), reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre (...), en la dignidad del hombre, (...), el valor de la persona humana (...).*

En su Art. 1 establece: *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.*

- **Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles e Inhumanas o Degradantes:** en su preámbulo reconoce los derechos inalienables de la familia como base de justicia y la paz del mundo, reconociendo que esos derechos emanan de la dignidad intrínseca de la raza humana.

- **Convención Americana de Derechos Humanos. (Pacto de San José de Costa Rica)** en su Art. 5 Inc. 2 dispone: *“Nadie debe ser sometido a tortura, tratos crueles o degradantes”*.

El capítulo 5 del mismo se refiere a los derechos y deberes de las personas. La correlación entre los derechos y deberes queda establecida en el Art. 32 Inc. 2 en cual expresa que *“los derechos de cada persona están limitados por el derecho de los demás”*.

- **La Convención Interamericana** en su preámbulo reafirma que *“todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana (...), y son violatorios de los derechos humanos y libertades fundamentales (...), (...) propósito de consolidar las condiciones que permitan el reconocimiento y respeto de la dignidad inherente a la persona humana y aseguren el ejercicio pleno de sus libertades y derechos fundamentales”*.

3) Código Civil Argentino

La voluntad, expresada libremente es la base de todos los actos humanos con trascendencia jurídica, lo que se refleja en su articulado entre los que podemos destacar:

- **Art. 910:** *“Nadie puede obligar a otro o hacer alguna cosa, o restringir su libertad, sin haberse constituido un derecho especial al efecto”*.
- **Art.913:** *“Ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el que la voluntad se manifieste”*.

- **Art. 915:** *“La declaración de la voluntad puede ser formal o no formal, positiva o tácita, o inducida por una presunción de la Ley”.*
- **Art. 916:** *“La declaraciones formales son aquéllas cuya eficacia depende de las observancias de las formalidades exclusivamente admitidas como expresión de voluntad”.*

4) Código Penal

Con relación al Código Penal cabe mencionar El título Primero, “Los Delitos contra las Personas”. Capítulo 1: “Delitos contra la Vida”:

- **Art. 79:** *“Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este código no se estableciera otra pena”.*
- **Art. 84:** *“Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro la muerte”.*

5) Ley 26.742 “Muerte Digna”

A través de La Ley 26742, “Muerte Digna”, se modificó la Ley N° 26.529 que Regula los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la Salud; la misma fue Sancionada el día 9 de Mayo del 2012 y Promulgada el 24 de Mayo del 2012.

Con la finalidad de analizar con el mayor grado de objetividad posible esta nueva ley, he llevado a cabo la tarea de comparar los textos de ambas normas. De la realización de este cometido surge con claridad que la nueva norma se reduce sólo a la modificación forzada de algunos artículos de la ley 26529 lo que se evidencia en el hecho de que sólo se ha agregado al texto anterior información redundante que nada aclara y que es de defectuosa redacción, como es el caso del inciso “e” del Art. 2 del Capítulo I, o la incorporación de un Artículo 11 Bis, a una Ley que sólo tiene 8 artículos, algo que si no es “imposible explicar”, al menos refleja la liviandad con la que fue tratado y revisado el proyecto, ya que se trata de la modificación del Art. 11 de la Ley 26529 al que se pretendió, o bien agregar el contenido expresado en este Art. 11 Bis, o directamente incorporarlo como un nuevo artículo al que le corresponde el N° 7 en la nueva Ley, lo que no ha quedado claro, dejando al descubierto la falta de seriedad en el tratamiento de una ley que involucra un tema especialmente sensible para la sociedad.

Con respecto al resto de la ley sólo se ha limitado a ampliar el contenido del articulado del Capítulo III de la Ley 26529 (Art. 5 al 11), con consideraciones que poco aportan a la solución pretendida por quienes reclamaban la sanción de esta nueva ley.

TABLA COMPARATIVA DE AMBAS LEYES

LEY 26529	LEY 26742
Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado	Muerte Digna
Capítulo I: Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud	
Artículo. 2 Inc. e) Autonomía de la	Art.1: Se repite texto Art. 2 Inc. e de la Ley

<p>Voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.</p>	<p>26529 y se agrega: <i>“En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”.</i></p>
<p>Capítulo II: Del Consentimiento Informado (artículos 5 al 11)</p>	
<p>Artículo 5º: Definición. Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:</p> <p>a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.</p>	<p>Art.2: Se repite texto Art. 5 Ley 26529 Inc. a, b, c, d, e, f y se agrega Inc. g) “El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento”.</p>

<p>Artículo.6° Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente.</p>	<p>Art. 3: Se repite texto Art. 6 Ley 26529 y se agrega: <i>“En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193⁶³, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido.</i> <i>Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.</i></p>
<p>Artículo.7°: Instrumentación. El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscripto: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación.</p>	<p>Art. 4: Se repite texto Art. 7 Ley 26529 y se agrega Inc: f) <i>“En el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5° deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto”.</i></p>
<p>Artículo 10: Revocabilidad. La decisión del paciente, o de su representante legal, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que la misma implica. En los casos en que el paciente o su representante legal revoquen el rechazo dado al tratamiento indicado, el profesional actuante sólo acatará tal decisión si se mantienen las condiciones de salud del</p>	<p>Art. 5: Se repite texto primer párrafo del Art. 10 Ley 26529 y se agrega <i>“Las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193 podrán revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido.</i> <i>Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente, en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.</i> Aclaración: queda suprimido el 2do párrafo del Art. 10 de la Ley 26529: <i>“En los casos</i></p>

⁶³ Art 21. Ley 24.193: “(...) a) El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que sin ser su cónyuge convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua detrás (3) años, en forma continua e ininterrumpida; b) Cualquiera de los hijos mayores de DIECIOCHO (18) años; c) Cualquiera de los padres; d) Cualquiera de los hermanos mayores de DIECIOCHO (18) años; e) Cualquiera de los nietos mayores de DIECIOCHO (18) años; f) Cualquiera de los abuelos; g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive; i) El representante legal, tutor o curador”.

<p>paciente que en su oportunidad aconsejaron dicho tratamiento. La decisión debidamente fundada del profesional actuante se asentará en la historia clínica.</p>	<p><i>en que el paciente o su representante legal revoquen el rechazo dado al tratamiento indicado, el profesional actuante sólo acatará tal decisión si se mantienen las condiciones de salud del paciente que en su oportunidad aconsejaron dicho tratamiento. La decisión debidamente fundada del profesional actuante se asentará en la historia clínica”.</i></p>
<p>Artículo 11: Directivas Anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.</p>	<p>Art. 6: Se repite texto Art. 11 Ley 26529 y se agrega como segundo párrafo el siguiente texto: <i>“La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”.</i></p>
	<p>Art. 7: Se incorpora el Artículo 11 bis: <i>“Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo a las disposiciones de la presente ley, está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma”.</i></p>
	<p>Art. 8: Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.</p>
	<p>DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS NUEVE DIAS DEL MES DE MAYO DEL AÑO DOS MIL DOCE. —REGISTRADA BAJO EL N° 26.742 — AMADO BOUDOU. — JULIAN A. DOMINGUEZ. — Gervasio Bozzano. — Juan H. Estrada.</p>

Como ya fuera expresado en el texto de la Ley 26742 de Muerte Digna, son numerosas las zonas grises que han quedado. Entre ellas podemos mencionar: el agregado al inc. “e” de la Ley 26529 que reza: “En el marco de esta potestad, el paciente que presente una *“enfermedad irreversible, incurable...”*”, donde no se especifica qué debe entenderse por enfermedad irreversible, incurable, si deben ser entendidas como sinónimos, si se trata de dos cosas distintas, si engloban el mismo tipo de patologías, entre otras consideraciones.

Atendiendo a la definición de Enfermedad Terminal que nos brinda la medicina tenemos que: *“es aquella que se manifiesta como un padecimiento avanzado, progresivo e incurable, sin respuesta al tratamiento específico, con síntomas multifactoriales, y pronóstico de vida no mayor a seis meses”*⁶⁴.

Por Enfermedades Incurables la medicina entiende que son aquellas *“para las cuales no existe una cura definitiva o cuyos tratamientos no logran los resultados esperados. A veces no se conocen las causas en concreto que inducen al padecimiento de estas enfermedades”*⁶⁵.

A los fines de aclarar con mayor precisión lo ya expresado, me parece pertinente incluir las expresiones vertidas por del Dr. Francisco Maglio⁶⁶, como parte de su exposición ante la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado de la Nación, cuyo título es: **Enfermedades Incurables y Enfermedades Terminales.**

“(…) **‘Incurable’** no es lo mismo que **‘Terminal’**; a veces pueden confluir, pero no necesariamente.

⁶⁴ Argelia Lara Solares, “Manejo del Paciente Terminal”, Trabajo de Investigación realizado en el Instituto Nacional de Ciencias Médicas “Salvador Zuvirán”. www.incan.org.mx

⁶⁵ Argelia Lara Solares, Op. Cit.

⁶⁶ Maglio, Francisco, Médico Forense, especialista en Antropología y Bioética.

Hay dos grupos de pacientes incurables: los incurables, pero tratables, que no tienen cura pero tienen tratamiento, como la diabetes, la hipertensión, y felizmente aquí entra el Sida. Digo ‘felizmente’ porque hace años esta era una enfermedad terminal, pero con el advenimiento de los nuevos medicamentos ya no lo es. Para que esos pacientes entren en esta categoría de incurable pero tratable, deben recibir tratamiento completo y continuo. El otro tipo de pacientes son los incurables, en los que no hay tratamiento o bien, si lo hubo, fracasó. En estos hay riesgo de muerte, pero, a diferencia de los pacientes terminales, en éstos el riesgo de muerte es tardío, es decir que pasan años.

Con respecto a la Terminalidad diremos que, a diferencia de los pacientes incurables, en lo terminales la expectativa de vida no va más allá de los seis meses. El paciente terminal se muere antes de ese lapso. Es muy difícil de pronosticar, diría que es lo más difícil de pronosticar, porque como lo ha definido Osler⁶⁷, uno de los maestros de la Medicina, allá por el siglo XIX: *‘La medicina es la ciencia de la incertidumbre y el arte de lo probable’*. Esa definición no ha cambiado, por más tecnología que haya.

Entonces, actualmente preferimos utilizar el término de futilidad. ¿Qué quiere decir futilidad? Futilidad significa que no logramos el objetivo buscado, que el tratamiento ha fallado y que se presupone que nuevos tratamientos también van a fallar. Eso es futilidad. Quiere decir que solamente se logra un estado de inconsciencia total e irreversible o bien el sufrimiento es inevitable y desproporcionado al posible beneficio...” (MAGLIO, 2005).

Atendiendo a la diferencia que existe entre ambas expresiones, surge casi como obligatoria la crítica a la falta de constrictión del legislador cuando redacta la ley habida

⁶⁷ William Osler, Médico Canadiense, llamado el Padre de la Medicina Moderna, nació en el Siglo XIX.

cuenta que hasta el más neófito advierte la diferencia entre ambas terminologías por lo que resulta inaceptable el “descuido” de tratarlas como sinónimos.

En este mismo párrafo, separado por un punto seguido se hace referencia a la posibilidad de ***“rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable”***, declaración que, según las definiciones que se han venido analizando a lo largo del desarrollo del presente trabajo, encuadra en la categoría de ***“eutanasia voluntaria”***, que es aquella que se realiza a petición del paciente. Pero luego en el Art. 11 “Directivas Anticipadas”, aclara que ***“las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes”***, lo que deja al desnudo una contradicción inaceptable en el texto de una ley que regula un tema particularmente sensible para la sociedad.

Con respecto al segundo párrafo de este mismo inciso “e” también resulta ambigua la redacción del mismo, porque no queda claro a qué se refiere cuando alude a ***“los procedimientos mencionados no significarán la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”***, lo que hubiera quedado mejor explicitado si se hubiera hecho referencia a los llamados ***“cuidados paliativos”*** que, de acuerdo a la definición proporcionada por la Sociedad Europea de Cuidados Paliativos son: ***“aquellas atenciones que se dan a un paciente con una enfermedad potencialmente mortal, en fase avanzada y al que no afectan los tratamientos curativos”***⁶⁸ a los cuales hace referencia en el inciso “h” agregado a la modificación que se hace del Art. 5 de la Ley 26529 cuando dice: ***“h) el derecho a***

⁶⁸ www.secpal.com

recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.”

Los cuidados paliativos ponen el énfasis en la paz, la comodidad y la dignidad del paciente. Una de las metas principales de los cuidados paliativos es el control del dolor y de otros síntomas para que el paciente pueda permanecer lo más cómodo posible. Los servicios de cuidados paliativos están disponibles para personas que ya no pueden beneficiarse de los tratamientos curativos; el paciente típico de cuidados paliativos tiene un pronóstico de vida de 6 meses o menos.⁶⁹

Otro punto que resulta desconcertante es el relacionado con el Art.4 de la Ley 26742 que reza: “incorporase en el art. 7 de la Ley 26529 el siguiente inciso: *f) En el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5 deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto.*” Si leemos con detenimiento el Art. 7 de la Ley 26529 vemos que en el texto del mismo se aclara cuáles son los supuestos para los que se requiere que el consentimiento prestado por el paciente sea escrito: a) Internación; b) Intervención Quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgo según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación. A estos cinco incisos se agrega el inciso “f” que aclara que para los supuestos contemplados en el Inc “g” que se agregó al Art 5 de la Ley 26529 *“la constancia de la información debe ser realizada en acta”*.

La pregunta que surge inmediatamente es si se trata de un acta con intervención de un escribano, o si sólo se usó el término *“acta”* como sinónimo de la expresión *“por escrito”* que ya estaba en la ley, con lo cual estaríamos ante una redacción redundante y carente de sentido.

⁶⁹ González Barón, Manuel, *“Tratado de medicina paliativa y tratamiento de soporte al enfermo de cáncer”*.. Editorial Médica Panamericana. Madrid. (2007). www.med.unne.edu.ar

Si nos atenemos al significado de la palabra, "*acta*" deriva del latín y significa "*los hechos*"; por lo que un "*acta es un testimonio escrito de los hechos ocurridos en cualquier circunstancia*". Es decir, hechos que se asientan por escrito y que resulta importante registrar y conservar. Formalmente debe contener datos del lugar donde se labra, fecha y hora; una breve introducción sobre el hecho a que se refiere o el motivo que da lugar a su escritura y un detalle pormenorizado de lo que acontece en el acto. Para su cierre, se usa generalmente un párrafo "de estilo", indicando la hora en que termina el acto y señalando que al pie firmarán los presentes "prestando su conformidad" a lo actuado.⁷⁰

Con respecto al Art. 6 de la ley 26529, modificado por el Art. 3 de la ley 26742 y que refiere a la "*Obligatoriedad*", agrega un segundo párrafo que reza: "*En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el Art. 21 de la ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido.*" Es decir, se incorpora la figura del "*Representante*", lo que torna a este Art. en "*Inconstitucional*", ya que tanto el "*Derecho a la Vida*", como el "*Derecho a la Muerte*", son "*Derechos Personalísimos*" que, aunque no se encuentran incorporados expresamente en el texto de la Constitución, surgen de su espíritu y que sólo son disponibles para sus titulares, con lo cual mal podría un representante disponer de ellos. Y, si se insistiera en esta cuestión, se estaría legislando a favor de la "*Eutanasia Involuntaria*", es decir la que se realiza sin la petición del paciente, que está expresamente prohibida por la ley.

⁷⁰ <http://ar.vlex.com/tags/acta-notarial-de-manifestaciones-2406603>

La figura del representante sólo tendría razón de ser si funcionara como “*garante*” del cumplimiento de las disposiciones de voluntad expresadas por el paciente en su “Declaración de Voluntad Anticipada”.

A lo manifestado debo agregar que entiendo que el incorporado Art. 11 bis no exime de responsabilidad a los actores sanitarios que intervengan en situaciones derivadas de la aplicación de la presente ley, esto derivado de la contradicción que surge manifiesta en la redacción de artículos que por un lado privilegian la voluntad del paciente para rechazar por ejemplo la hidratación y por el otro insisten en que estas disposiciones no deben ser entendidas como la supresión de cuidados paliativos o prácticas eutanásicas.

CONCLUSION

A lo largo del presente trabajo ha quedado demostrado que los más ingentes y denodados esfuerzos por vencer a la muerte han resultado ineficaces, razón por la cual y con el objetivo de lograr un cierto equilibrio en la relación alivio-sufrimiento por la que debe atravesar el paciente, deviene sino imperiosa al menos con el carácter de cierta necesidad la incorporación de un debate serio sobre las nuevas tendencias en la relación médico-paciente que se vienen dando a nivel mundial y de las que Argentina no puede quedar excluida.

Desde luego no resulta fácil admitir que estamos llamados a un final y que por distintas razones nos resistimos a aceptarlo, pero la realidad es una sola y así como hemos vivido también deberemos morir, y el hombre y sólo él podrá decidir sobre cómo desea que sea su final, cuando se encuentre frente a una situación en la que ya nada podrá hacerse para que siga gozando de una vida plena, sino por el contrario lo que sólo se le podrá brindar es más sufrimiento si se le siguen realizando tratamientos o aplicando terapias excesivas.

Es en este momento cuando el hombre, en su intimidad y sin vulnerar derechos de terceros, tendrá la posibilidad de exigir que se cumpla con su voluntad expresada de forma fehaciente, rechazando ser sometido a ese ensañamiento terapéutico inconducente para proporcionarle calidad de vida y cuyo único resultado es cantidad de vida, pero de una vida llena de padecimiento, de dolor, de sufrimiento y de indignidad.

No se trata por cierto de instalar un debate tendencioso, hacia la aceptación de la eutanasia, sino un debate digno de un estado de derecho maduro, sensible y respetuoso en el que el hombre pueda ser capaz de tomar sus propias decisiones, sin que ellas afecten a terceros, recorriendo el camino de la concientización, de la aceptación de la

finitud humana, ya que el nacimiento y la muerte son los dos extremos de nuestra existencia, a la que llamamos vida.

Si defendemos el derecho a nacer porque entendemos que somos personas desde la concepción, luego defendemos el desarrollo de esa vida en condiciones dignas, ¿por qué nos resistimos a entender que la muerte forma parte de ese círculo biológico, y nos negamos a enfrentar el fin con la misma dignidad que exigimos para vivir?

No se escapa de las presentes consideraciones el hecho de que el profesional de la medicina persigue mantener la salud de los pacientes, cuidar y salvar sus vidas, que ha realizado un juramento que no debe ser violado, pero también debe comprender que existe un límite que tampoco debe ser vulnerado y esta es la autonomía del paciente que no desea ser sometido a determinados tratamientos que no le garantizan una sobrevivencia de calidad, sino sólo de cantidad.

Esta colisión entre los derechos del paciente y los deberes del médico, presenta un dilema bioético, no obstante lo cual es menester situarse en la posición del paciente que reclama ser escuchado, que se respeten sus derechos y, por el otro, la conducta ética del médico cuando deba considerar su deber de respetar los derechos del paciente, lo que deberá hacer con el más alto grado de desinterés y honestidad, brindando la atención adecuada y proporcionada a cada caso en particular.

Ética y derechos humanos se confunden, y es así que la situación es multifacética y debe ser entendida y abordada como tal por cuanto cada una de sus caras reviste especial importancia.

Así aparecen el derecho a la autodeterminación del paciente, su derecho a una información completa, veraz y adecuada a su capacidad de comprensión, el respeto a la vida, el respeto a una muerte digna, todos derechos que le asisten al paciente y por otro

lado los derechos del facultativo a elegir el tratamiento, el cumplimiento de su juramento hipocrático, el ejercicio de su derecho de objeción de conciencia, entre otros.

Como ya fuera reseñado a lo largo del presente trabajo, atrás ha quedado el modelo denominado "paternalista" tan característico de la relación médico-paciente hasta fines del siglo pasado.

Tal relación distaba de estar caracterizada por la igualdad de sus extremos. En uno se presentaba el paciente, totalmente desarmado y obediente y, en el otro el médico de quien dependía exclusivamente la toma de las decisiones en relación con los tratamientos a seguir o las intervenciones a realizar.

Es notorio como la sociedad, de a poco, va realizando cambios de paradigma en distintos ámbitos, siendo el de la relación médico-paciente uno de los cuales ha experimentado los cambios más profundos.

Por nuestros días la autonomía del paciente se presenta casi como una barrera infranqueable frente al servicio de salud, el cual sufre una suerte de desplazamiento, pensemos como ejemplo los fallos recientes relacionados con los Testigos de Jehová.

Sin embargo no debemos caer en eufemismos que nos lleven a considerar a los actores de los servicios sanitarios como meros ejecutores de la voluntad de los pacientes desvirtuando la actuación y participación del médico en el proceso de la enfermedad.

No debemos perder de vista que, aun en la condición de enfermedad Terminal, la persona es sujeto de derecho por lo cual impedirle manifestar su voluntad al respecto lo convertiría en objeto de la medicina, dado que en el momento de decidir las terapias que le serán aplicadas sobre su propio cuerpo, no podrá oponerse en virtud del que el profesional de la medicina está cumpliendo con su deber profesional, que sólo podría ceder ante el ejercicio por parte del paciente de su derecho a decidir sobre su propio cuerpo y los tratamientos que está decidido a aceptar o no.

Esta situación presenta una notoria asimetría ya que el médico es un experto en su área y no así el paciente que es lego en la materia.

Otra situación a tener en cuenta es que el paciente con enfermedad terminal se encuentra en una notoria posición de debilidad física, psíquica anímica ya que al conocer el verdadero carácter de su padecimiento, el final de su existencia ya no es una noción abstracta sino una realidad concreta a la que está enfrentado y que tiene derecho a decidir sobre su desenlace.

Como ya lo señalamos anteriormente este enfermo terminal, por ser sujeto de derecho sigue titularizando el derecho a una vida digna, a decidir sobre su propio cuerpo, derecho al respeto a su integridad física, derecho a vivir conforme a sus convicciones. Todos derechos de raigambre constitucional también amparados por el vasto plexo normativo y que también gozan de protección en los Tratados Internacionales, todo lo cual ha sido oportunamente señalado a lo largo del presente trabajo.

El vacío legal que existía al respecto tornaba necesaria la sanción de una ley que protegiera este derecho fundamental y personalísimo de todo hombre a una muerte digna, objetivo que, como ya fuera planteado en el Capítulo V del presente trabajo, no ha quedado totalmente satisfecho en razón de que, como ya fuera señalado, han quedado zonas grises.

No obstante representa un importante avance legislativo en la materia, ya que otorga una mayor entidad legal y moral a las directivas anticipadas, lo cual ya constituye un importante paso hacia el logro del reforzamiento de la autodeterminación del paciente y el respeto a sus creencias, integridad física, psíquica, moral, ética y religiosa.

También deseo dejar clara mi posición respecto a los puntos en lo que señalé mi discrepancia con el texto de la ley 26742 en el sentido que la falta de claridad traería aparejados ciertos desequilibrios que, eventualmente podrían acarrear situaciones no deseadas en la relación médico-paciente, ya que de acuerdo a como se presentan las cosas a partir de la sanción de esta ley, el médico podría quedar en situación desventajosa y desprotegido en cuanto a eventuales responsabilidades surgidas del cumplimiento de la voluntad expresada por el paciente, si ésta no quedó lo suficientemente clara en su redacción, o no fue instrumentada convenientemente o fue el producto de la decisión de un representante o sus familiares, en virtud de que como ya se aclaró el derecho a la muerte así como el derecho a la vida son derechos personalísimos y por lo tanto indisponibles por terceros.

Es mi opinión que la sociedad argentina aún es acreedora de una ley respetuosa de sus libertades fundamentales, entre las que se encuentra el derecho y la libertad de autodeterminarse, por lo que es deber indelegable e impostergable de nuestros legisladores continuar en la ardua tarea de darnos un instrumento legal más equilibrado y balanceado que conjugue la voluntad del paciente que pretende una solución concreta a sus padecimientos y la actuación y protección de los profesionales de la salud.

BIBLIOGRAFIA

- ✓ Amenos Vidal, José María, “La Distanasia. Obstinación Terapéutica”. Psicólogo y Clínico Social. Investigador. Universidad Central de Barcelona.
www.eumed.net
- ✓ Andruet, Armando S (h): “Bioética, Derecho y Sociedad, Conflicto, Ciencia y Convivencia” Ed. Alveroni 2004.
- ✓ Bacon Francis, “*De augmentis*”
- ✓ Blanco, Luis Guillermo, Abogado, Presidente de la Comisión de Derecho Médico y Bioética del Colegio de Abogados de Santa Fe y Secretario de la Comisión del Derecho de la Salud de la Federación Argentina de Colegios de Abogados. “Muerte Digna. Consideraciones bioético-jurídicas” (Prólogo del Dr. Germán J. Bidart Campos), Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, 135 págs.;
www.bioeticas.org
- ✓ Blanco, Luis Guillermo. Argentina Directivas Anticipadas. Colegio de Abogados de Santa Fe.
- ✓ Borda, Guillermo A. Borda, “Manual de Contratos”, pgs.38-41, Ed. Arte Gráfica, 2000
- ✓ Butera, Miguel, Exposición en el XI Congreso Argentino de Terapia Intensiva. Bs. As. Argentina. 2000. Miembro del Comité Bioético del Hospital Italiano de Bs. As.
- ✓ Cam. Nacional Civil, Sala I, 25 de octubre de 1990 publicado en La Ley, diario del 5 de agosto de 1991

- ✓ Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala I, 28 de diciembre de 1993 publicado en El Derecho, diario del 18 de noviembre de 1994
- ✓ Castaño de Restrepo, María Patricia: “El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica”
- ✓ Castro Bermúdez, Idelisa. Prof. Del Dpto. de Filosofía y Salud. Cátedra de Bioética. Facultad de Ciencias médicas de Holguin, Cuba. www.cocmed.sld.cu
- ✓ Código Civil Argentino
- ✓ Código Penal
- ✓ Constitución Nacional
- ✓ Convención Americana de Derechos Humanos. (Pacto de San José de Costa Rica)
- ✓ Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles e Inhumanas o Degradante
- ✓ Diccionario de la Real Academia de Lengua Española
- ✓ Diez Picazo, Luis , “Sistema de Derecho Civil”. www.unilibro.es
- ✓ Facultad de Ciencias Médicas Diego de Ávila. Artículo sobre “Eutanasia, un dilema actual”,
- ✓ Fallo de la Sala 2ª de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la ciudad de Rosario, inédito
- ✓ Ferrante María Soledad y col. Beauchamp y Childress, Principios de Ética Biomédica, Ed. Mason, 1999

- ✓ Fraga Mandian, Antonio y Manuel María LAMAS MEILAN “El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)” Edit. Revista Xurídica Galega, España 1999
- ✓ Galán Cortés, Julio César, “El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios” pág. 37.
- ✓ Galán Cortés, Julio César, Abogado, Dr. En Derecho y Especialista en Medicina Sanitaria, de origen Español
- ✓ Gascón Abellán, Marina, Artículo contenido en *Humanitas, Humanidades Médicas*, volumen 1, número 1, enero-marzo de 2003.
- ✓ González Barón, Manuel, “*Tratado de medicina paliativa y tratamiento de soporte al enfermo de cáncer*”. Editorial Médica Panamericana. Madrid. (2007).
www.med.unne.edu.ar
- ✓ Hans Martin Sass, Bioeticista, Profesor de Filosofía en la Universidad Ruhs y Bochum de Alemania e Investigador en el Instituto Kennedy de Ética en la Universidad de Georgetown, Washington DC. www.unav.es
- ✓ HIGHTON, Elena I. y Sandra M. WIERZBA “La relación médico-paciente: el consentimiento informado” Edit. Ad-Hoc, 1991, pág. 11.
- ✓ <http://ar.vlex.com/tags/acta-notarial-de-manifestaciones-2406603>
- ✓ Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 3, Mar del Plata, setiembre 18 de 1995.-"Dirección del Hospital Interzonal General de Agudos (HIGA) de Mar del Plata s/ Presentación" (firme).
www.muerte.bioetica.org/juris/fallos5.htm

- ✓ Kenia Tellez Frandin, Ángela Carcases Vera. Odania Mondejo Ortiz, Carlos A. Romero González.
- ✓ Kübler Ross Elisabeth, “*On Death and Dying*” “Sobre la Muerte y el Proceso de la Muerte”(1969) www.ekrfoundation.org.
- ✓ Kutner Lewis, abogado estadounidense activista en favor de los derechos humanos. Cofundador, junto con Peter Benenson, de Amnistía Internacional en 1961. Creador del documento denominado testamento vitall y defensor del derecho al habeas corpus mundial. www.elsevier.es.
- ✓ La Convención Interamericana
- ✓ Ley 17.132 “Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares”.
- ✓ Ley 24.193
- ✓ Ley 26.742 “Muerte Digna”
- ✓ Llambías, Jorge, “Tratado de Derecho Civil, Parte I”
- ✓ Lorda, Simón. Dr. En Medicina, Especialista en Bioética, Miembro del Comité de Bioética de España, Autor de numerosas obras relacionadas con las nuevas formas de entender la relación médico-paciente, entre otras
- ✓ Maglio, Francisco, “Ética médica frente al paciente crítico”, Med. Forense, año 1 N° 1, 1998
- ✓ Maglio, Francisco, Médico Forense, especialista en Antropología y Bioética.
- ✓ Maglio Ignacio. “Pautas y Recomendaciones para la Abstención y/o Retiro de los Métodos de Soporte Vital en el Paciente Crítico. Anexo IV. Pág. 87 Guías de Buena Práctica Ético Legal en Anestesiología y Terapia Intensiva – 1° edición, Bs. As. Arkhetypo. 2004

- ✓ Marcucci, Hugo “Relevancia de la Autonomía de la Voluntad o Voluntad Anticipada”. Fuente:Ellitoral.com
- ✓ Metchnikoff *Elías*, Microbiólogo ucraniano, Premio Nobel de Fisiología en 1908. Tuvo siempre un respeto reverencial por la muerte y por eso creó disciplinas científicas como la gerontología (ciencia de la vejez) y la tanatología (ciencia de la muerte). www.historiadelamedicina.org/metchnikoff.html.
- ✓ Migone L. Las respuestas médicas y sociales a las solicitudes de eutanasia. *Medicina y Ética* 2000; 11:17110.
- ✓ Molano, Eduardo “El Principio de Autonomía Privada”. www.dspace.unav.es
- ✓ Osler, William Médico Canadiense, llamado el Padre de la Medicina Moderna, nació en el Siglo XIX. ¹ www.secpal.com
- ✓ Patitó, José Angel, Enciclopedia Médico-Legal, Vol. II
- ✓ Perez Tamayo, Ruy y col, “Eutanasia. Hacia una Muerte Digna”. www.dilemata.net; www.juridicas.unam.mx; www.revistas.unam.mx
- ✓ Pratt, Enrique H. “Conferencia de clausura del Master en Bioética, Pamplona”. www.unav.es
- ✓ Pucheta, Leonardo, Miembro Permanente del Comité de Bioética de la Universidad Nacional de Quilmes. www.informevip.com. www.centrodebioteica.org
- ✓ Ramsey, Paul, MD, CEO, UW Medicine, Vice-Presidente Ejecutivo para Problemas Médicos y Decano de la Escuela de Medicina de la Universidad de Washington. www.ramsayhealth.com.

- ✓ Rebolledo, Jaime Federico, “Fundamentos de la Tanatología Médica”.
www.cnb-mexico.salud.gob.mx
- ✓ Rocca, Claudia Vivián, “El Principio de Autonomía”, “Bioética y Autonomía”
Conferencia realizada en la Defensoría General de la Nación, 2005 – Fallos que involucran a Testigos de Jehová.
- ✓ Sancho Gargallo, Ignacio “Tratamiento Legal y Jurisprudencial del Consentimiento Informado”, Barcelona, 2004. www.indret.com
- ✓ Solares, Argelia Lara, “Manejo del Paciente Terminal”, Trabajo de Investigación realizado en el Instituto Nacional de Ciencias Médicas “Salvador Zuvirán”.
www.incan.org.mx
- ✓ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 15 de diciembre de 1992, publicado en La Ley, diario del 4 de mayo de 1993 y en El Derecho, diario del 14 de julio de 1993.
- ✓ Tratado Internacional de DD HH
- ✓ Universidad de Manizales - Artículo publicado por la Facultad de Medicina
- ✓ Vide Apéndice Documental “Decisiones éticas conflictivas entorno al final de la vida una introducción general y un marco de análisis, en Eutanasia hoy un debate abierto”, Madrid, Noesis, 1995 Pág. 313.
- ✓ VII Jornada Notarial Iberoamericana, México, 04/07/02
- ✓ www.bioeticayderecho.ub.es
- ✓ www.biotecicaidret.cat
- ✓ www.pablorosales.com.ar

INDICE

RESUMEN	2
ABSTRACT	2
INTRODUCCION.....	4
CAPITULO I.....	8
ASPECTOS GENERALES.....	8
CAPITULO II.....	20
PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD	20
AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.....	21
El principio de autonomía: una nueva perspectiva.....	23
Recepción del Principio de Autonomía de la Voluntad en Nuestra Jurisprudencia... ..	26
CAPITULO III	32
IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y SU ADECUADA INSTRUMENTACION.....	32
Consideraciones generales.....	33
Jurisprudencia Nacional en Materia de Consentimiento Informado	35
La Instrumentación del Consentimiento Informado	39
Forma de Prestar el Consentimiento.....	40
Efectos del Consentimiento Informado	40
Consecuencias de la Ausencia o Defecto de Consentimiento Informado	41
Prestación del Consentimiento y Capacidad para prestar el Consentimiento	41
CAPITULO IV	43
DECLARACION DE VOLUNTAD ANTICIPADA.....	43

CAPITULO V	50
STATUS NORMATIVO.....	50
Marco Normativo Actual.....	51
TABLA COMPARATIVA DE AMBAS LEYES	55
CONCLUSION	65
BIBLIOGRAFIA	70
INDICE.....	76