

TRABAJO FINAL DE GRADO



ANÁLISIS DE LOS EFECTOS Y ALCANCES

DE LA LEY 26.742 DE MUERTE DIGNA

**¿La ley 26.742 de muerte digna, comprende el derecho
constitucional a morir?**

AUTORA: VIVIANA DE LOURDES OUTEDA

CARRERA: ABOGACIA

AÑO: 2016

Resumen

El problema de esta investigación está centrado en el análisis de los efectos y alcances doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales de la ley 26.742 llamada de muerte digna promulgada en el año 2012, modificando a la ley sancionada en el año 2009 conocida como “Los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud”. Ambas darán la posibilidad de regular lagunas legislativas que en nuestra normativa se presentaban en la relación a la salud del paciente en estados de gravedad, destacándose la autonomía de voluntad del mismo como derecho fundamental. Asimismo, a lo largo del desarrollo del presente trabajo se tratará de dar respuesta al siguiente interrogante: ¿La ley 26.742 sobre muerte digna, comprende el derecho constitucional a morir?

La finalidad del TFG es el estudio de los criterios doctrinarios, de la religión; de las normativas provinciales, nacionales e internacionales; de los principios adoptados por los tribunales en diversos fallos frente a situaciones reflejadas en la presente ley.

Se estudiará el derecho a la salud, la relación del médico y de los pacientes con patologías irreversibles, incurables o en un estadio terminal, mencionando los derechos y obligaciones de ambos.

La utilidad de la investigación radica en brindar una información detallada, objetiva y lo más completa posible para comprender lo regulado específicamente por la ley sobre muerte digna, su comparación con la eutanasia y otros institutos. Concluyendo este trabajo con el estudio del fin de la existencia humana y su relación con la presente ley citada.

Palabras claves: derecho-ley-eutanasia- muerte digna-salud- paciente-médico

Abstract

The research's present problem is the analysis of effects and impacts doctrinaires, legislatives and jurisprudentials of Law 26.742, called Dignified Death, promulgated in 2012. It modified the Law enacted in 2009, known as "The patient's rights in their relationships with professionals and health intitutions". Both of them, will give the possibility of regulate legislative's gaps that, in our law, there's a legal vacuum in relation to a critically ill patients, highlighting their willingness autonomy as a fundamental right. Also, throughout the development of this work I'll try to answer to the question: Does the Dignified Death Law, 26.742, include the constitutional right to die?

The TFG's purpose is the treatment of topics like the doctrinaires and religious lines, about the provincial, national and international normatives, about the courts's several rulings adopted in differents situations reflected in this law.

The right to health, the relationship between physician and patients with irreversibles, incurables or end-stage pathologies, will be considereded, with particular reference to the rights and obligations by both sides.

The usefulness of this research consists in provide a detailed, objective and complete information, to understand the Dignified Death Law, compared to euthanasia and others intitutions. To conclude this work with the study of the human life end and its relationship with this Law.

Keywords: right-euthanasia law-worthy death-health- patient-doctor

Agradecimientos

A la memoria de mi amada compañera de largas jornadas de estudio, mi hija Fátima, quien enfrentó su enfermedad y muerte con total fortaleza.

Recuerdo nuestra canción, hija, de Marcela Gangara “aunque mis ojos ya no te pueden ver, te puedo sentir, sé que estas aquí; aunque mis manos ya no pueden tocar tu rostro, sé que estas aquí... mi corazón puede sentir tu presencia”. Mi gran amor, llegará ese día que nos volveremos a encontrar para darnos nuestro abrazo eterno.

A mí querido marido José quien luchó a mi lado como todo un centinela, mi pilar en los momentos más trascendentes de la vida.

A mi hijo Apolo, quien Dios nos bendijo con su nacimiento.

A mis padres Eduardo y Liliana por darme la vida y su apoyo constante; siendo parte de mis alegrías y tristezas con la templanza que necesité.

A mis hermanas Jesica y Erika y sus familias, por su amor incondicional; su acompañamiento incesante, haciendo suyos tanto mis derrotas como mis logros.

A mi abuela Estela, de un caminar lento y una mirada avejentada por el pasar de los años; viejita, nuestro amor mutuo es y será eterno.

A mi familia política, cuñados y sobrinos por estar a mi lado cuando realmente los necesité.

A mi hermana del alma María, quien Dios me puso en el camino para darme ese impulso que necesité para llegar a mis metas, sin importar lo que costara.

A mis compañeras y amigas, Natalia y Milagros, nos conocimos en la universidad, pasamos por todos tipos de circunstancias, hoy seguimos juntas, aferradas a nuestra amistad.

A mi estimado amigo Roberto, por su contribución posibilitando con ello, desplegar mis alas hacia este sueño.

A mis profesores Pablo César Mortarotti y Sergio Raponi, por su comprensión, y sobre todo, por la paciencia en el acompañamiento de este proceso, enriqueciendo mis conocimientos.

A mis amigos y compañeros, de este mundo y los que hoy no están, por su apoyo tanto en mis buenos momentos como en los difíciles.

A todos ustedes, gracias y mis Bendiciones.-

INDICE

Introducción	6
Marco Metodológico	9
CAPÍTULO I: DERECHOS FUNDAMENTALES	11
1. Introducción	11
2. Derechos fundamentales y la persona humana	11
3. Derechos personalísimos.....	14
3.1. Derecho a la vida.....	16
3.2. Derecho a la salud.....	17
4. Bioética, principios y derechos humanos.....	18
5. Biopolítica y Bioderecho. Orígenes y conceptos.....	20
6. Conclusión parcial	21
CAPÍTULO II: DERECHOS Y OBLIGACIONES MEDICO- PACIENTE.....	23
1. Introducción	23
2. Relación entre el médico y el paciente	23
3. Contrato Médico, derechos, deberes y obligaciones	24
4. Derechos y obligaciones del paciente menor y mayor de edad	26
5. Conclusión Parcial	31
CAPITULO III: LEY 26.742 DE MUERTE DIGNA.....	32
1. Introducción	32
2. Antecedentes legislativos provinciales y nacionales previos a la aprobación de la ley de muerte digna.....	32
3. Argumentos a favor y en contra de la ley 26.742 de muerte digna.....	34
4. Fallos relevantes en el derecho comparado	43
5. Fallo nacional comentado de “Marcelo Diez”	44
5.1. La trama judicial.....	45
6. Conclusión Parcial	46
CAPITULO IV: EUTANASIA.....	48
1. Introducción	48
2. Breve reseña histórica.....	48
3. Definición de Eutanasia	49
3.1. Clasificación	50
3.2. Distanasia.....	50

3.3. Ortotanasia.....	51
3.4. Suicidio asistido.....	51
3.5. Cacotanasia.....	51
4. La Eutanasia según la visión filosófica y religiosa	52
5. Caso “Karen Ann Quinlan”	56
6. Caso “Nancy Cruzan”	57
7. Eutanasia y Muerte Digna.....	59
8. Conclusión Parcial.....	60
CAPITULO V: FINAL DE LA EXISTENCIA	61
1. Introducción	61
2. Derecho a morir. Fin de la existencia humana.....	62
3. Enfermedades irreversibles e incurables.....	65
4. Directivas anticipadas, testamento vital o testamentos de salud.....	66
4.1. Sujetos otorgantes, requisitos, revocación.....	67
4.2. Fallo relevante: “M”	68
5. Derecho de autonomía de voluntad.....	70
5.1. Caso Parodi	71
6. La acción de amparo como instrumento de protección o tutela de los derechos fundamentales	72
7. Conclusión Parcial	73
CONCLUSIÓN FINAL	75
GLOSARIO.....	79
BIBLIOGRAFÍA.....	81
Doctrina	81
Legislación.....	83
Jurisprudencia Nacional.....	84
Jurisprudencia Internacional.....	84
Páginas web	84
ANEXO	87

Introducción

Según lo que plantea Berbere Delgado (2012), la evolución de la ciencia ha permitido el avance en numerosas disciplinas como en la Medicina y la Ciencias Tecnológicas, ambas de gran importancia para el desarrollo de la humanidad. El trabajo conjunto de las dos ha posibilitado la cura de enfermedades por medio de medicamentos, estudios y tratamientos, prolongando la vida en situaciones impensadas tiempos atrás.

En este sentido, y siguiendo con el pensamiento del autor citado en el párrafo anterior, se afirma que parte de la doctrina entiende que estamos en la cuarta generación de los derechos humanos; esto es, la era de la muerte tecnológica. Era en la cual, a través de un soporte vital en las prácticas médico-asistenciales, se logra reemplazar las funciones de los órganos, llegando a lo que se podría denominar “muerte intercedida”. Así, se roza al límite de un encarnizamiento terapéutico, al intentar prolongar la vida, ya sea en agonía o sufrimientos, a pacientes que se encuentran con diagnósticos terminales, los cuales revisten el carácter de irreversibles e incurables.

Conforme ello, el derecho debe ir acompañando el desarrollo de las ciencias para evitar posibles lagunas. En este trabajo se analizará como punto relevante, el fin de la vida, con especial hincapié en aquellos pacientes que presenten una enfermedad irreversible, incurable, que se encuentren en estado terminal, o bien, hayan sufrido lesiones que los coloquen en situación similar. Se estudiará el deber del médico de informar al paciente o parientes próximos, toda situación que se presente en relación al diagnóstico o enfermedad a tratar, destacándose el consentimiento informado. En este sentido, Ghersi (2012) se refiere a que el derecho del enfermo a acceder a las directivas médicas anticipadas le posibilitará manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o cualquier medio que prolongue el estado irreversible e incurable que le afecta.

Con la incorporación a la normativa nacional de la ley 26.529 (“los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud”) del año 2009 y su modificación por la ley 26.742 (conocida como “de muerte digna”), ha posibilitado que la Republica Argentina cuente con respaldo legislativo nacional. De esta forma, se armonizó con lo expresado en diversos tratados internacionales a los que como país nos adherimos a partir de la incorporación del artículo 75 inciso 22 en la reforma constitucional del año 1994, en torno al derecho a la salud,

dignidad, libertad y autonomía de voluntad. Anteriormente a la sanción de las leyes nombradas, la solución ante los conflictos en que los enfermos terminales, familiares y terceros querían hacer valer sus derechos, sólo se referenciaba con la jurisprudencia internacional. Tres años después de sancionada la ley 26.742 sobre “muerte digna” sentamos nuestro primer precedente nacional a partir de la historia de vida de Marcelo Diez, quien tuvo un accidente de moto en 1994 en Neuquén, quedando en estado vegetativo. Desde 2009 su familia reclamaba que se le dejará de suministrar alimento e hidratación. Recién a los 20 años y 8 meses del accidente, la Corte Suprema reconoció el derecho de Marcelo a tener una muerte digna con la incorporación del fallo de CSJN: “D, M. A. s/declaración de incapacidad” de 2015.

Como *objetivo general de esta investigación*, se propone el análisis de los efectos y alcances de la ley 26.742 sobre “muerte digna” promulgada en el año 2012, desde el punto de vista doctrinario, legislativo y jurisprudencial. En relación a este objetivo, se plantea el siguiente interrogante: La ley 26.742, llamada de “muerte digna”, ¿comprende el derecho constitucional a morir?

En relación al mencionado objetivo general se articulan los siguientes *objetivos específicos*: describir los derechos personalísimos de la persona humana, según la legislación vigente; analizar los conceptos de bio-ética, bio-derecho y bio-política; plantear la salud como derecho humano fundamental; analizar la relación paciente-médico, derechos y obligaciones mutuas; investigar los antecedentes legislativos provinciales, nacionales e internacionales, previos a la aprobación de la ley 26.742 sobre “muerte digna”; realizar un análisis de la ley 26.529 conocida como “derechos del paciente en su relación con los profesionales e institucionales de la salud” y de su modificación por la ley 26.742 sobre “muerte digna”; examinar los pro y contra de la muerte digna en enfermos terminales; análisis de fallos relevantes, tanto de jurisprudencia nacional como internacional; describir la eutanasia, su reseña histórica y su clasificación; plantear diferencias y similitudes entre eutanasia y muerte digna; estudiar el concepto de eutanasia, según la visión filosófica y religiosa; considerar el derecho a disponer de la propia vida ante el fin de la existencia individual.

Los objetivos mencionados están plasmados en su generalidad en los siguientes *cinco capítulos*:

En el capítulo I se hará referencia, a los derechos fundamentales de las personas, consagrando la vida, el derecho a la salud, la integridad física y el derecho de disponer de su propio cuerpo, y la relación conceptual entre la bioética, biopolítica y bioderecho.

En el capítulo II se abordará, la relación médico – paciente y los derechos y deberes del paciente menor, adulto y del médico.

En el capítulo III se describirá, la ley 26.742 llamada de “muerte digna”, los antecedentes legislativos provinciales, nacionales e internacionales, previos a la aprobación de dicha ley, con sus argumentos a favor y en contra. Se citará y analizarán algunos fallos relevantes en torno a la temática.

El capítulo IV se centrará, en la eutanasia, sus antecedentes y clasificaciones, como así también se hará una comparación con la muerte digna.

En el capítulo V se planteará, el final de la existencia humana, los tipos de enfermedades irreversibles e incurables y las distintas posturas doctrinarias al respecto. Directivas anticipadas y el derecho a la autonomía de la voluntad.

Al concluir cada capítulo trabajado se expondrá una breve conclusión parcial que reforzará la conclusión final.

La *finalidad del TFG* será investigar y analizar qué sucede en estos supuestos donde se enfrentan derechos constitucionales, diversas doctrinas y qué criterio adoptan los tribunales frente a este problema jurídico, en base a un conjunto de fallos jurisprudenciales. La *utilidad de la investigación* radica en brindar una información detallada, objetiva y lo más completa posible para comprender esta problemática tratando de abarcar lo regulado específicamente por la ley de muerte digna. Asimismo, evaluar si la eutanasia sería o no un instituto adecuado. Finalmente, estudiar, en la práctica, el funcionamiento de la ley de la muerte digna como los problemas que pueden generar la temática y los cuestionamientos que pueden efectuarse en su contra.

Marco Metodológico

En este trabajo de investigación se *aplicará el método descriptivo y/o explicativo*, siendo el fin de la investigación el análisis de la ley 26.742 conocida como “muerte digna”, en los distintos ámbitos jurídicos, explicando lo relativo al tema, brindando una información lo más completa posible. Con un estudio de la opinión de algunos autores que intervinieron en la creación de esta ley.

La *estrategia metodológica a utilizar será la cualitativa*, y estará dirigida a la descripción y entendimiento de algunos fenómenos o situaciones a estudiar. Se procederá a recabar datos e información sobre la temática a examinar, sobre diferentes perspectivas y puntos de vista, sin efectuar ninguna medición numérica o análisis estadístico en particular, con el sólo objetivo de comprender el instituto y distinguir claramente los casos en los cuales procede.

En cuanto a las *fuentes principales de información* se utilizarán fuentes primarias, secundarias y terciarias.

Las fuentes primarias: Se procederá a trabajar con determinados artículos de la Constitución Nacional y del Código Civil y Comercial de la Nación. Se analizará la ley 26.529 llamada “derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud” del año 2009, modificada por la ley 26.742 conocida como “muerte digna”, del año 2012.

Además, se citarán, como antecedentes de la ley 26.742 sobre “muerte digna”, las siguientes leyes provinciales: a) Ley 4264 de la provincia de Río Negro respecto a la calidad de vida y dignidad de los enfermos terminales- derecho a la abstención o el retiro del soporte vital; b) Ley 6212 de la provincia de Chaco respecto a los derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado. Se nombrará también la ley 10058 sobre “la declaración de voluntad anticipada o muerte digna” de la provincia de Córdoba, la ley nacional 24.193 conocida como “ablación e implante de órganos y tejidos” y la ley 26.061 sobre “la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”.

A su vez, se mencionan artículos de distintos tratados internacionales que presentan relación con el tema a trabajar como: Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); Convención sobre los Derechos del Niño; Convenio para la Protección

de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina; Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se nombrará jurisprudencia nacional e internacional.

Como *fuentes secundarias* se emplearán libros que contengan elaboraciones doctrinarias o que traten el tema objeto de estudio fijando posición sobre el mismo. Como así también serán de gran utilidad comentarios a fallos y determinados artículos especializados en la materia como los de La Ley Online.

En las *fuentes terciarias* entre algunas consultadas se puede mencionar Infojus.gob.ar, eldial.com, que aportan una lista de casos jurisprudenciales y publicaciones esenciales de derecho.

En resumen: el objetivo de este trabajo de investigación es el análisis de los efectos y alcances de la ley 26.742 conocida como “muerte digna” y el derecho constitucional a morir. Para ello el método de estudio es descriptivo y/o explicativo, y la estrategia cualitativa, buscando la descripción y el entendimiento de la situación planteada. Las fuentes utilizadas para esta investigación son de tipo primario, secundarias y terciarias como se ha reseñado en párrafos anteriores principalmente.

CAPÍTULO I: DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Introducción

En este capítulo se analizarán los derechos inherentes a las personas, es decir los derechos personalísimos, en la Constitución Nacional, como sus modificaciones e incorporaciones en el Código Civil y Comercial de la Nación; referido a la salud, el inicio de la vida, la dignidad y el derecho a disponer del propio cuerpo, entre otros.

Como ya fuera mencionado en la introducción general, se plantea, coincidiendo con Berbere Delgado (2012), que la evolución de la ciencia ha permitido el avance en numerosas disciplinas como en la Medicina y la Ciencias Tecnológicas ha posibilitado la cura de enfermedades, por medio de medicamentos, estudios, tratamientos; prolongando la vida en situaciones impensadas tiempos atrás, lo que dio lugar al análisis de nuevos conceptos relacionados entre sí: la bioética, la biopolítica y el bioderecho.

2. Derechos fundamentales y la persona humana

Los derechos fundamentales de la persona humana están instituidos, implícita o explícitamente, en la Constitución Nacional, ley suprema de todo el ordenamiento jurídico. Lo cual significa que las diferentes leyes, a partir de su articulado, deberán adaptarse respetando lo establecido por la Constitución. Por ende, es menester citar tres artículos de consideración, los cuales, se irán relacionando con el desarrollo de este capítulo y los subsiguientes del presente trabajo.

El artículo 19 de la Constitución Nacional establece, desde 1953:

“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”.

Es de consideración lo aportado por este artículo al destacar la libertad, la autonomía de voluntad de toda persona, posibilitando su accionar siempre y cuando no dañe a su entorno con su decisión y su obrar.

El segundo artículo, estrechamente relacionado al anterior, es el 33 de la Constitución Nacional incorporado a partir de la reforma del año 1860, el cual expresa: “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 la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Este artículo nos da soporte legislativo para la promulgación de leyes, que van posibilitando la incorporación de derechos necesarios ante el avance social, de la ciencia, la tecnología y otros, impidiendo lagunas legislativas.

Por último, la incorporación del artículo 75 inciso 22 en la reforma del año 1994, cita: “Aprobar o desechar tratados constitucionales con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a la leyes (...)”

La letra del artículo ut supra, provee de herramientas legales indispensables para posicionarnos a nivel internacional con la adhesión a distintos tratados relacionados a derechos fundamentales como lo son la vida, la dignidad, la libertad y la muerte, entre otros.

La constitución suministra los principios indispensables de todo el ordenamiento jurídico, los que se irán enriqueciendo con el agregado de aquellas normativas necesarias para darle regulación y codificación.

En cuanto a lo establecido por el Código Civil de Vélez Sársfield (ley 340), el mismo fue reformado por el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994) en el año 2015. Éste último modificó, reafirmó e incorporó diversas normativas de importancia en lo referente a los derechos fundamentales y a la persona humana. Entre ellos se destacan los siguientes: la existencia de la persona humana, las manipulaciones genéticas, la prohibición de la eutanasia, la relación médico-pacientes y la toma de decisiones en la salud, el fin de la existencia humana y las directivas médicas anticipadas, entre otras.

El derecho sobre el cuerpo humano se encuentra regulado en el capítulo 4° del CCyCN, precisamente en el artículo 17 y establece:

Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

Según consignan los autores Carameló, Herrera, y Picaso (2015), esta norma enuncia una categoría de derechos a los que no se les reconoce valor comercial. Este artículo se asocia a la categoría de los derechos personalísimos y adopta la tesis de la extra-patrimonialidad (derechos que no pueden ser considerados partes del patrimonio, no son susceptibles de ser valorados en dinero) de las partes del cuerpo humano, cuya transmisión opera sobre el principio de solidaridad y no en función de una finalidad lucrativa.

Continuando con los cambios del CCyCN aparece una modificación en cuanto a la existencia humana, así el artículo 19 establece: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”

En relación a esta modificación, Abud (2014) considera que la reforma difiere y, de acuerdo a muchos juristas, mejora la transcripción de los artículos 63 y 70 del Código Civil de Vélez Sarsfield y se ajusta a lo que ya reconoce la tradición jurídica argentina en el sentido que la vida comienza desde la concepción, dentro o fuera del seno materno.

El artículo 26 del CCyCN (2015) establece el ejercicio de los derechos por parte de la persona menor de edad. Así, el citado artículo dispone:

(...) Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Según la autora Abud (2014), dicha letra afecta la autoridad de los padres durante la etapa de crecimiento de sus hijos y fragmenta la familia en pos de estrategias de salud que quieren avanzar sobre el cuerpo de los niños, niñas y adolescentes.

La manipulación genética y la eutanasia también tienen su apartado en el mencionado texto legal. El artículo 57 del CCyCN (2015) prohíbe “(...) toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia”. Dicho artículo resulta de importancia para marcar un límite a las biotecnologías aplicadas a la vida humana.

Asimismo, el artículo 59, establece el derecho del consentimiento informado de la siguiente manera: “Para actos médicos e investigaciones de salud:(...) es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada”.

Continuando con el análisis del CCyCN en lo tema de referencia, novedosa y controvertida es la regulación de su artículo 60, ya que establece y determina las directivas médicas anticipadas o DAS, comúnmente conocidas como “testamentos vitales”. Éstas, como su nombre lo dice, son directivas sobre qué tratamiento o cuidado recibir y cuáles no, según supuestos pre establecidos. Dicho artículo 60 aclara: “(...) Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas”.

De esta manera, se mantiene la prohibición de la eutanasia conforme a la redacción de la ley 26.529 conocida como “los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud”, la cual regula los derechos de los pacientes en su artículo 11.

No obstante, según lo observa Abud (2014), en el artículo 59 inciso g) del nuevo CCyCN se ratifica lo dispuesto por la ley 26.742 sobre “muerte digna” y se permite la renuncia a la “alimentación y la hidratación”, en lo que constituye una forma de eutanasia pasiva. El debate de este tema se analizará en los próximos capítulos.

Por último, el artículo 94 del CCyCN (2015) marca un principio general: “La comprobación de la muerte queda sujeta a los estándares médicos aceptados, aplicándose la legislación especial, es el caso de ablación de órganos del cadáver”.

3. Derechos personalísimos

Es importante saber de qué se habla cuando nos referimos a los “derechos personalísimos”, ya que el Código Civil y Comercial de la Nación los incorpora expresamente. Así, establece que la titularidad de los derechos descansa sobre la persona (artículos 15 y 17). A la vez, se trata el principio y final de la personalidad. Estableciendo que se es persona desde la concepción en el seno materno; sin variar la legislación actual.

Actualmente, la doctrina y jurisprudencia nacional están de acuerdo en que su naturaleza se encuentra abarcada por el concepto de derecho subjetivo el cual está dado como el poder o acción reconocido o concedido a una persona por el ordenamiento jurídico, es decir, por el derecho objetivo, para exigir el comportamiento o conducta determinada a otra persona, que sirve para la satisfacción de intereses humanos. Los derechos personalísimos en el Código Civil y Comercial de la Nación tienen como fin permitir al hombre su autodeterminación, esto es, poder decidir sobre determinados ámbitos personales teniendo como único límite la afectación de intereses legítimos de terceros.

Los derechos personalísimos tienen aspectos que los hacen únicos frente a los demás derechos. Son derechos innatos, originados genéticamente. Según Cifuentes (2008) son además, vitalicios dado que acompañan a la persona durante todo su trayecto vital. Nunca podrán faltar totalmente, es por ello que se los caracteriza como esenciales, por oposición a la eventualidad de los demás derechos subjetivos. Y, por último, son derechos de objeto interior. Sujeto y objeto del derecho confluyen en un mismo ente. Los derechos personalísimos tienen otros caracteres: son inherentes, extra-patrimoniales, absolutos, necesarios, privados y relativamente disponibles.

Pero, no son exclusivos sino por el contrario, comparten esas características con otros derechos. En el artículo 51 del CCyCN (2015), se establece la inviolabilidad de la persona humana y se reconoce que, en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad. El principio de dignidad de la persona ha sido utilizado en reiteradas ocasiones por las distintas legislaciones. Siendo su primera aparición durante el período de posguerra, a nivel internacional, en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, donde se establece que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

En el artículo 52 del CCyCN (2015) se reconocen de forma expresa los derechos personalísimos a la integridad espiritual, denominación utilizada en doctrina para distinguirlos de aquellos que están relacionados con la integridad física, la vida y la libertad de las personas. Bajo la denominación “afectaciones a la dignidad” se establece que “la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o

identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos” (Saltzer, 2003, p. 73).

En la mayoría de los derechos positivos, existen un conjunto de normas destinadas a proteger estos derechos tales como la salud, la vida, la libertad, dignidad, intimidad, la integridad física. En tal sentido, según lo plantean Alegría y Mosset Iturraspe (2010), la doctrina jurídica se refiere al derecho de la salud catalogándolo como derecho personalísimo, derecho social, o bien jurídico fundamental.

3.1. Derecho a la vida

El derecho a la vida no está contemplado explícitamente en nuestra Constitución Nacional. Ante el vacío legislativo, la doctrina, conjuntamente a la jurisprudencia, analizó las herramientas adecuadas para solucionar el silencio normativo y confirmar que este derecho es parte del derecho positivo constitucional. Es dable destacar el artículo 33 de nuestra carta magna el cual consagra los derechos implícitos no enumerados como es el derecho a la vida. (Gelli, 2012).

Según Piqué (2013), el derecho a la vida es el derecho de mayor magnitud dentro de los derechos personalísimos, precede a los demás derechos y tiene un status *ius cogens*. Por ende, sin vida no se podrá gozar de las demás facultades. Es un derecho individual, natural, limitado. En general, la vida es considerada desde el momento de la concepción, finalizando con la muerte natural o accidental. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, como tampoco impedírsele el derecho a acceder a las condiciones que le garanticen una vida digna. El estado deberá utilizar todos sus medios para respetar el derecho a la vida al ser obligación *erga omnes*.

La CSJN¹ ha considerado a la vida como derecho natural de la persona humana, anterior a toda legislación reconocida y garantizada por nuestra carta magna y normativas. Por lo tanto, ante un posible conflicto entre el derecho a la vida y el derecho a la integridad corporal, va a prevalecer el primero sobre el segundo. No obstante, ello no condiciona a las personas a poder disponer de su propio cuerpo, salud y vida, lo cual está protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

¹ CSJN, *Saguir y Dib*, 1980, Fallos, 323:1339; *Cisilotto, Maria del Carmen Baricalla*, 1987, Fallos, 310:112; *Asociacion Benghalensis*, 2000, Fallos, 323:1339.

Con respecto al derecho a la vida, la República Argentina a través de la reforma de 1994, se adhirió a distintos tratados internacionales, siendo uno de ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) del año 1960, el cual define en su capítulo II, Derechos Civiles y Políticos, el *Derecho a la Vida*:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido (...).

3.2. El derecho a la salud

Según plantean los autores Alegria y Mosset Iturraspe (2010), los derechos fundamentales se van ampliando continuamente ante los nuevos desarrollos de los comportamientos sociales, ubicando el derecho a la salud como una obligación de hacer del propio estado, siendo éste un derecho personalísimo de raigambre constitucional protegido por nuestra ley suprema a nivel nacional.

Asimismo, el derecho a la salud se lo caracteriza por ser inalienable de la dignidad humana y universal para todas las personas. El mismo es reconocido como tal en nuestro país a partir de la reforma de 1994 de la Constitución Nacional, adhiriéndose e incorporando con jerarquía constitucional 11 declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos en su artículo 75, inciso 22.

A continuación, se hará mención a algunas de estas declaraciones y tratados, por su relación con el derecho a la salud.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, el derecho a la salud se destaca en el primer apartado en su artículo 25 mediante el siguiente texto:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y

los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se establece en el artículo 12 inciso 1: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Alegria y Mosset Iturraspe (2010) refieren a que en nuestro país el sistema de salud es ejecutado principalmente por los hospitales públicos, sin embargo, los derechos del paciente rigen para todos los sistemas de salud, no existiendo diferencias. La República Argentina, sujeto indubitado de derecho internacional, es Estado parte de convenciones de derechos humanos que sitúan a la salud como un derecho internacional.

Llegado a este punto del desarrollo, cabe aquí hacer una salvedad. Si bien, por ser derechos fundamentales de la persona humana y estar íntimamente relacionados entre sí, en este apartado se mencionaron el derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho a morir, esta última temática será tratada específicamente en el capítulo 5. Ello se debe a la necesidad de dedicarle un desarrollo más detallado y profundo, por la densidad e importancia que este derecho reviste al planteo teórico y jurídico de esta tesis.

4. Bioética, principios y derechos humanos

¿Qué es la bioética?

La Asociación Internacional de Bioética la califica como el estudio de la conducta humana sus principios y valores morales. Esta disciplina se centra en la solución de conflictos en lo ético, social, filosófico, legal y otros, teniendo como principal objetivo el de darle solución a inconvenientes en el campo de la vida, la medicina y las ciencias biológicas. Según plantea Hooft (1999), cuando se está frente a un problema bioético, se está entre hechos biológicos e instrumentales, por un lado y sistema de valores, por el otro.

Otra postura doctrinaria describe a la bioética entre su concepción como una ética aplicada y su visión como nueva disciplina. Para esta concepción, dicha disciplina surge del encuentro entre la filosofía y la emergencia reflexiva de la tecno-ciencia, en general, y la medicina, en particular. Partiendo de la consideración de un dominio interdisciplinario, Alegría y Mosset Iturraspe

(2010), plantean que la bioética es una nueva forma de hacer ética, desde una posición dialógica y pluralista.

Según Belmont, presidente de la *National Comisión for the Protection Human Subjects of Biomedical* durante los años 1974 y 1978, los tres *principios fundamentales de la bioética*, son los siguientes:

Respeto por la persona: los individuos son entes autónomos y sujetos de protección, respetar su autonomía se refiere a dar valor a las opiniones y elecciones de la persona así consideradas y abstenerse de obstruir sus acciones, a menos que éstas produzcan grandes perjuicios a otros.

Beneficencia: aquí se propone un cambio del concepto, no asociándolo a la caridad, sino al no hacer daño. Extremar los beneficios y minimizar los riesgos.

Justicia: Este principio plantea la imparcialidad en la distribución de los riesgos y beneficios, lo cual implica tratar a todos de manera igualitaria.

Según plantea Hooft (1999, p.130)

En año 1996, el *Steering Comité for Bioethics*, concluyó la elaboración de un proyecto final de convención para la protección del ser humano en relación con la ampliación de la biología y la medicina, más conocido como Proyecto de Convención de Bioética, adherida por veintiún países Europeos.

Para Catalina Ronchietto, citada por Borda (2001, p.28), los *principios de la bioética* estarían basados en tres pilares:

“Principio de respeto a la persona: Nunca es lícito manipular o intervenir en el ser humano-persona, en ninguna de sus dimensiones vitales.

Principio de respeto por la vida: nunca es lícito atentar contra la vida humana en ninguna de sus dimensiones.

Principio terapéutico: nunca es lícito intervenir o manipular elementos o partes constitutivas del cuerpo con fines no terapéuticos.”

En síntesis, la bioética intenta reconocer al paciente como un sujeto moral autónomo, con derecho a decidir libremente y sin coacción de ningún tipo, conforme a sus principios, creencias, valores en todo lo que atañe a su salud, en tanto no afecte a terceros, definición con

estrecha similitud con lo expresado en el artículo 19 de nuestra carta magna. Es dable destacar que en nuestro país, por resolución 450/92 del Ministerio de Salud se creó la Comisión Nacional de Bioética, con el fin de asesorar a las autoridades del área en materia de ética médica y bioética. Está representada por los tres poderes del estado Nacional y otras instituciones, en su mayoría del entorno médico (Hooft, 1999).

5. Biopolítica y Bioderecho. Orígenes y conceptos

De acuerdo a lo que advierte Hooft (1999), la bioética se encuentra en un debate continuo, y se ve en la obligación de incorporar otras perspectivas: cosmovisiones, aspectos religiosos, ideas políticas, valores expresados en la cultura. En función de ello, se están produciendo avances desde la bioética a la biopolítica. Para fortalecerse en la sociedad, este campo disciplinario se debe traducir y complementar con políticas legislativas aptas y coordinadas; otorgándole un alcance nacional, regional e internacional. Según este autor, el bioderecho se ve proyectado continuamente por la bioética, el cual no se constituye en una rama más del derecho, si no que expresa una forma de juridicidad específica en relación a la bioética.

Coincidimos con Ciuro Caldani (1997) en lo que expresa respecto a que la bioética y el bioderecho, surgidos de los problemas de la biotecnología, ocupan un lugar de gran significado en la cultura de nuestros tiempos, posibilitando dar respuesta a los inconvenientes que se van presentando con el avance de las ciencias, lo cual tiene directa repercusión en la sociedad y sus valores morales.

En tanto, la bioética y el bioderecho, mantienen una relación estrecha en la creación de comisiones de bioéticas y a su vez comités de ética, facilitando el acompañamiento y la solución de problemas, como puede ser en el plano de la jurisprudencia. Asimismo existen comisiones y comités de bioética instruidos en la ciencia de la salud, en distintos nosocomios para la solución de conflictos de pacientes, médicos y otros.

De acuerdo a lo que menciona Hooft (1999), a nivel internacional se dieron algunos precedentes como en el caso “Karen Ann Quinlan”² de 1970, en el cual un tribunal pidió

² Corte Suprema de Nueva Jersey. *Karen Ann Quinlan*. (1976). Recuperado de <http://medicina.udd.cl/centro-bioetica/files/2010/10/karen.pdf> Fecha de consulta: 10/08/2016

oficialmente el dictamen de este comité bioético. También, el caso de “Nancy B. Cruzan”³ en el año 1990, cuyo estado vegetativo persistente e interrupción del soporte vital, dio lugar a que se amplíe el debate bioético en la sociedad, ampliando las políticas legislativas.

El mismo autor plantea que, en nuestro país, la bioética ha tenido proyección en el ámbito la salud y protección del medio ambiente (bioderecho), asimismo en la ablación de trasplantes y en la temática de residuos peligrosos, protección de sujetos humanos en investigación biomédica, derechos del paciente a morir con dignidad. Aquí también se recurrió al Comité Bioético, en el fallo de objeción de conciencia en casos de transfusiones sanguíneas en testigos de Jehová. Ver fallo “Bahamondez, Marcelo”⁴ de 1993.

6. Conclusión parcial

En este capítulo, se hizo alusión al progreso de las ciencias y las tecnologías, lo cual va repercutiendo en el desarrollo de diversas y nuevas disciplinas y obligando a la sociedad a encontrar medios para adaptarse a los desafíos que dicho progreso plantea.

Con estrecha relación a esta temática se destacó artículos de la Constitución Nacional y la incorporación de los derechos personalísimos en el Código Civil y Comercial de la Nación, bajo un enfoque protectorio de la vida, libertad, autonomía de voluntad; posibilitando ello la decisión de las personas sobre el propio cuerpo y la conservación de su integridad física, psicológica y moral. Ya no se defiende sólo el derecho a la vida sino también el derecho a una vida digna o una muerte digna, evitando el encarnizamiento terapéutico para prolongar el sufrimiento y el dolor.

Asimismo se abordó, la importancia del derecho a la salud a nivel nacional e internacional, se destacó que en la República Argentina a partir de la reforma Constitucional en año 1994, permitió la incorporación del artículo 75, inciso 22, el cual explicitó la adhesión a distintos tratados y concordatos internacionales de jerarquía superior a las leyes, siendo algunos de ellos pioneros en el reconocimiento del derecho a la salud y de las temáticas relacionadas.

³ Corte Suprema de Estados Unidos. *Nancy Cruzan*. N°881503. (1889-1890).

⁴ C.S.J.N., “Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar”, Fallo 316:479 (1993).

A partir de esto se confiere participación estrecha a la bioética, biopolítica y el bioderecho. Estas disciplinas, por medio del análisis de los cambios referidos, van saneando los conflictos éticos, sociales, filosóficos, legales (por nombrar algunos), con el fin de darle solución a los nuevos inconvenientes que se configuran en los campos de la vida, la muerte, la propia medicina y ciencias biológicas. Es decir, contrariamente a lo que hoy vive la humanidad, tiempo atrás no se discutía el desenlace de una persona con una enfermedad incurable y progresiva.

Es importante destacar que el derecho argentino va acompañando con distintas normativas el progreso que transita la sociedad en las diversas disciplinas señaladas como puede ser la medicina y tecnología, las que repercuten en los derechos fundamentales de las personas.

En el siguiente capítulo se abordarán, la relación médico–paciente y los deberes y derechos del primero para con el segundo.

CAPÍTULO II: DERECHOS Y OBLIGACIONES MEDICO- PACIENTE

1. Introducción

En este capítulo se tratará los derechos, deberes y obligaciones del paciente adulto y los derechos de los menores de edad, con su respectiva legislación.

Es importante esta distinción con respecto a los pacientes menores, ya que existe un debate doctrinario entre distintos autores. Unos consideran que los menores no cuentan con la capacidad necesaria para decidir sobre su propio cuerpo. Otro sector de la doctrina, a la que adhiere la doctora Kemelmajer de Carlucci, sostiene que si bien los menores no tienen capacidad legal a raíz de su edad, cuentan con una capacidad progresiva y son competentes para decidir en cuestiones que atañen a su propia integridad física y psicológica.

Se abordarán también los derechos y obligaciones del médico, destacando su relación con el paciente. Como se podrá advertir, este capítulo tiene un alto contenido doctrinal.

2. Relación entre el médico y el paciente

Esta relación es una actividad de un ser humano, el médico o galeno, definido por la Real Academia Española como persona autorizada para ejercer la medicina, en vinculación con otro ser humano, el paciente, conceptuada como la persona que padece física y corporalmente, y especialmente quien se encuentra bajo la atención médica.

Se puede considerar que hasta hace no mucho tiempo, la relación médico-paciente estaba signada por una modalidad paternalista, basándose en una representación necesaria, otorgándose al médico un mandato tácito. En la relación médico-paciente es indispensable traer a cuenta un punto del capítulo anterior: el de los derechos personalísimos, los cuales pueden verse afectados o revalorizados en esa vinculación.

Según Rivera (1997), la libertad personal debe ejercitarse dentro de los límites enmarcados por la ley y el poder de policía del Estado, protegiendo el bien común. Asimismo, Alegria y Mosset Iturraspe (2010), plantean que el derecho a la vida de la persona ocupa un lugar indispensable en las declaraciones de los derechos humanos destacándose el derecho a la salud como correlato del derecho a la vida.

Según Pizarro y Vallespinos (2014), la relación paciente-médico puede presentar diferentes modalidades:

- Directa: cuando el paciente requiere al médico sus servicios profesionales sin intervención de un tercero.
- Indirecta: cuando la vinculación es por medio de un prestador de servicio, a merced de un compromiso anterior con una empresa médica (obra social, hospital público o privado. etc.).
- Espontánea: cuando el médico actúa ejerciendo sus servicios sin requerimiento previo; por ejemplo, cuando el paciente está en estado de inconciencia y el médico actúa motivado por su juramento hipocrático.

Según lo que plantea Wierzba (2015), en la actualidad atravesamos tiempos donde la ciencia y la tecnología constituyen ejes centrales del desarrollo de la vida humana. Las ciencias de la salud han alcanzado un alto grado de especialización y, en consecuencia, la mayor eficiencia en la lucha contra las enfermedades; lo que sin lugar a dudas ha generado la consecuente mayor expectativa sobre los resultados esperables de la atención. Como lo plantea este autor, en cierto modo la utopía sobre la inmortalidad sobrevuela en el imaginario popular, siendo la muerte sinónimo de fracaso de la medicina y considerando a los médicos como responsables del mismo. Asimismo, en la actualidad, se asigna la máxima jerarquía al derecho a la salud, encontrándose íntimamente comprometido el interés público en su protección.

3. Contrato médico, derechos, deberes y obligaciones

El contrato médico tiene características propias, que no encuadran en ninguna figura tipificada en el antiguo código civil. Es un contrato: *atípico*: se rigen por normas generales de los contratos; *innominado*: carecen de una normativa específica que los regule; *multiforme o variable*: según el caso concreto es la calificación que se le asigna, pudiendo ser de prestación de servicios, de obras u otros; *consensual*: se perfecciona por la voluntad explícita y su manifestación de consentimiento de las partes; *oneroso*: intercambio de intereses, ambas partes tienen obligaciones y ventajas recíprocas; *conmutativo*: contrato que genera obligaciones y cargas contractuales recíprocas; y por último, *no formal*: son aquellos contratos que no tienen una forma establecida, pudiendo perfeccionarse de la manera que las partes decidan.

Según Alegria y Mosset Iturraspe (2010), entre los *derechos más importantes del médico* se establecen los siguientes: 1) aceptar o rechazar los servicios de salud; 2) ordenar tratamientos clínicos o quirúrgicos; 3) derecho a medicar y de recibir una retribución u honorarios por ello; 4) disponer consultas con otros facultativos; 5) otorgar el alta o no al paciente.

Los *deberes del galeno* se establecen en tres pasos: 1) antes de comenzar un tratamiento o intervención, 2) durante su realización y 3) después de finalizada su intervención. El médico deberá obrar de acuerdo con las reglas del arte de curar de las ciencias médicas, su propósito es la cura del paciente, escuchándolo, realizándole preguntas, precisar las dolencias para un óptimo diagnóstico y su posible tratamiento, informando al paciente posibles riesgos que pueden surgir por los tratamientos utilizados para combatir su patología.

Los mismos autores Alegria y Mosset Iturraspe (2010), proponen que dentro de las principales obligaciones del médico están las referidas a resultados y a medios. Las primeras se manifiestan ante la seguridad de la intervención y a su éxito, por ejemplo, en la cirugía estética. En tanto en lo que hace a las obligaciones referidas a los medios, prometen un cierto resultado que no es la curación del paciente sino la atención dirigida a ese objetivo, no asegurando el éxito del tratamiento.

Al mismo respecto, Pizarro y Vallespinos (2014), señala que entre las obligaciones se destacan asistir al paciente sin discriminaciones, con un trato digno y respetuoso, sin menoscabo ni distinción alguna de ningún tipo. Asimismo, prestar diligentemente sus servicios es otra de sus obligaciones y de acuerdo a cada caso en concreto, deben guardar el secreto profesional y tratar con el paciente de una manera confidencial. Constituyendo un deber de conducta, fundada en el derecho a la intimidad y protegiendo la privacidad e intimidad del paciente en lo que hace a su vida, muerte, salud y enfermedad.

De igual forma, el médico debe realizar y conservar adecuadamente la historia clínica. En este aspecto, la ley 26.529 conocida como “derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud”, en su artículo 12 dice lo siguiente: “Definición y alcance. A los efectos de esta ley, entiéndase por historia clínica, el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud.”

4. Derechos y obligaciones del paciente menor y mayor de edad

Conforme a Pizarro y Vallespinos (2014), en relación a los derechos del paciente, enumeran los siguientes: 1) Derecho a recibir o no, la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud, es decir, el paciente establecerá si está en condiciones que el médico le trasmita en plenitud toda la información en cuanto a su diagnóstico, sus posibles tratamientos si lo hubiese, en caso contrario y afirmando su negativa, el profesional se lo hará saber a sus familiares o representantes más próximos. Otra postura doctrinaria, en relación al derecho a la información sanitaria, enuncia que el consentir o rechazar estudios o tratamientos médicos tiene fundamento en el principio de la autonomía individual, establecido en el artículo 19 Constitución Nacional, el cual proclama el respeto a la persona e implica un derecho de no interferencia; 2) Derecho a interconsulta médica, con el fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud; 3) Derecho a un trato digno y respetuoso en lo psicológico, corporal y constitución biológica al cuidado de su intimidad y confidencialidad; 4) Derecho al respeto de su autonomía de voluntad, asegurando al enfermo el derecho de la autodeterminación. Así, ante un tratamiento médico el paciente podrá decidir si está de acuerdo o no a realizarlo; 5) Derecho a su historia clínica; 6) Derecho a la confección de directivas anticipadas; 7) Derecho a consentimientos informados.

Alegria y Mosset Iturraspe (2010), señalan que uno de los deberes del paciente es dar información veraz, certera, completa; es decir, no mentir, ni evitar aportar datos relevantes en concordancia a su estado de salud, lo cual podrá facilitar un pronto diagnóstico por parte del profesional de la salud que lo trate.

Por otra parte, es menester destacar que el paciente menor está protegido por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, tal como lo establece el artículo 24 inciso 1,3:

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

La misma Convención en el inciso 3 agrega: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños”.

Parte de la doctrina minoritaria afirma que en la República Argentina los menores se encuentran incapacitados civilmente para disponer de su persona, cuerpo y salud por carecer de aptitud legal para todo acto terapéutico. Esta postura se contrapone a la ley 17.132 promulgada en año 1967, sobre “el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración”, que en su artículo 19 inciso 3 dispone:

(...) En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz.

Según observa Borda (2001), en este aspecto, la Doctora Kemelmajer de Carlucci distingue entre capacidad y competencia. Si bien un menor no dispone de capacidad legal, si posee competencia para ejercer los derechos personalísimos. De tal forma, el consentimiento informado está unido al discernimiento y consecuentemente la competencia se trata a un estado psicológico en que la decisión que toma un sujeto es una expresión de su identidad individual.

Siguiendo otra doctrina impulsada por el doctor Solari (2012), se puede decir que en caso de un menor de edad, su madurez va a influir en la solución que adopte; al ser su voluntad expresión de la capacidad progresiva del niño en conformidad con la Convención de Derechos Humanos.

Siguiendo a Wierzba (2015), afirmamos que, en el nuevo sistema legal, aquello que se exige para la toma de decisiones en materia de salud es competencia decisoria como regla y no capacidad jurídica, categoría aplicable solo a supuestos de excepción, tal como el artículo 60 CCyCN (2015) refiere a directivas anticipadas. En el código unificado, la aptitud o competencia para recibir información y tomar decisiones sobre el propio cuerpo responde al concepto de autonomía progresiva, concepto arraigado ya en las Convenciones de Derechos Humanos, las que, desde la Reforma del año 1994, forman parte del bloque constitucional.

En consonancia con la ley 26.529 sobre los “derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud”, en su artículo 2° inciso e), *autonomía de voluntad*, cita que, “(...) los niños, niñas y adolescentes tiene 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”

La ley nacional 26.061, sobre “la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”; “considera que a los fines de tomar decisiones sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir”. Se le reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes a participar en el procedimiento de decisión que será más determinante según su entendimiento.

El Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 25 y 26 menciona a los menores. El artículo 25 diferencia al menor del adolescente: “Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años”. El artículo 26 determina la aptitud de uno y otro:

(...) Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Según la Doctora Kemelmajer de Carlucci, en cuanto al concepto de autonomía progresiva, tiene en consideración el interés superior de los niños y adolescentes, cuya figura no debería configurar un supuesto de imposición de responsabilidades para las cuales no están preparados, ya que vivimos en una sociedad que padece el debilitamiento de las responsabilidades parentales y del carácter horizontal que han tomado las relaciones entre padres e hijos (Borda, 2001)

De acuerdo a lo que señala Wierzba (2015), se exigirá cierta cautela al momento de distinguir entre el concepto de tratamientos invasivos o riesgosos de aquellos que no se consideran como tales. En la práctica diaria se advierten notorias dificultades en materializar tal distingo.

El mismo autor plantea que en los supuestos de asistencia médica y estudios clínicos, a los niños desde 7 a 12 años se les solicita el asentimiento de acuerdo a su “edad y grado de madurez”

En relación al concepto de directivas anticipadas, Ahargo (2014), plantea lo siguiente: ¿qué sucede ante la situación de un menor de edad que cuenta con edad y grado de madurez suficiente, que ha sido debidamente informado de los alcances de su decisión respecto a su salud y que demuestra su firme voluntad de otorgar un acto de directiva anticipada de salud en sede notarial?, ¿Está amparado legalmente? .En este sentido, los derechos reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.601 sobre la “protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”, tornan inaplicables límites rígidos, atento lo cual, si un menor otorga una directiva anticipada deberá ser escuchada, tenida en cuenta y valorada conforme con las circunstancias del caso. Asimismo, las normas también mencionan el concepto de capacidad jurídica universal y protegen el ejercicio autónomo de los derechos de todas las personas con el apoyo necesario, en caso de limitaciones, de sus naturales aptitudes de autogobierno. Es decir, que se da prioridad a discernimiento concreto de la persona para el acto que va a otorgar y no a parámetros rígidos. Por lo tanto, la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.601 sobre la “protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”, reconoce a las niñas, niños y adolescentes, de acuerdo a su madurez y desarrollo, el derecho a expresar su opinión libremente y a que ésta sea tenida en cuenta.

En este apartado es importante nombrar los derechos de los pacientes menores. Según el Doctor Barceló (2012) los derechos del niño hospitalizado son los siguientes:

- A) Derecho a hospitalizaciones rápidas, eficientes y siempre que sean necesarias.
- B) Derecho del niño a la hospitalización diurna.
- C) Derecho a estar acompañado de sus padres o de la persona que los sustituya el máximo de tiempo posible durante su permanencia en el hospital.
- D) Derecho del niño a recibir una información adaptada a su edad, su desarrollo mental, su estado afectivo y psicológico.
- E) Derecho del niño a un tratamiento y seguimiento individualizado.
- F) El derecho a negarse (por boca de sus padres o de quienes los sustituyan) como sujetos de investigación y a rechazar cualquier cuidado o examen cuyo propósito primordial sea educativo o informativo y no terapéutico.

G) Derecho de sus padres o de las personas que los sustituyan a recibir todas las informaciones relativas a la enfermedad y al bienestar del niño.

L) Derecho a no recibir tratamientos médicos inútiles y a no soportar sufrimientos físicos y morales que puedan evitarse.

N) Derecho a ser tratado con tacto, educación y comprensión y a que se respete su intimidad.

T) Derecho a poder estudiar.

A continuación siguiendo el mismo autor citado supra, se detallan los tratados internacionales incorporados a la legislación argentina que contemplan el derecho de los niños:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1, 19 y 24
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Derecho a la vida (artículo I)
- Derecho a la protección de la maternidad y la infancia (artículo. VII)
- Derecho a la preservación de la salud y el bienestar (artículo. XI)
- Declaración de los Derechos del Niño

Asimismo, en nuestra legislación se puede destacar las siguientes normativas:

- Ley 23.849 que aprueba la Convención de los derechos del niño, año 1989
- Ley 17.132 Ejercicio de la medicina, odontología y actividades auxiliares
- Ley 114 de la Ciudad de Buenos Aires, 1998
- Ley 26.061, del año 2005, reglamentada el año 2006 (deroga ley de régimen de patronato de 1919).
- Ley 26.529 sobre Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud modificada por la ley 26.742, conocida como “muerte digna”, mayo 2012.

5. Conclusión Parcial

En este capítulo se abordó, la relación médico- paciente, es de importancia resaltar que tiempo atrás la figura del médico y su relación con el paciente revestía una dimensión paternalista basándose en una representación necesaria, otorgándose al médico un mandato tácito; poco interesaba la opinión del paciente y su entorno. Fue a partir de la sanción de los tratados internacionales y de las leyes nacionales que se revertió esta situación, dándole al paciente las herramientas legales para ser escuchado, respetado y cuidado tanto física, psicológica y moralmente. Se podría decir que su posición en la actualidad es prioritaria con respecto al médico.

En tanto al paciente menor de edad, éste ha cobrado protagonismo gracias a la Convención sobre derecho del niño. En el ámbito nacional, tal protagonismo se fortaleció por medio de la ley 26.601 sobre “la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”. Éstas normativas han facultado a que el derecho a la salud del menor no se establezca en segundo plano, dándole la posibilidad de que, por medio de su capacidad y conocimiento progresivo, ocupe un lugar protagónico opinando ante una enfermedad, patología o tratamiento a seguir; ello, siempre que tenga la madurez que la situación requiera para poder decidir por su salud o vida, haciéndolo ya sea personalmente o a través de sus padres o tutores.

En el próximo capítulo se analizará la ley 26.742 sobre “muerte digna”, sus aportes y antecedentes doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales.

CAPITULO III: LEY 26.742 DE MUERTE DIGNA

1. Introducción

En este capítulo se analizarán los antecedentes legislativos a nivel provincial, nacional e internacional que llevaron a la sanción de la ley 26.529 sobre “los derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado”, del año 2009. Ley que fuera modificada luego por la ley 26.742 sobre “muerte digna”, en el año 2012. La ley 26.742, fue motivo de grandes debates doctrinales que aún en la actualidad no son pacíficos, encontrándose puntos a favor y en contra y una opinión muy fuerte por parte de la Iglesia Católica.

En lo jurisprudencial, el debate también existió. Por ello, en este capítulo se citarán los fallos internacionales de Schiavo de los EE.UU y una breve referencia acerca de un caso del Tribunal Superior Italiano sobre Eluana Engloro. En el ámbito nacional, se hará mención al fallo “Bahamondez, Marcelo” como ejemplo de autonomía de voluntad y al de Marcelo Diez. Éste último sentó precedente luego de la sanción de la ley sobre “muerte digna”.

Antes del desarrollo del presente capítulo, es oportuno dar una definición de muerte digna. El doctor Barcelo (2012) la describe como la muerte en las condiciones más humanas posibles, esto es, en paz, consciente y preparado, rodeado de familiares y amigos, sin dolor y respetando la voluntad del enfermo de aceptar o no un tratamiento que no garantiza ninguna mejoría de su patología, solo sobrevivir. Lo cual significa que el paciente sea el protagonista de decidir en su vida, salud y muerte digna.

2. Antecedentes legislativos provinciales y nacionales previos a la aprobación de la ley 26.742 de muerte digna

La doctora Arrigone (2012) advierte que, en nuestro país, la provincia de Rio Negro mediante la sanción de la ley 4264 sobre “respeto a la calidad de vida y dignidad de los enfermos terminales-derecho a la abstención o al retiro del soporte vital”, del año 2007, fue una de las primeras en legislar la potestad de los enfermos terminales a obtener el retiro de soporte vital, denominado como derecho de abstención, permitiendo así acelerar un suceso inminente para los pacientes en estado irreversible y sin dolor ni sufrimiento.

Otro doctrinario, Berbere Delgado (2012), entiende que fue la provincia de Neuquén, al regular su ley sanitaria del año 2005, la pionera. En dicha ley se admite la ortotanasia o la muerte natural a su debido tiempo, a diferencia del encarnizamiento terapéutico o la eutanasia, regulando el derecho a la información del paciente, a conformar o rechazar total o parcialmente un tratamiento y consagra también las directivas anticipadas. Asimismo, otro antecedente es el de la provincia del Chaco, al crear un registro de Actos de autoprotección, encontrándose a cargo del colegio notarial ya en el año 2008.

Puede considerarse que estas provincias son las que dieron el puntapié inicial para la sanción de la ley 26.529 conocida como “derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado” del año 2009, modificada tres años después por la ley 26.742 sobre “muerte digna”. Ello permitió que la legislación nacional unificara criterios y convalidara su normativa con lo establecido por los tratados internacionales, a los que Argentina adhirió.

En cuanto a la ley 26.742 sobre “muerte digna” en su artículo 3º incorporó el artículo 21 de la ley nacional 24.193 sobre “trasplante de órganos y tejidos” del año 1994. Enfatizando en el supuesto de imposibilidad del paciente de brindar consentimiento informado, será dado por las personas que a continuación detalla el artículo 21 mediante el siguiente texto:

En caso de muerte natural, ante la ausencia de voluntad expresa del fallecido, la autorización a que se refiere el artículo 19 podrá ser otorgada por las siguientes personas, en el orden en que se las enumera, siempre que se encuentren en el lugar del deceso y estuviesen en pleno uso de sus facultades mentales:

- 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 de tres (3) años, en forma inmediata, 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. Tratándose de personas ubicadas en un mismo grado dentro del orden que establece el presente artículo. (...).

3. Argumentos a favor y en contra de la ley 26.742 de muerte digna

Según Brandi (2012), la ley 26.529 conocida como “derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado”, de 25 artículos, que fue sancionada el 21 de Octubre del año 2009, constituyó un hito destacado en la prosecución de los derechos humanos, por lo que el médico debió dejar su lugar preponderante y tradicional, para darle participación activa, escuchando y respetando las decisiones de los pacientes, familiares o terceros designados, resaltando el derecho a la autonomía de voluntad.

En mayo del año 2012 se aprobó la ley 26.742 conocida como “protección de la dignidad de los enfermos en situación terminal o de agonía”, llamada de “muerte digna”, modificando e incorporando normativa a sólo 7 artículos de la ley 26.529.

El autor Magnani (2012) nos plantea el siguiente caso: En el año 2012 y a un mes de sancionada dicha ley, la niña Camila Sánchez oriunda de Río Gallegos pudo descansar después de tres años de agonía y lucha continua junto a sus padres que imploraban por una ley que pudiera darle el alivio a su hija. Con un diagnóstico de muerte vegetativa permanente producida al nacer por una hipoxia que la llevó a un estado de coma, lo cual imposibilitó su pronta recuperación, a Camila la tuvieron que intervenir quirúrgicamente para colocarle un botón gástrico por el que se la alimentaba y una traqueotomía conectada a respirador permanente. Los diagnósticos no eran alentadores y todo giraba en que su vida la llevaría asistida con diversos medios mecánicos y tratamientos invasivos de gran magnitud para poder llevar una “vida sin vida”. Luego de sancionada la ley de muerte digna, la niña, asistida por profesionales de la salud, fue desconectada del respirador y, con ello, dejó de ser víctima de un encarnizamiento terapéutico.

La dimensión humana del sufrimiento planteado en el párrafo anterior da pie para comprender lo indispensable de contar con una normativa que evite esos momentos de tanto dolor y angustia; tanto para los posibles pacientes con diagnósticos irreversibles e incurables (similares o no a lo vivido por Camila) como para sus parientes.

La incorporación de la ley 26.529 (derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud) y reforma por la ley 26.742 llamada de “muerte digna”, aportaron herramientas legislativas necesarias para la sociedad actual, sumergida en los grandes avances de las ciencias y tecnologías. Es con la sanción de ambas leyes que se le concede a la relación médico-paciente un nuevo status: el de respetar y hacer valer derechos y obligaciones mutuas.

Los argumentos a favor de la ley 26.742 llamada de “muerte digna” son los siguientes:

1. Según los autores Gelli y Tinant (2012), la muerte digna posibilita al enfermo o lesionado, por medio del derecho de autonomía de voluntad, el rechazo o aceptación de tratamientos médicos y la limitación de sus efectos terapéuticos, en el caso de que no aporten ningún beneficio, manteniendo el estado anterior a la aplicación de los mismos. El paciente podrá rehusarse a procedimientos quirúrgicos, reanimación artificial, soporte vital y a la administración de hidratación o alimentación. La medicina no puede mantener el loable principio de sostener la vida sin importar las consecuencias de un encarnizamiento terapéutico, es necesario darle aplicación al principio de proporcionalidad, el cual permite analizar la proporción o desproporción entre los fines y los medios empleados. Así, se le garantiza al paciente la autonomía de su voluntad y el derecho a decidir sobre su propio cuerpo.

El derecho de *autonomía de voluntad* (tema que se retomará en el punto 5 del capítulo 5) es regulado por el artículo 1^o de la ley 26.742, la cual modificó el inciso e) del artículo 2^o de la ley 26.529.

⁵ Inciso e) de la ley 26.529: Autonomía de 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. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estado 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 significarán la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente

2. Los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a opinar, intervenir en los términos establecidos por la ley 26.061 conocida como “protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”, a los fines de la toma de decisiones sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su salud y vida.

Regulado en dos incisos del artículo 2°: en el inciso e) *Autonomía de voluntad*, en su segundo segundo párrafo, nombrado supra y en el inciso a) *Asistencia*⁶ de la ley 26.529.

3. Berbere Delgado (2012), plantea que todo encarnizamiento terapéutico produce en el paciente y su entorno una perduración de su dolor y agonía. Cuando los tratamientos aplicados no tienen ningún diagnóstico positivo, sólo el pervivir a costa del padecimiento. A lo cual hay que sumar los altos importes en los procedimientos que perjudican a la familia, sobre todo en situaciones que no cuentan con poder adquisitivo para saldar procedimientos inútiles y sin ningún beneficio. Ello, significa, además, un encarecimiento de costos para los establecimientos de salud. Por otra parte, al someter a un enfermo a procedimientos innecesarios, no se prioriza su dignidad o calidad de vida.

Lo planteado por el autor citado en el párrafo anterior se explicita normativamente por lo establecido en el tercer párrafo del artículo de la *autonomía de voluntad* (artículo 1° de la ley 26.742, la cual modificó el inciso e), del artículo 2° de la ley 26.529) y reforzarlo con el inciso g) del artículo 5° de la ley 26.529, el cual fue incorporado por el artículo 2°⁷ de la ley 26.742.

4. Un requisito fundamental incorporado por la ley 26.529 en su artículo 5°⁸, es el *consentimiento informado*, definido como la información clara, precisa y adecuada del médico al

⁶ Inciso a) de la ley 26.529: Asistencia. El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna (...)

⁷ Artículo 5° inciso g), de la ley 26.529. (...) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado 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.

⁸ Artículo 5° de ley 26.529. 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: 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.

paciente, familiares y representantes designados por el enfermo, sobre su estado de salud, los tratamientos o procedimientos a los que se podría someter, los beneficios y contras de los mismos. Toda actuación médico-sanitaria requiere el previo consentimiento del paciente, que podrá ser verbal o bien con excepciones (por escrito), según lo que dicta la ley 26.529 en su artículo 7^o e incisos. La ley 26.742 de muerte digna en su artículo 4^o¹⁰ hace la incorporación del inciso f) al artículo 7^o recientemente analizado.

En cuanto al consentimiento informado, el mismo es indispensable en la relación paciente y médico, para así evitar malos entendidos, mejorando ello la comunicación de ambos. La base comunicacional de este vínculo entre el enfermo y el profesional de la salud es comprender lo mejor posible lo que trasmite cada una de las partes, dando la prioridad a la decisión del paciente y/o a la de su entorno. Asimismo, brindar la posibilidad de saber todo lo que atañe al decurso de su patología, sea éste favorable o en sentido contrario.

En este sentido, es relevante hacer mención al artículo 3^o¹¹ de la ley 26.742 que incorporó el segundo párrafo en el artículo 6^o de la ley 26.529, vinculado a la obligatoriedad del consentimiento informado. Se destaca el caso de los pacientes con incapacidad y de la importancia de la solución de posibles conflictos ante el silencio del enfermo, dando las herramientas pertinentes a quienes podrán intervenir para su protección.

5. El paciente podrá en cualquier circunstancia desistir de una decisión anterior sin mediar ningún impedimento; es decir, se podrá negar a la continuación de algún procedimiento, (por ejemplo, con la medicación), o, por lo contrario, dar inicio al tratamiento al que anteriormente se hubiere negado. En el caso de la imposibilidad del enfermo de dar su opinión y siendo la misma consultada a algunos de sus parientes o terceros designados o amparados por la ley, ellos también tendrán la potestad recién referida. Cualquiera sea su

⁹ Artículo 7^o de la ley 26.529. Instrumentación. El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: 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, y e) Revocación.

¹⁰ Incorporase en el artículo 7^o de la ley 26.529 el siguiente inciso f): en el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5^o deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto”.

¹¹ Artículo 6^o de la ley 26.529. (...) 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 24193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. 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.

determinación, el médico tendrá que respetar, tomando los recaudos necesarios, administrando los cuidados paliativos; los cuales no son negociables, es decir, no se podrán dejar de suministrar sea cual fuere la decisión del paciente y/o los suyos. El profesional de la salud deberá transcribir en la historia clínica del enfermo, todo acontecimiento que suceda. La ley 26.742 de muerte digna, en su artículo 5^{o12} modificó la letra del artículo 10^o de la ley 26.529, relacionado con la revocabilidad del consentimiento, desarrollado en este párrafo.

6. Respecto a los cuidados paliativos, Borasio (2011) plantea que los mismos se basan específicamente en el control del dolor, siendo obligación del profesional proporcionar los medicamentos que alivien el sufrimiento, no obstante que ello signifique un aceleramiento de la muerte. El fin es la mitigación del dolor y no la búsqueda acelerada del fin de la vida. También es necesaria la asistencia del paciente por medio de equipos especializados, conformado por médicos, psicólogos, trabajadores sociales y consejeros espirituales. Estos equipos de soporte pueden hacer más amena la última fase de la vida, respetando los deseos del paciente.

La ley 26.742 en su artículo 2^{o13} incorpora el inciso h) al artículo 5^o de la ley 26.529, referido a los *cuidados paliativos* analizados ut supra.

7. Otro punto de envergadura es el referido a la *historia clínica*¹⁴ (regulada por la ley 26.529 en sus artículos 12 al 20). Este documento es obligatorio, cronológico, foliado y completo de todo paciente, sin importar la edad o condición social. Es decir, desde el momento del ingreso del enfermo a un nosocomio sea éste público o privado, los profesionales que lo asisten deberán redactar cada intervención que se le realice, ya sea considerada irrelevante o no, desde el aseo hasta los estudios o tratamientos más complejos propinados al enfermo, así como su

¹² La decisión del paciente, 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 previsible que la decisión implica. Las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24193 podrán revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido. 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.

¹³ Artículo 5^o inciso h) de la ley 26.529. El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

¹⁴ Artículo 12 de la ley 26.529. Definición y alcance. A los efectos de esta ley, entiéndase por historia clínica, el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud.

consentimiento o negación para la realización de los mismos. El artículo 16¹⁵ de la ley 26.529 explicita a grandes rasgos el contenido que se encontrará en un antecedente clínico.

La evolución de la tecnologías y medios de comunicación han posibilitado, que las utilizadas en los hospitales con el antecedente clínico de los pacientes se estén reemplazando documentos digitalizados, cumpliendo la misma función que la antigua historia clínica, facilitando su uso y control por medio de claves específicas de acceso restringidos, sólo por personal idóneo designado para ello, a diferencia de las manuscritas sin inspección y con registro de todas las personas que accedían a ella. La historia clínica informatizada está regulada por el artículo 13¹⁶ de la ley 26.529 (derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud).

En lo referido al titular de la historia clínica, la institución asistencial deberá suministrar copia en 48 horas, luego de solicitud del paciente, aminorando el plazo en caso de urgencias (artículo 14 de la ley 26.529). Si bien el titular tendrá acceso a su antecedente clínico, la legislación posibilita que tengan el mismo derecho otras personas íntimamente vinculadas al paciente, siendo ello establecido por el artículo 19¹⁷ de la ley 26.529.

8. En cuanto a las directivas anticipadas (las que se desarrollarán en los puntos 4 y 4.1 del capítulo 5), las mismas han posibilitado que los pacientes o familiares no deban recurrir a órdenes judiciales para quitar un apoyo vital o impedir la aplicación de un procedimiento médico, debiendo ser aceptadas y respetadas por el profesional de la salud a cargo, siempre que ello no implique ninguna práctica eutanásica. Las directivas anticipadas son reguladas por

¹⁵ Artículo 16 de la ley 26.529 Integridad. Forman parte de la historia clínica, los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, debiéndose acompañar en cada caso, breve sumario del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante.

¹⁶ Artículo 13 de la ley 26.529. Historia clínica informatizada. El contenido de la historia clínica, puede confeccionarse en soporte magnético siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en la misma en tiempo y forma. A tal fin, debe adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad. La reglamentación establece la documentación respaldatoria que deberá conservarse y designa a los responsables que tendrán a su cargo la guarda de la misma.

¹⁷ Artículo 19 de la ley 26.529. Legitimación. Establécese que se encuentran legitimados para solicitar la historia clínica: a) El paciente y su representante legal; b) El cónyuge o la persona que conviva con el paciente en unión de hecho, sea o no de distinto sexo según acreditación que determine la reglamentación y los herederos forzosos, en su caso, con la autorización del paciente, salvo que éste se encuentre imposibilitado de darla; c) Los médicos, y otros profesionales del arte de curar, cuando cuenten con expresa autorización del paciente o de su representante legal (...).

el artículo 11° de la ley 26.529. A partir de la sanción de la ley 26.742 de muerte digna, en su artículo 6°¹⁸ se incorpora un segundo párrafo a su regulación anterior.

9. Como ya se observó ut supra en el artículo 11 bis de la ley 26.742 sobre “muerte digna”, incorporado a la ley 26.529, se libera al médico de cualquier tipo de responsabilidad civil, penal, o administrativa derivadas del cumplimiento de las directivas médicas anticipadas. Esto permite agilizar un proceso que antes se volvía tedioso y hasta cruel, ya que los familiares debían recorrer juzgados para lograr una orden judicial que permitiera la quita de apoyo vital o el cese de tratamientos encarnizados.

Este instituto le da tranquilidad al médico de obrar en cumplimiento estricto del texto legal, dejando de lado los temores del profesional a conflictos legales (por parte del paciente o de su entorno) que lo pudieran perjudicar.

Según Berbere Delgado (2012), se infiere la posibilidad de generar responsabilidad civil al profesional de la salud, en caso de incumplimiento del ordenamiento jurídico. Inclusive, como en el caso que se menciona a continuación, cuando el médico lo hiciera en ocasión de una acción basada en la buena fe y en consideración de uno de los mayores instintos del ser humano cual es salvar la vida a otra persona, deberá prevalecer la voluntad del paciente.

Un antecedente que viene a colación es el fallo “Bahamondez, Marcelo¹⁹” resuelto por la CSJN en el año 1993. En este fallo se discutía la negativa de una persona que era testigo de Jehová a la trasfusión de sangre basada en cuestiones de creencia religiosa. La jurisprudencia mayoritaria admite la objeción a la transfusión de sangre presentada por pacientes mayores de edad y capaces, fundadas en razones religiosas o en prerrogativas, según la cual es posible disponer del propio cuerpo, de la propia vida y de cuanto le es propio y esa negativa anticipada resulta obligatoria para sus familiares y médicos y merece respeto y acatamiento.

Los argumentos en contra de la ley 26.742 llamada de “muerte digna” son los siguientes:

¹⁸ 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.

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.

¹⁹ C.S.J.N., “Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar”, Fallo 316:479 (1993).

1. La ley 26.742 sobre “muerte digna”, al final del artículo 1° (el cual modificó el inciso e) *autonomía de voluntad*, del artículo 2° de la ley 26.529), entiende que el paciente:

“(…) 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”.

Este apartado presenta el siguiente debate doctrinario: si bien la ley no permite las prácticas eutanásicas, parte de la doctrina al párrafo del artículo anterior, lo relaciona a la llamada eutanasia pasiva.

Según Sambrizzi y Gelli (2012), el alimentar e hidratar al paciente terminal no es una manera desmedida de mantenerlo con vida. Por el contrario, sacar la alimentación e hidratación implica provocar la muerte del enfermo por inanición. El inconveniente de omitir estos cuidados que son inherentes a la persona es un claro procedimiento de eutanasia pasiva, al quitar lo necesario para la existencia de la vida y acompañamiento al ciclo de la muerte. Asimismo, la doctora Gelli (2012) destaca que la decisión legislativa planteada por el congreso en cuanto al rechazo de procedimientos de hidratación o alimentación, plantea dos problemas éticos de implicancia médica: el primero, sería la determinación del estado terminal irreversible e incurable; y el segundo, establecer si la alimentación y la hidratación forman parte del confort y cuidado que se le debe a todo enfermo, como los cuidados paliativos.

Puede plantearse aquí que el límite entre muerte digna y eutanasia es tan fino como el límite entre encarnizamiento terapéutico y cuidados paliativos. Al respecto, la Conferencia Episcopal Argentina refiriéndose a la analizada ley, expone lo siguiente:

(…) valoramos la prohibición de la eutanasia. Lamentamos que se haya incluido el posible rechazo de la hidratación y alimentación, como si fueran medios desproporcionados, siendo por el contrario un acto humanitario que hace a una muerte digna. Su privación será una eutanasia pasiva. Admitirla un poco ya no es prohibirla (González Pondal, 2012 p. 106).

En relación al rechazo de la hidratación y alimentación de la ley nacional de muerte digna, se puede observar que la provincia de Córdoba tiene una posición contraria expresada en la ley 10058 sobre las “declaraciones de voluntad anticipada de muerte digna”, sancionada en el año 2012. Dicha ley en su artículo 5°, inciso g) cita: “Medidas mínimas ordinarias: acciones

tendientes a suministrar hidratación, higiene, oxigenación, nutrición y/o curaciones al paciente en la etapa terminal”.

Para la provincia de Córdoba suministrar a un enfermo hidratación y alimentación, no es otra cosa que una medida ordinaria, es decir, indispensable, que no se puede dejar de proveer; diferente a la postura de la ley nacional que la considera como una medida extraordinaria, conocidos como los tratamientos o diagnósticos que, en determinadas circunstancias, un individuo en su actual condición física, moral y espiritual, puede no emplear por no darle una esperanza cierta de un beneficio proporcionado a la eventual carga.

2. En relación a las directivas anticipadas del artículo 6° de la ley 26.742 conocida como “muerte digna” en su último párrafo.

(...) 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.

Estas directivas, al tener que ser formalizadas ya sea por un escribano o juzgado, pueden tornarse, en determinadas circunstancias, poco accesibles económicamente para algunas personas. También, se podría presentar como un inconveniente el tiempo en que la declaración fue realizada. Puede suceder que la persona tenga otra postura al pasar los años y que no coincida con lo expresado anteriormente, siendo necesario, pasado un período establecido, reafirmar o no lo que se expuso primeramente en la directiva anticipada.

3. Por otra parte, según Gelli (2012), el artículo 7° de la ley de muerte digna 26.742, incorpora el artículo 11 bis, eximiendo de responsabilidad civil, penal y administrativa a los profesionales que hayan obrado de acuerdo a la ley. Este artículo no presenta armonía con el artículo 21 de la ley 26.529 que no fue modificado, exponiendo: “Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiere corresponder, los incumplimientos de las obligaciones emergentes de la presente ley por parte de los profesionales y responsables de los establecimientos asistenciales constituirán falta grave (...)”.

Si bien no se presenta concordancia entre ambos artículos se podría aplicar el principio de *lex posteriori derogat lex anterior*, sin perjuicio a lo establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional y en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los eventuales afectados podrán reclamar por el “obrar en desacuerdo con la disposiciones de la ley

de reforma de los derechos del paciente o por incumplir la ley de derechos del paciente” (Gelli, 2012).

4. Fallos relevantes en el derecho comparado

Según lo apunta el autor Berbere Delgado (2012), en Italia, el Fallo del Tribunal Supremo del caso “Eluana Engloro” fue el antecedente para que el parlamento italiano sancionara el testamento vital. La resolución del tribunal dispuso que se le retirara a Eluana Engloro la sonda por la cual se alimentaba e hidrataba. Si bien este fallo fue resonante, el testamento vital fue aprobado pero con una enmienda que atenta contra su operatividad, atribuido a las presiones de la Iglesia Católica, estableciendo la prohibición a renunciar a la hidratación y alimentación artificial, entendiéndose como apoyos vitales para el paciente. Como puede observarse la postura de la iglesia está en contra de la renuncia a la hidratación y alimentación, tal como oportunamente lo hubiera manifestado la Conferencia Episcopal Argentina al analizar la ley 26.742 conocida como muerte digna.

Raez (2005), refiere el siguiente caso: en EEUU, el de “Terri Schindler-Schiavo²⁰” el cual fue tan resonante que logró dar la vuelta al mundo. Esta mujer sufrió una lesión cerebral aparentemente irreversible durante una hospitalización en 1990. Su esposo enjuició a los médicos por negligencia médica y logró obtener un millón de dólares en indemnización. Durante el juicio, Michael Schiavo conmovió al jurado asegurando que se dedicaría a cuidar a su esposa si fuera necesario por el resto de su vida aunque no se recupere nunca. Sin embargo, menos de un año después del millonario fallo a su favor, Schiavo pidió que los médicos empiecen a tomar medidas para agilizar la muerte de su esposa, como no reanimarla en caso de una falla cardíaca o desconectarle el tubo de alimentación e hidratación que aseguraba su supervivencia.

Más de diez años duro la batalla legal entre los padres y amigos de Terri contra el esposo. En 2003 un juez falló a favor del esposo y Terri fue desconectada del tubo y dejada sin comida y agua por casi cinco días. Los legisladores de Florida votaron a favor de una ley que

²⁰ Corte de Florida. *Terri Schindler*. (2005). Recuperado de <https://aciprensa.com/eutanasia/terri.htm> Fecha de consulta: 10/08/2016

autorizó al gobernador de Florida, Jeb Bush, a reinstalar el tubo de comida y evitó su muerte. El esposo regresó a la Corte para insistir con el permiso de muerte para Terri, alegando que ella estaba en un estado vegetativo persistente, lo que equivale a poder abrir los ojos pero no tener conciencia. Esta situación les daba una excusa para dejarla morir privándola de los alimentos ya que, según ellos ese tipo de vida no es vida. Sin embargo, el testimonio de los padres, amigos e incluso del sacerdote contradijo el diagnóstico, ya que sostenían que Terri había respondido en ocasiones a ciertos estímulos. A pesar de los esfuerzos, Schiavo logró su cometido. Terri murió de hambre y sed el 31 de marzo de 2005, trece días después que le retiraran el tubo que la alimentaba e hidrataba con el permiso del Poder Judicial.

Según plantea Raez (2005), actualmente, a través de la ciencia y la tecnología se puede probar que el cerebro de una persona ha muerto; según la definición médica y moralmente aceptada de muerte. En ese caso no habría problema en desconectar los instrumentos que mantengan artificialmente el corazón latiendo o los pulmones funcionando de una persona que ya murió. Sin embargo, el diagnóstico de estado vegetativo persistente es más controversial y menos exacto. Existe la idea general de que cuanto más tiempo pase en este estado, la chance de recuperarse es menor. En el caso de Terri debido a los testimonios de los familiares y amigos, el diagnóstico es más inexacto todavía, y a eso se agregan las cuestionables intenciones del esposo que no tuvieron el apoyo familiar.

5. Fallo nacional comentado de “Marcelo Diez”²¹

Marcelo Diez tuvo un accidente de moto en 1994 en Neuquén y quedó en estado vegetativo. Desde 2009 su familia reclamaba que se dejará de suministrarle alimento. El pedido pasó por varias instancias judiciales, hasta llegar a la Corte Suprema de Justicia, la cual en el año 2015 reconoció el derecho del paciente a tener una muerte digna. Horas después del fallo se confirmó la muerte en una clínica de la provincia.

Diez tenía 30 años cuando entró en estado vegetativo permanente. Tres comités de bioética aseguraron que su estado era irreversible. Sus hermanas, Andrea y Adriana, pidieron el retiro del

²¹ C.S.J.N., “D.,M.A.s/declaración de incapacidad”, Fallo 376/2013 (49-D)/CS1 (2015)

soporte vital. A pesar de la sanción de la ley de muerte digna en mayo de 2012, el caso necesitó llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

5.1. La trama judicial

De acuerdo a lo consultado en Infojus (2015), se puede entender cómo fue la trama judicial del último caso. En 2009, las hermanas de Diez, solicitaron el cese de los alimentos que lo mantenían con vida. Los juzgados de primera y segunda instancia rechazaron la solicitud.

En el 2013 el Supremo Tribunal de Justicia de Neuquén, falló a favor de una muerte digna para Marcelo. La jueza de familia Beatriz Giménez, del Juzgado de Niñez, Adolescencia y Familia N° 3, había argumentado en 2011 que faltaba legislación sustancial sobre el tema: “La ausencia de expresión cierta de voluntad de la persona afectada acerca de la persistencia o no de su vitalidad biológica”.

Este fallo fue confirmado por La Sala I de la Cámara Civil de Neuquén, integrada por Patricia Clerici y Federico Gigena Basombrío. Aunque reconocía que las hermanas estaban habilitadas para formular la petición, señalaba que carecía de sustento en el Derecho, ya que en el país no había legislación positiva que valide semejante autorización. Esta posición desconocía dos leyes provinciales, de las primeras de este tipo en Latinoamérica. Río Negro en 2007 y Neuquén un año después, sancionaron sendas leyes que regulaban la muerte digna.

La Iglesia entró en la polémica de la mano del obispo de Neuquén, en agosto de 2012. Virginio Bressanell declaró que desconectar a un paciente en estado vegetativo permanente era eutanasia por omisión y un delito por abandono de persona. Y se refirió al caso de Marcelo: “Desde el punto de vista humano, es una vida que hemos de respetar, cuidar y sostener hasta que su estado se revierta, como esperaban sus padres. O hasta que su curso se cierre naturalmente. Quitarle las atenciones que hoy se le brindan lo condenaría a una muerte atroz”.

Los tribunales inferiores habían argumentado que las hermanas no tenían legitimidad para decidir por Marcelo. Razonamiento que revirtió el tribunal superior con su decisión. Quedó claro que, en caso de no encontrarse el paciente en condiciones de decidir, pueden hacerlo la pareja, los hijos mayores de 18 años, los padres, los hermanos, los abuelos, otros familiares directos o el tutor.

Diecinueve años después del accidente, el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén dejó sin efecto las resoluciones de las instancias inferiores. Los jueces declararon que no correspondía que el tribunal se expida respecto de la petición expresada ya que tal cuestión no requiere de autorización judicial y, consecuentemente, debería tramitarse dicha petición conforme a las prescripciones de la nueva ley de Derechos del Paciente. La ley citada es de carácter nacional y fue sancionada en 2012.

Más tarde, el mismo Tribunal concedió el recurso extraordinario a pedido del Defensor General y por la institución médica. El TSJ consideró que “atento las aristas especiales que presenta el caso, la invocación de gravedad institucional y la trascendencia pública (...) debe habilitarse el tratamiento por parte del Máximo Tribunal Federal”. A 20 años y 8 meses del accidente, la Corte Suprema reconoció el derecho de Marcelo a tener una muerte digna.

6. Conclusión Parcial

En este capítulo se describieron los antecedentes legislativos y jurisprudenciales de la ley sobre “muerte digna”. Según gran parte de los doctrinarios estamos en la era de la “muerte tecnológica”, en la que, por medio de un soporte vital, los profesionales de la salud pueden suplantar órganos vitales llevando a una muerte intercedida o a un encarnizamiento terapéutico o sufrimiento agonizante. Con la sanción de la ley 26.742 sobre “muerte digna”, se da la posibilidad al paciente de determinar los tratamientos que dispone afrontar y cuáles no, para ello es importante una información clara, precisa y adecuada por parte del médico. El enfermo puede negarse a ciertos procedimientos pero no a los tratamientos de las medicinas paliativas que dan confort y le permiten llevar la enfermedad de la mejor manera posible, ya sea ante el suministro de medicinas para el dolor como el acompañamiento de familia o profesionales idóneos.

El problema surge ante la finitud de los conceptos entre eutanasia, encarnizamiento, confort, cuidados paliativos. Si bien la ley de muerte digna libera al profesional médico de la responsabilidad ante el cumplimiento de directivas médicas anticipadas, lo cierto es que la finitud de los conceptos deja vacíos a libre interpretación.

En el análisis de la ley se planteó un debate doctrinario en torno al rechazo de los procedimientos de hidratación y alimentación con posturas a favor y en contra. Las posturas a favor defienden que seguir suministrando alimentación o hidratación es continuar prolongando

la agonía; entre las posturas en contra se destaca la posición de la Iglesia Católica que lo asemeja a la eutanasia pasiva, prohibida por nuestro derecho.

Es importante analizar cada caso en concreto, conforme a las circunstancias particulares que lo rodean, dando siempre prioridad a la voluntad del paciente para decidir sobre su cuerpo y vida, y la voluntad de la familia para el caso que aquél se encuentre incapacitado para tomar decisiones que afecten su integridad física o mental o esté en juego su vida.

Además, en este capítulo se plantearon fallos de la lucha de pacientes y familiares por el reconocimiento del derecho a una muerte digna.

En el siguiente capítulo se tratará de llenar la Eutanasia como tema controvertido a nivel mundial.

CAPITULO IV: EUTANASIA

1. Introducción

En este capítulo se desarrollará un tema controvertido y muy difundido tanto a nivel nacional como internacional. Se tratarán distintas posturas doctrinarias, legislativas y jurisprudenciales. En la República Argentina, a diferencias de varios países del mundo que la han incorporado en su legislación como una posibilidad de muerte tanto en niños como en adultos, la eutanasia se encuentra explícitamente prohibida en su normativa.

El presente capítulo dará inicio con una breve reseña histórica de la eutanasia, su definición y clasificación. Se describirá la distanasia, ortotanasia, suicidio asistido y la cacotanasia. Asimismo, se expondrá un importante debate filosófico y religioso con respecto al tema trabajado y se realizará una breve diferencia con el concepto de muerte digna citando fallos relevantes.

2. Breve reseña histórica

En este título tomamos como referencia el planteo de Artiachi de Leon (1998), para quién la historia de la Eutanasia es tan antigua como el hombre mismo. Así tenemos que los romanos mataban niñas recién nacidas, mientras que en algunas tribus de la antigüedad, le daban al hijo el poder de administrar la muerte buena al padre viejo y enfermo.

En la India, en la antigüedad, ya se realizaban prácticas de lo que contemporáneamente se denomina eutanasia, ya que se acostumbraba que los familiares más cercanos llevaran (a la persona afectada gravemente por alguna enfermedad incurable), hacia la orilla del río Ganges. Una vez que se encontraban en ese lugar procedían a provocarle la asfixia mediante la introducción de barro a través de la boca y de los orificios nasales, para luego arrojarlo al río sagrado, con el fin de librarlo de sufrimientos futuros a causa de su enfermedad.

En Esparta se acostumbraba realizar un examen físico a todos los niños varones al nacer, con el fin de advertir si poseía algún síntoma o indicio que determine su discapacidad, o una futura salud deteriorada, en caso de hallarlo, se consideraba que eso lo llevaría a su propia muerte. Con la finalidad de justificar la mencionada práctica, se alegaba que se hacía en pos de resguardar a la población y de evitarle a esa persona que su vida sea solamente una carga existencial.

En Grecia y Roma se acostumbraba por parte del Estado poner una especie de veneno (cianuro de potasio) denominado cicuta, al alcance de quienes lo requerían con el fin de finalizar con crueles padecimientos.

En 1870 el abogado Samuel Williams, propuso el uso de la morfina no solamente como método analgésico ante el dolor de una patología incurable, sino también para provocar deliberadamente la muerte de pacientes con dolores extremos, siendo la opinión de los profesionales de la salud, que dicha droga solo podía utilizarse con el fin de mitigar la afección y no con el objetivo de precipitar la muerte.

En 1939 en la Alemania Nazi se utilizaba en forma desmedida lo que Hitler denominaba “muerte por compasión”, quien sostenía que era justo finalizar con toda vida indigna, motivo por el cual todos los niños recién nacidos y, los que tenían edades inferiores a los tres años de edad, eran examinados por profesionales a fin de verificar si padecían alteraciones de sus facultades mentales, evidencia física de malformaciones, etc. Tiempo después, Hitler firma un decreto en el que se ampliaban las oportunidades de realizar la eutanasia, posibilitando su aplicación también en niños mayores de tres años y adultos que poseían alguna inutilidad. Un cuerpo de médicos determinadamente convocados a ese fin, eran los encargados de decidir según su sano juicio, quienes eran las personas insanables para brindarles un final misericordioso, ocultando tras la denominación eutanasia su programa de genocidio, abusando de la expresión “a cada uno lo suyo”, como una manera de acreditar los homicidios que se llevaban a cabo en los campos de concentración.

3. Definición de Eutanasia

En el sentido etimológico y siguiendo al Dr. Niño (2005), la palabra eutanasia deriva de las voces griegas eu, que significa “buena” y thanatos, significa muerte, es decir “buena muerte”. Actualmente se la asimila como “muerte rápida”, “muerte tranquila y fácil”, “muerte misericordiosa”.

Cuello citado por De León (2012) entiende que la verdadera eutanasia es aquella que ha sido inspirada en la piedad y la compasión hacia el triste doliente y que sólo procura su tránsito sin angustia y sin dolor.

Desde el punto de vista ético, moral y legal argentino, la eutanasia se define como:

(...) toda acción médica, realizada por el profesional de la salud o por cualquier persona, que de manera directa o indirecta intervenga en la vida de un enfermo próximo a la muerte, para lograr de este modo dar rápido término a los sufrimientos de su agonía.

Taddei (2011), aclara que aunque la eutanasia no está permitida, en nuestro país no existe el delito de eutanasia, lo que la ley incrimina es el delito de muerte por comisión u omisión, para hacer morir rápida y anticipadamente a un enfermo terminal.

3.1. Clasificación

Según Taddei (2011), existen distintas formas de producir la eutanasia: 1) por comisión, activa, voluntaria o directa, es cuando se le introduce al enfermo una inyección o alguna sustancia que le provoca la muerte y 2) por omisión o indirecta, se omiten o evitan las medidas ordinarias que le están ayudando a vivir. Es una omisión a los cuidados ordinarios y básicos que se le deben suministrar al paciente enfermo.

Para que exista cualquiera de estas dos eutanasias, debe haberse constatado un fallecimiento orgánico y estar encuadradas en los siguientes puntos:

- Enfermedad incurable e irreversible con evolución progresiva.
- Sobrevida definida en minutos, horas o días.
- Falla orgánica simple o múltiple.
- Petición voluntaria, libre y consciente de muerte.
- Una acción deliberada destinada a producirla.
- Un agente que la ejecute.

La exclusión de cualquier punto, dejaría de hablarse de eutanasia.

3.2. Distanasia

De acuerdo a Niño (1999), la distanasia es lo completamente opuesto a la eutanasia, se trata de la oposición que tiene el paciente, los familiares y hasta los médicos de morir, a pesar de todas las complicaciones que se puedan suscitar en torno a una enfermedad. Es importante destacar que para algunos, la distanasia es considerada un ensañamiento o encarnizamiento terapéutico contra

el paciente, pues, por lo general, al paciente se lo somete a una serie de acciones que lo hacen sufrir sin medida.

Según Sambrizzi citado por Berbere Delgado (2012) expone que: “la distanasia es el alargamiento de la vida de forma innecesaria y artificial, empleando tratamientos, soportes vitales y otros, que con el paso del tiempo son desfavorables para el enfermo que tiene su muerte como circunstancia inevitable”. En palabras de Juan Pablo II, la distanasia es el uso de medios particulares extenuantes y pesantes para el enfermo, condenándolo de hecho a una agonía prolongada artificialmente.

3.3. Ortotanasia

Taddei (2011), propone que aceptar la muerte y ayudar a “un bien morir, serenamente” sin acelerar el proceso, esto es lo que actualmente se lo llama ortotanasia. Sería la correcta aplicación de los medios para lograr una muerte sana, también se la suele denominar, “muerte a su tiempo”.

Se la podría definir como muerte natural, lejos de cualquier aplicación de procedimientos extraordinarios que sólo producirían el sobrevivir del paciente, padeciendo en circunstancias un malestar tanto físico, psicológico y, por qué no, también moral.

3.4. Suicidio asistido

Según Niño (2005), el suicidio asistido es un concepto relacionado al tema en cuestión, el cual consiste en suministrar intencionalmente y con conocimiento a una persona los medios necesarios para suicidarse. Es el paciente el que voluntaria o activamente decide terminar con su vida.

3.5. Cacotanasia

Para Niño (2005), la cacotanasia es un concepto relacionado, por el cual la eutanasia se impone sin consentimiento del afectado. La palabra apunta a la idea de una mala muerte.

4. La Eutanasia según la visión filosófica y religiosa

Los filósofos se encontraban mayormente en contra de la eutanasia activa, fundando su posición en la sacralidad de la vida y sosteniendo que los únicos que estaban a cargo de la misma eran los dioses. Se puede mencionar como definición de la eutanasia desde la óptica de las corrientes filosóficas la que realizó Séneca: “Comportamiento dirigido por la razón, no por la ira para apartar de los sanos a los seres inútiles” (Séneca, 1986 p. 81).

Platón (1992), en tanto, adoptó una postura contraria a la eutanasia activa. En sus *Leyes* expresaba que los profesionales de la medicina debían ser condenados con la pena de muerte, siempre que suministraren fármacos con la finalidad de adelantar la muerte a una persona. Sin embargo, denotaba estar a favor de lo que es la práctica eutanásica en su modalidad pasiva, ya que en su obra “*La República*” expresaba que los pacientes que no podían vivir una vida normal, no debían recibir tratamiento alguno para la prolongación de la misma, cuestionando la irracionalidad de mantener con vida a una persona que es inútil para sí misma como también para la sociedad.

El pensamiento de Sócrates es expuesto por Platón, quien también sostenía que no encontraba cual era el objetivo de mantener con vida a una persona que se hallara gravemente enferma, ya que no era beneficioso vivir en esas condiciones. Asimismo, carecía de sentido esa vida inútil tanto para el propio afectado como para el Estado, demostrando con ello una gran capacidad del ser humano a decidir y controlar la muerte. Kant, por lo contrario, sostenía que las personas no gozaban de aptitud para finalizar con su existencia (Rivera López, 1997).

Dworkin (1994), al manifestarse sobre el aborto y la eutanasia, sostiene que es incorrecto plantear, por un lado, la sacralidad de la vida y, por otro, la libertad individual, puesto que es innegable que los sujetos de derecho opinarían a favor de ambos valores, evitando el enfrentamiento de uno u otro para justificar la eutanasia.

Respecto a la concepción acerca de que la vida es sagrada hace referencia a que en sí misma toda existencia tiene un valor intrínseco, independientemente de cualquier otro factor externo, lo cual, se demuestra al asignarle a la misma distintos tipos de valores. Tales valores se detallan a continuación:

- Instrumentalmente importante: su valoración está supeditada al beneficio que le brinde al individuo.
- Subjetivamente valiosa: solamente para quienes así lo quieren.
- Intrínsecamente valiosa: su valor es totalmente autónomo, por el solo hecho de existir, más allá de lo que los individuos pretendan o aspiren.

Según Dworkin (1994), haciendo referencia a la libertad individual, señala que las personas deben tener la posibilidad de tomar sus propias decisiones especialmente en tres situaciones:

- Consciencia y competencia: hay pacientes que se encuentran plenamente conscientes, pero no tienen la aptitud para provocar su muerte sin una ayuda externa. Un caso que ejemplifica esta situación es el ocurrido en Estados Unidos en mil novecientos noventa y uno, en el que el Doctor Thimoty Quill²², médico de la señora Patricia Trumbull, ante el desesperado pedido de ayuda de su paciente para acabar con su sufrimiento, decide prescribirle un medicamento informándole acerca de la cantidad que debería ingerir para lograr su cometido. Cuando la paciente tomó definitivamente la decisión de finalizar con su vida, utilizó la medicación la cual le ocasionó la muerte. El hecho provocó que se convocara a un jurado con la finalidad de acusar al Doctor Quill del delito de asistencia al suicidio, cuya pena se establece entre cinco y quince años de prisión en el Estado de Nueva York. El jurado decidió que no procedía la acusación y tan solo solicitó al Consejo de Conducta Médica Profesional si la licencia del Doctor Quill debería ser revocada o reprimida su conducta, pero finalmente la respuesta del Consejo fue que “no se justificaba ninguna acusación de conducta censurable”.

- Inconsciencia: es una tarea habitual de los médicos decidir si mantener el soporte vital de una persona que se halla en estado de inconsciencia y sin posibilidades de recuperación. La solución más factible a este dilema es cuando el paciente ha suscripto un testamento vital, en el cual expresa su voluntad ante determinada circunstancia. Si ello no ocurriera, se da el caso de personas que, ante la ausencia de la manifestación de su voluntad y la imposibilidad de realizarla en ese momento, dependen de la decisión de sus familiares (el continuar o solicitar

²² Dworkin, R. (1994) El dominio de la vida, una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. New York: Vintage Books

la interrupción del soporte vital). Un caso que da cuenta de ello es el de Nancy Cruzan, que se desarrollara en los apartados siguientes.

- **Conscientes pero incompetentes:** se refiere a personas que si bien están conscientes no son competentes para satisfacer sus propias funciones, se refiere especialmente a las personas de edad muy avanzada y que en algunos casos se encuentran afectadas por Alzheimer. Ejemplo de ello es el caso de la Señora Jane Adkins²³, quien se encontraba en las etapas iniciales de la enfermedad, quien manifestó su deseo de morir antes de que su estado de salud empeore y no tenga la aptitud para decidir o manifestar su deseo. Contemplando su deseo el doctor Kevorkian luego de explicar el procedimiento ayudó a la Señora Adkins a cumplir con su voluntad.

Se puede apreciar que el autor es un fiel defensor de los derechos individuales contra cualquier intento de atropello de los mismos por parte del Estado.

De acuerdo a ello y según este autor, reconocer el derecho a la autonomía posibilita a los sujetos de derecho ser sensatos al momento de actuar acorde a sus propias convicciones sin interferencias externas. Respetar la decisión de alguien que desea morir ante determinada circunstancia, pues así lo ha manifestado, significa respetar sus propios valores y resoluciones.

Singer (1995, p. 217) en su obra *Ética Práctica* trata sobre la aplicación de la moralidad a diversos temas prácticos, entre ellos la eutanasia, a la cual define de la siguiente manera: “La eutanasia se refiere a acabar con la vida de los que padecen enfermedades terminales, con gran dolor y angustia, por el bien de los que mueren para ahorrarles más sufrimiento”.

Este filósofo menciona tres tipos de eutanasia:

Eutanasia no voluntaria: es aquella que se realiza cuando el sujeto no es competente o no ha expresado su decisión de continuar o no con su vida antes determinadas circunstancias.

Eutanasia voluntaria: es cuando se produce la muerte de una persona la cual previamente ha manifestado su consentimiento de forma explícita.

Esta modalidad de la práctica se basa en el respeto hacia la autonomía personal, la cual se describe en la obra (ver Singer, 1995) de la siguiente forma:

²³ Dworkin, R. (1994) *El dominio de la vida, una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. New York: Vintage Books

El principio de respeto a la autonomía nos indica que dejemos que los agentes racionales vivan su propia vida de acuerdo con sus decisiones autónomas propias, sin ningún tipo de coacción ni interferencia, pero si los agentes racionales eligiesen de forma autónoma morir, entonces el respeto a la autonomía nos llamaría a prestarles nuestra ayuda a la hora de hacer lo que han decidido (Singer, 1995 p. 242).

Eutanasia involuntaria: es la que ocasiona la muerte a un individuo que no expresó su conformidad respecto al acto por no habérselo solicitado o habiéndolo rechazado con la única intención de permanecer con vida.

Si bien el autor no está de acuerdo con esta modalidad de la práctica eutanásica, considera que la única forma de justificarla es en aquellos casos en que se les quita la vida a quienes:

- Carecen de la capacidad para dar su consentimiento a la muerte, porque carecen de la capacidad para entender la elección entre su propia existencia o no existencia continuada.
- Tienen la capacidad para elegir entre su propia vida continuada o muerte y para tomar una decisión informada, voluntaria y definitiva con respecto a la muerte (Singer, 1995 p. 250).

En dicha obra, Singer también hace referencia a lo que denomina doctrina de los actos y las omisiones, según la cual desde una perspectiva ética los actos son juzgados en base a la violación o no de la imposición que nos ordenan las normas. Asimismo, esto permite apreciar la distinción entre la eutanasia en su faz activa y pasiva, entre el matar y el dejar morir.

Se supone que pacientes en situaciones similares y cuyo resultado sería el mismo pero con la disimilitud que a uno de ellos se le suministrara una ayuda para lograr el inevitable final, mientras que al otro sujeto se omitiría prestarle auxilio alguno que anticipe lo que inevitablemente ocurrirá tiempo después. El paciente se encuentra ante una circunstancia de desigualdad en pos de la normativa impuesta por el ordenamiento jurídico.

Según Laín Entralgo (1972), Hipócrates se manifestaba en contra de la eutanasia activa y del suicidio asistido y lo deja expresamente plasmado en el llamado juramento Hipocrático, en el cual prohíbe a los médicos el suministro de drogas que pueden ocasionar la muerte de sus pacientes, al expresar “no daré una droga mortal a nadie aunque me lo pida, ni realizaré sugerencia en ese sentido” Pero manifestaba estar a favor de la eutanasia pasiva, en los casos de pacientes con enfermedades incurables, debido a que la ciencia en esos determinados casos, estaba imposibilitada de poder ejercer algún acto positivo para revertir la situación.

Desde un punto de vista religioso y acorde a la declaración de 1980 del Vaticano, *Iura et Bona* de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, donde expone acerca de la eutanasia, define a la misma como “una acción o una omisión que por su naturaleza o en la intención causa la muerte, con el fin de que todo sufrimiento puede ser de esta manera eliminado”. Reafirman desde el culto católico, que nadie tiene la potestad de decidir sobre la vida de otro ser humano, ni a solicitud del propio enfermo, que en momentos de desesperación y angustia suelen implorarle a sus afectos poner fin a su existencia.

Tal doctrina religiosa considera además, que es una violación a uno de los mandamientos del mencionado culto, el que reza: “no matarás” y que es considerado uno de los mandamientos fundamentales para la religión, el cual ninguna persona debería transgredir, aún cuando alguien se encuentre sometido a un padecimiento inhumano.

De acuerdo a esta doctrina, la eutanasia es considerada un trascendental menosprecio hacia Dios, creador de toda vida sobre la tierra y nadie tiene la potestad de disponer sobre la vida y la muerte de ningún ser humano, ni aún el propio interesado en que la acción se lleve a cabo fundándose en su propia autonomía a decidir sobre su existencia.

En cuanto al uso de analgésicos, se sostiene desde la doctrina de la fe católica, que en ocasiones es común que el ser humano padezca dolores en su última estadía en este mundo y lo equipara al sufrimiento de Cristo en pos de la salvación de toda la humanidad. Ante la consulta de un grupo de profesionales de la salud a Pío XII sobre si es permitido a los médicos suprimir el dolor y la conciencia a través del uso de narcóticos, inclusive cuando se está próximo a morir o, se infiere que el uso de medicamentos podría acelerar el final, la respuesta del Papa fue “si no hay otros medios y si, en tales circunstancias, ello no impide el cumplimiento de otros deberes religiosos y morales” (Pío XII, 1957 p. 147).

5. Caso “Karen Ann Quinlan”²⁴

El 15 de abril de 1975 Karen Ann Quinlan asistió a una fiesta en casa de un amigo. Karen Ann no había comido prácticamente nada en las últimas 48 horas y tras consumir alcohol y un tranquilizante (que se cree que fue fenobarbital o diazepam), les comunicó a sus amigos que se

²⁴ Corte Suprema de Nueva Jersey. *Karen Ann Quinlan*. (1976).

sentía mareada, por lo que se recostó. Quince minutos más tarde la encontraron sin respirar, llamaron una ambulancia y realizaron respiración boca a boca. Sin embargo no recuperó la conciencia y fue ingresada en el Newton Memorial Hospital en New Jersey en estado de coma pesando 50 Kg.

Karen Ann sufrió daño cerebral irreversible por experimentar una falla respiratoria prolongada. Luego de ser trasladada al hospital fue conectada a ventilación mecánica. Nunca se precisó la causa de la falla respiratoria, pero se cree que fue consecuencia de la ingestión de alcohol y barbitúricos. Karen entró en estado vegetativo persistente.

Durante los siguientes meses permaneció en el hospital, mientras su condición se deterioró gradualmente, perdió peso llegando a pesar 36 Kg. Karen sólo se mantenía viva por la alimentación nasogástrica y el apoyo del ventilador. Luego de varios meses, sus padres al observar el estado de su hija solicitaron la suspensión de la ventilación mecánica. El hospital rechazó la petición de los padres. En 1976, los Quinlan llevaron su caso a la Corte Suprema de New Jersey, que finalmente acogió la petición. Sin embargo, Karen continuó respirando de manera espontánea después del retiro del ventilador. Fue alimentada mediante sonda nasogástrica por nueve años más, hasta su muerte por neumonía en 1985.

Este caso fue relevante debido a que, a raíz de la sentencia judicial, se constituyeron por primera vez en la historia los comités de ética hospitalaria y por el debate que se abrió sobre la eutanasia, la bioética y los derechos civiles.

6. Caso “Nancy Cruzan”²⁵

El 11 de Enero de 1983, a los 24 años de edad Nancy Cruzan perdió el control de su auto en una pista con hielo en Missouri. Producto del impacto, salió eyectada del vehículo quedando boca abajo en un estanque con agua. Los paramédicos la encontraron sin signos vitales, por lo que la reanimaron y estabilizaron. Luego de dos semanas de permanecer inconsciente, fue diagnosticada con un estado vegetativo persistente, producto de la privación prolongada de oxígeno su cerebro sufrió daños irreversibles.

²⁵ Corte Suprema de Estados Unidos. *Nancy Cruzan*. N°881503. (1889-1890).

Cruzan con el tiempo evolucionó a respiración espontánea, sin embargo, a raíz de su estado no era capaz de deglutir. Antes de que los tubos de alimentación comenzaran a ser usados en los 60', el curso natural de este tipo de pacientes era morir de inanición, pero gracias a los avances los cirujanos instalaron un tubo de alimentación para su cuidado.

Los familiares de Nancy esperaron su recuperación, aunque eventualmente, luego de cuatro años aceptaron que su condición no variaría. En 1987 los padres de Nancy Cruzan solicitaron que su tubo de alimentación fuese removido. El Hospital y los médicos a cargo de Nancy rechazaron la petición, indicando que requerían una orden judicial para ello. Esta negación fue respaldada por el Gobernador de Missouri John Ashcroft. El caso de Nancy Cruzan fue el primer caso acerca del derecho a morir que apela a la Corte Suprema de los Estados Unidos.

En Julio de 1988 la familia Cruzan ganó el caso en la Corte de Sucesión. Sin embargo, el abogado general apeló, por lo que la Corte Suprema de Missouri revirtió tal decisión. Esta Corte concluyó que el Estado tiene un interés incondicional en preservar la vida, y que el soporte médico de un paciente incompetente podría ser suspendido sólo si se cumple adecuadamente con el “estándar de evidencia clara y convincente”.

Esto aseguraría que Nancy habría rechazado el tratamiento si estuviese competente, lo cual hasta el momento no se había logrado, debido a que los padres de Nancy no expusieron de manera certera su voluntad. En vista de este escenario, los Cruzan apelaron a la Corte Suprema de los Estados Unidos. En Junio de 1990 la Corte Suprema decidió, por 5 votos contra 4, que constitucionalmente la Corte de Missouri requería un alto estándar de evidencia de los deseos de Nancy Cruzan antes de permitir la suspensión del tratamiento.

A su vez, al revisar la Corte Suprema la decisión de la Corte de Missouri, presentó tres importantes declaraciones: Primero, y de manera más general, reconoció el derecho del paciente competente de rechazar tratamiento médico, incluso si tal decisión conduce a la muerte del paciente. Con la decisión del caso Cruzan, esta fue la primera vez que la Corte Suprema reconoció que la Constitución le otorga a los norteamericanos la libertad de prescindir del tratamiento médico no deseado. Así, la defensa de la vida por parte del Estado no debe ser una privación de la libertad individual.

Segundo, la Corte Suprema indicó que retirar el tubo de alimentación no difiere de suspender cualquier otro tratamiento de soporte vital.

Tercero, con respecto a los pacientes incompetentes, la Corte Suprema estableció que el Estado podía, pero no necesitaba pasar del estatuto de requerir del estándar de evidencia de clarificación y convencimiento, al estatuto de qué es lo que querría un paciente competente si se volviese incompetente por un largo tiempo. Posterior a estas declaraciones, la familia Cruzan continuó reuniendo evidencia y varios amigos de Nancy se presentaron en la Corte para testificar acerca de sus deseos expresados antes del accidente.

En Diciembre de 1990 la Corte Estatal de Missouri, que inicialmente había escuchado el caso de Nancy Cruzan, dictaminó que la alimentación artificial podía ser suspendida. Así, luego de casi ocho años de encontrarse en estado vegetativo, y de ocho peticiones a la corte, finalmente le confirieron el derecho a los padres de Nancy de concretar lo que ellos consideraban, era lo mejor para ella. La Corte basó su decisión final en el testimonio de un amigo cercano de Nancy, que dijo que ella había aclarado hace años que no le gustaría continuar viviendo con soporte artificial. A su vez, la Corte estableció que los pacientes tienen el derecho fundamental de rechazar tratamientos de soporte vital, pero apuntó que el Estado puede regular las circunstancias en que este tipo de tratamientos pueden ser suspendidos si el paciente no puede expresar su voluntad. De esta manera, el Estado puede decidir si hay o no evidencias suficientes acerca de la voluntad del paciente, la que es necesaria para apoyar la decisión de suspender un tratamiento de este tipo. El Estado basó su decisión en el derecho al consentimiento informado y el derecho de privacidad. El 15 Diciembre de 1990 el tubo de alimentación de Nancy Cruzan fue removido. Nancy murió 11 días después, el 26 de Diciembre de 1990.

7. Eutanasia y Muerte Digna

Según Taddei (2015), se considera a la eutanasia un concepto de término amplio, y en cierta manera ambigua, lo cual ha llevado a discusiones académicas acerca de su clasificación. Apunta a que los médicos en general suelen ser apáticos a las definiciones de la bioética por considerarlas carentes de experiencias clínicas. Las normas legales son preceptos generales, el ordenamiento jurídico no se agota en la ley.

Siguiendo al mismo autor se puede decir que la eutanasia y la muerte digna son conductas determinadas a la conclusión voluntaria de la propia vida. Ya que se está frente a la angustia

vital de seguir existiendo. En el pensamiento actual, muerte digna hace referencia a la calidad de existencia en la parte final de vida, respetando la voluntad del enfermo, sin dolor, y estando contenido y acompañado de sus afectos.

8. Conclusión Parcial

En este capítulo se abordó la Eutanasia conocida por muchos como “la muerte dulce” o “buena muerte”. Si bien en nuestro país está prohibida su aplicación, en otros están a favor de ella. La eutanasia activa, se manifiesta por la aplicación de medicamentos o procedimientos con el fin de una muerte rápida de la persona que lo solicita, en la mayoría de los casos es ante una enfermedad que le imposibilita llevar una vida digna, poder desenvolverse por sí solo o no soportar el sufrimiento, la agonía y la progresividad de la enfermedad, llegando a depender en todo momento de tratamientos extraordinarios muchas veces de gran valor económico y sin poder llegar a una evolución favorable.

La eutanasia pasiva omite la aplicación de ciertos procedimientos y tratamientos, pudiendo precipitar el fin de la vida del paciente, se la denomina muerte por omisión. Hay posturas filosóficas a favor como en contra de la eutanasia, si bien en la antigüedad era considerada un acto de piedad, una posibilidad de liberarse de algún mal aunque culturalmente se lo consideraba incorrecto, hoy muchos la relacionan como una escapatoria fácil ante el sufrimiento insoportable, pérdida de dignidad, libertad y proyectos de vida; ante una muerte sin tiempo establecido pero inminente.

La iglesia afirma que la eutanasia es un trascendental menosprecio hacia Dios, creador de toda vida sobre la tierra, nadie tiene la potestad de disponer sobre la vida y la muerte de ningún ser humano, explícitamente niega su aplicación.

En el último capítulo del TFG, se desarrollará el Fin de la Existencia.

CAPITULO V: FINAL DE LA EXISTENCIA

1. Introducción

En este capítulo se analizarán las directivas anticipadas y la estrecha relación con el derecho de la autonomía de voluntad, instrumentos que facilitan a las personas poder plasmar sus deseos, ante una posible enfermedad o patología grave.

El paciente o enfermo podrá utilizar estas directivas expresando su consentimiento y permitiendo que los familiares o sus representantes, no tengan la pesada responsabilidad de decidir sobre sus tratamientos, medicamentos o circunstancias en torno a la calidad de vida de su ser querido en momento crítico de salud.

Se analizará el caso “M”, del año 2005, señora de una enfermedad irreversible e incurable, que por medio de las directivas anticipadas había establecido su voluntad de manera consciente, mucho antes de la evolución de su patología grave con un desenlace lamentable.

Para dar comienzo a este apartado, haré mención a la investigación del Dr. Borasio (2011). Este autor en sus conferencias, habitualmente, lanza la siguiente pregunta al público: “¿cómo se imaginarían morir?”, y les ofrece tres opciones: la primera, una muerte repentina como un infarto, en segundo lugar, una muerte a media velocidad a causa de una enfermedad grave y progresiva con período de vida de dos a tres años conservando la lucidez (ejemplo: cáncer). Por último, plantea como opción una muerte lenta a causa de una demencia que se extiende a lo largo de ocho a diez años, contando con los cuidados paliativos. Las respuestas obtenidas se dividen; las tres cuartas partes optaron por la opción uno, la cuarta parte por la opción dos y sólo algunos por la opción tres.

Con esto, este facultativo demuestra la discrepancia entre el deseo y la realidad: la alternativa uno ocurre en menos del cinco por ciento de los decesos, la alternativa dos, entre un cincuenta y sesenta por ciento y la alternativa tres, entre un treinta o cuarenta por ciento. La finalidad de este ejemplo es demostrar lo necesario que es hablar de la muerte, considerada un tabú por la mayoría de la sociedad. Mucho se habla de la vida en sí y poco de la muerte, siendo que ambas son seguras en todo ser humano. El fin de la vida es inevitable.

2. Derecho a morir. Fin de la existencia humana

Definiendo en general la muerte, según los estudios de Taddei (2015) y Trueba (2007), parte de la doctrina entienden a la muerte biológica, como la detención brusca de la función cardíaca, a ésta le sobreviene el cese de la oxigenación en los tejidos, le sigue la interrupción de la respiración y, por último, la pérdida de conciencia. En tanto, la muerte clínica de una persona es la muerte del encéfalo. A partir de la década del 60, el concepto de muerte clínica tuvo un giro conceptual al usar como sinónimo de muerte clínica la muerte cerebral.

Citando la ley 24.193 llamada de “ablación e implante de órganos y tejidos”, se define a la muerte en su artículo 23 de la siguiente manera:

El fallecimiento de una persona se considera tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, los que deberán persistir durante seis horas después de su constatación conjunta: a- ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia., b- ausencia de respiración espontánea., con ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas.

Toda persona ante la muerte, dispone del derecho a morir, según el bioeticista Max Charlesworth, citado por Borda (2001 p. 106):

(...) el derecho a la autonomía o a la autodeterminación, es de hecho el fundamento de todos los derechos humanos, ya que no tendría ningún sentido hablar de derechos a no ser que seamos capaces de decidir por nosotros mismos y ser responsable de nuestra vida y nuestra muerte.

Es de relevancia resaltar que el derecho a la vida como el derecho a morir, están estrechamente ligados con el derecho a la dignidad, y constituyen derechos personalísimos individuales de toda persona humana, regulados de manera implícita en el artículo 33²⁶ de la Constitución Nacional. Es decir, sólo quien es dueño de su vida puede en determinadas circunstancias disponer de ella, no se concibe una vida sin dignidad, para ello es fundamental que toda persona goce de las facultades indispensables para su existencia, como lo son la libertad y un buen estado de salud.

²⁶ “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no será entendidos como negación de otros derechos y garantía no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Padecer una patología o enfermedad terminal que se caracterice por ser irreversible e incurable, daña tanto la integridad física como psicológica del enfermo. En tales circunstancias, el sufrimiento o la agonía se apoderan de la dignidad y la vida se transforma en un sobrevivir.

El artículo 19 de nuestra ley suprema nacional, destaca “los actos privados de las personas que no ofendan al orden y moral pública, ni dañen a terceros están reservadas a Dios, sin la intervención de los magistrados”. Es decir, un paciente terminal sin ningún tipo de mejoría con respecto a su diagnóstico, conectado a aparatos mecánicos de una tecnología avanzada con el fin de prolongar su agonía o la utilización de tratamientos quirúrgicos sin resultados favorables, todo eso produce que sus momentos se transformen en una tortura. Esto es lo que se conoce como un encarnizamiento terapéutico. En la actualidad se plantea la necesidad de poner un límite legal a esta situación. Por otra parte, quizás sea significativo tener presente que hace varios años atrás, la muerte se desencadenaba naturalmente, sin ser postergada por ningún soporte mecánico o método extraño.

En nuestro país esa situación de la muerte intercedida por medios mecánicos, fue subsanada ante la sanción de la ley 26.529 (“derechos del paciente en relación con los profesionales e instituciones de la salud”) y su reforma por la ley 26.742 (“muerte digna”). Ambas facilitaron las herramientas legislativas, en torno a la regulación de la muerte, resaltando el respeto por la dignidad humana aún en ella. Actualmente se la llama “muerte digna”, la cual posibilita que al enfermo terminal, le sea respetada la dignidad que requiere y debe acompañar su muerte, en el caso de no tener ninguna posibilidad de darle batalla a su estado.

Los pacientes han sido favorecidos por los derechos incorporados por ambas normativas (leyes 26.529 y 26.742). A partir de ellas, se le permitirá al enfermo hacer uso, por ejemplo, de los beneficios que implica poseer los derechos de la autonomía de voluntad y el consentimiento informado, derechos que dignifican el momento crítico que transita dicho paciente. A través de las directivas anticipadas, se le posibilita su declaración en forma verbal o escrita, siempre y cuando su edad sea como mínimo de 18 años. En caso contrario, en lo que respecta al menor de edad, se evaluará el desarrollo progresivo, la capacidad de cordura a su edad. No obstante, serán sus tutores o representantes quienes tendrán voz y poder ante las decisipne

decisiones que fueran a tomar.

Hay que hacer una salvedad. Si bien nuestro país, a través de la legislación vigente, está en favor de la muerte digna en los casos contemplados, de igual manera (vía normativa) es muy preciso en cuanto a la negativa de la aplicación de la eutanasia.

El doctor Buompadre (1993) hace referencia al derecho a vivir y a morir con dignidad, los cuales sintetiza en el valor de la libertad que tenemos todos los sujetos de derecho a tomar autodeterminaciones acerca de nuestra vida con total abstracción de los mandatos sociales. De este modo el autor otorga preeminencia a los valores libertad y vida, los cuales conservarán supremacía siempre y cuando el Estado acate las decisiones personales de los individuos, rehusándose a realizar acciones que intenten desviar la finalidad de tales determinaciones.

A modo de ejemplo del derecho a morir, Borda (2001) cita tres casos diferentes de relevancia y relacionados entre sí. El caso Cruzan analizado con anterioridad, el caso de Dax Cowart, quien sufrió graves quemaduras producto de un accidente y sólo podía subsistir por medio de tratamientos dolorosos, pero en pleno estado de conciencia. Es de destacar que en este caso el mismo paciente suplicaba que le suspendieran esos tratamientos para dejarse morir. Por último, el caso Jane Adkins, una mujer con los primeros síntomas de Alzheimer en perfecto estado de conciencia, solicitaba que se le aplicara algún medio para producirle la muerte y terminar sus días antes que la enfermedad avanzara.

El reconocimiento del derecho a morir es aquel que posibilita al ser humano una muerte digna, sin dolores, padecimientos ni angustias, tanto en lo psicológico como en su estado físico. Para ello es necesario el estudio de cada caso en particular por profesionales de la salud idóneos, los cuales tendrán la obligación de manifestarse por medio de un diagnóstico o un parte médico, concediendo la posibilidad al enfermo o a sus parientes o representantes de conocer si se está dispuesto a someterse a posibles tratamientos, si los hubiere. El paciente no se podrá rehusar a los cuidados paliativos y a las medidas que posibiliten el confort, controlando en lo posible sus dolencias, acompañado por un equipo de diversos profesionales entre ellos médicos, psicólogos, ayuda espiritual y, lo fundamental, su familia pudiendo con esto mejorar la calidad de su muerte.

Según Cerón (2014), la Iglesia Católica, tiene una posición clara respecto al tema relacionado al derecho a morir, la cual prioriza la vida desde la concepción hasta la muerte natural, siendo

Dios el único que decide cuando finaliza la vida, teoría que defiende también el Papa Francisco y consiste “en dejar vivir y no matar; dejar crecer, alimentar, educar, curar y dejar morir con dignidad. No interferir manipuladoramente”.

Si bien la iglesia prioriza la vida, manifiesta su apoyo en cuanto a la muerte digna, no interfiriendo su desenlace por medio de un encarnizamiento terapéutico, sino a través de una muerte natural y digna a la vez.

3. Enfermedades irreversibles e incurables

En el artículo 5 inciso d) de la ley 10058 conocida como “ declaración de voluntad anticipada o de muerte digna” de la provincia de Córdoba del año 2012, define el diagnóstico de *enfermedad terminal* como: “(...) el dictamen al que arriba un médico o un equipo sanitario ante una enfermedad avanzada, progresiva, incurable, irreversible y mortal a corto plazo”.

Por otro lado, la Asociación Médica Mundial define el *estado vegetativo persistente* de la siguiente forma:

(...) cuando la persona con graves daños en los hemisferios cerebrales, pasando a un estado de inconciencia crónico, tiene períodos de vigilia pero no expresa funcionamiento cerebral o es capaz de responder a estímulos externos. La recuperación suele ser posible en los primeros tiempo ya sean días o semanas pero lo desfavorable de esta patología es que hay personas que pueden vivir tiempos prolongados, varios años en ese estado o con ese diagnóstico si se le suministra alimentación y asistencia mecánica. Este estado vegetativo se lo califica como permanente cuando es irreversible, tres meses después de una injuria no traumática y doce después de una injuria traumática (Berbere Delgado, 2012 p. 86).

Según el Doctor Sfaello (2005), algunas de causas del *estado vegetativo persistente* son las siguientes: daño cerebral agudo y malformaciones congénitas del sistema nervioso. El diagnóstico se podrá destacar por la falta de conciencia e incapacidad para relacionarse, la falta de estímulos visuales, auditivos, táctiles o dolorosos, ninguna evidencia de comprensión del lenguaje o de la expresión, por citar algunos de los síntomas.

Para Berbere Delgado (2012), la *muerte cerebral* se la podría definir en estos términos:

(...) constituye la pérdida irreversible de las células cerebrales. El fenecimiento encefálico es la pérdida irreversible de la actividad de todo el encéfalo incluido el tallo cerebral, parte más baja del encéfalo encargada de la mayoría de las funciones vitales. Se comprueba ese diagnóstico por protocolos establecidos por profesionales de la salud de especialidad neurología

4. Directivas anticipadas, testamento vital o testamentos de salud

Alegría y Mosset Iturraspe (2010), destacan que, con el concepto de directivas anticipadas, se identifican los distintos documentos o expresiones claras e inequívocas de voluntad de una persona respecto de situaciones de futuro, ya previsibles o simplemente hipotéticas, relacionadas con su propia salud. En la doctrina argentina primero, luego en la jurisprudencia y la legislación, tal concepto fue receptado bajo distintas acepciones tales como testamento vital, testamentos de salud, directivas médicas anticipadas y directivas anticipadas de salud.

Las directivas anticipadas de salud (DAS), se encuadran reguladas de manera explícita en el artículo 19 de nuestra carta magna.

Es por ello que toda persona mayor de edad y en uso de sus capacidades podrá realizar su testamento vital, amparado por el artículo citado supra, haciendo valer sus derechos de libertad y de autonomía de voluntad; siempre y cuando no se perjudique al orden, moral pública y a los terceros.

Según Berbere Delgado (2012), se le concede a la persona el decidir con antelación al sufrir una enfermedad grave que le imposibilite expresar su voluntad, qué tratamientos estaría dispuesto a que se le administren y cuáles no, pudiendo designar a un tercero con el fin de que arbitre los medios para que se cumpla con lo solicitado por el enfermo. El médico deberá respetar obligatoriamente lo solicitado por el paciente.

Otro punto a destacar es la incorporación del artículo 60 del CCyCN (2015) y su regulación expresa de las directivas médicas anticipadas:

La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que implican desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.

4.1. Sujetos otorgantes, requisitos, revocación

La ley nacional 26.529 sobre “los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud”, incorpora por primera vez al orden jurídico previsiones expresas en materia de “directivas anticipadas”. Modificada en el año 2012 por la ley 26.742 sobre “muerte digna”. En cuanto a los sujetos otorgantes, la ley habla de persona capaz, mayor de edad. La mayoría de edad legal se adquiere a los 18 años. No obstante ello, la ley 26.061 conocida como “protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes”, interpretada y aplicada en forma armónica con la normativa nacional y transnacional, indica que se deben tener en cuenta la participación de menores adolescentes en la toma de decisiones que los afecten.

Otro de los requisitos es la obligatoriedad. Según señalan Alegría y Mosset Iturraspe (2010), al ser de carácter vinculante, tales directivas deberán ser aceptadas por los profesionales de la salud o quien le corresponda. Constituyen un acto intervivos, es decir están otorgadas a fin de producir efectos en vida de su otorgante y se sustenta en la autonomía de la voluntad. En cuanto a la forma del acto, en el artículo 6° de la ley 26.742 sobre “muerte digna”, en su último párrafo, expresa que dicha forma deberá ser por escrito, ante escribano público o juzgados de primera instancia, con la presencia de dos testigos. En cuanto a su revocación podrá ser en cualquier momento y circunstancia por quien la manifestó, sin que puedan oponerse trabas de ninguna especie.

Otro aporte legislativo se logró en el año 2012 de la ley 10058, conocida como “declaración de voluntad anticipada de muerte digna” de la Provincia de Córdoba. A continuación, se citarán los artículos más relevantes de la misma.

Artículo 1°, acerca del objeto de las voluntades anticipadas:

La presente Ley tiene por objeto establecer, regular y garantizar el derecho que tiene cualquier persona -con plena capacidad de obrar- a decidir en forma anticipada su voluntad respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos o procedimientos médicos de encarnizamiento terapéutico.

El artículo 5°, expone la definición de Declaración de voluntad anticipada como:

(...) manifestación escrita, datada y fehaciente de una persona capaz que, actuando libre y voluntariamente, expresa las instrucciones que deben respetarse en la atención médica y el

cuidado de su salud, por medio del cual se garanticen los derechos reconocidos en la presente Ley.

En el artículo 18 regula la entrega:

La Declaración de Voluntad Anticipada (DVA), en caso de no ser confeccionada ante el Registro de Voluntades Anticipadas, puede ser entregada a éste por:

- a) El declarante o su representante;
- b) Los directores o médicos de los hospitales que conforman la red hospitalaria pública de la Provincia de Córdoba;
- c) Un Juez de Paz,
- d) Un Escribano Público.

En cuanto a las limitaciones de la presente ley, se pueden destacar las que figuran en el artículo 3°:

La aplicación de las disposiciones establecidas en la presente Ley no permiten ni facultan, bajo ninguna circunstancia, la realización de conductas que tengan como consecuencia el acortamiento intencional de la vida, la eutanasia o la provocación de la muerte por piedad.

El artículo 19, reglamenta la Revocación de estas Declaraciones: “(...) puede ser revocada únicamente por el signatario de la misma en cualquier momento, siempre que la persona conserve su capacidad y actúe libremente”.

Asimismo, el artículo 23 prevé el supuesto de Mujeres embarazadas: “En el caso de que la declarante fuese una mujer embarazada y en ese estado padeciera una situación de enfermedad terminal, la Declaración de Voluntad Anticipada (DVA) quedará suspendida hasta finalizado el período de gestación”.

4.2. Fallo relevante: “M”²⁷

En el caso “M. s/ Acción de amparo”, de la Provincia de Buenos Aires. Una persona de sexo femenino, casada, con hijos mayores de edad que padecía una enfermedad progresiva e irreversible, para la cual no existía terapia curativa, efectuó una presentación judicial por la cual

²⁷ Juzg. 1° Inst. Crim. y Correccional de Transición N° 1. Mar del Plata, “M s/ Acción de Amparo”. (2005).

solicitaba se otorgue validez jurídica a su decisión personal en lo que respecta a su oposición a intervenciones quirúrgicas médicas por considerarlas invasivas. Y a su juicio afectaban su dignidad como persona.

Manifestó expresamente su voluntad inequívoca en el sentido de no someterse a ninguna práctica que prolongue su vida en forma artificial por medio de procedimientos médicos invasivos y a permanencia, lo cual quedó plasmado mediante instrumento público ante escribano.

Posteriormente, su marido promovió una acción de amparo a fin de hacer valer la voluntad declarada anticipadamente por su esposa, y asimismo en dichas actuaciones presentó constancia notarial, de la cual surgió que ella también decidió designarlo como mandatario a fines de que, en su representación arbitre todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a su voluntad.

El fallo resultó favorable a “M”, con fundamento en el derecho a la autodeterminación de las personas y las conductas autorreferentes que hacen a su dignidad y al respeto a sus libertades fundamentales. En este sentido, el Tribunal interviniente estableció que deberán ser respetadas a futuro las directivas anticipadas o acto de autoprotección, instrumentadas mediante actuación notarial expresamente ratificadas a través de diversas actuaciones judiciales cumplidas en estos autos, y en cuanto la Sra. M. manifiesta su oposición a intervenciones invasivas que impliquen "medios artificiales a permanencia", con especial referencia a un respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo (traqueotomía y gastrostomía), en el contexto de la evolución irreversible de la enfermedad que padece.

En el fallo que se comenta también se dejó establecido, con un criterio importante, que sin perjuicio de la negativa expresada por la Sra. “M” en relación a la implementación de medios artificiales a permanencia, el equipo médico tratante debería brindar absolutamente todos los cuidados paliativos no invasivos, con miras a evitarle padecimientos y eventualmente acompañarla en un proceso de muerte digna, en la medida que no implique prácticas eutanásicas activas, todo ello en el contexto del máximo respeto a la dignidad de la persona humana afectada de una enfermedad irreversible.

5. Derecho de autonomía de voluntad

Según observan Borda y Buteler Cáceres, el derecho de la autonomía de voluntad es la voluntad en sí misma, siendo la manifestación del libre albedrío de la persona, sin trascender del ámbito íntimo de la conciencia, sin concretarse en conducta y no importa al derecho, sólo importa esa voluntad cuando se ha concretado a través de un hecho o de una declaración. Es decir, se puede definir como la potestad de toda persona de dictarse sus propias leyes conforme a su racionalidad, a las cuales se someterá.

Siguiendo ambos autores del párrafo anterior los que manifiestan que, para que la voluntad se haga efectiva es imprescindible que se encuentre acompañada de tres elementos: el discernimiento, la intención y la libertad. El discernimiento es el componente que facilita captar conscientemente el actuar, si efectivamente se está ante una conducta antijurídica o no. La intención supone la reflexión, el pleno conocimiento de lo que se quiere solicitar o realizar. Finalmente la libertad se manifiesta en la naturalidad, en el obrar de la persona, ajena a cualquier influencia extraña (Borda, 2001; Buteler Cáceres, 2001).

David Hume (1988) sostenía con respecto a la autonomía de voluntad lo siguiente:

El disponer de la vida humana fuera solo de Dios, infringiendo el derecho divino el que los hombres dispusieran de sus propias vidas, tal pecado sería el que una persona actuara para conservar la vida, como el que decidiese destruirla.

Ronald Dworkin, en una postura en contra del pensamiento Hume declara, que “el concepto de autonomía, es un derecho de las personas de tomar decisiones principales y que debe permitírseles finalizar con su vida cuando lo ansían, siempre y cuando esa determinación no sea irracional” (Dworkin, 1993, p. 190).

Para Kant la autonomía de la voluntad es: “la constitución de la voluntad por la cual ella es para sí misma una ley-independientemente de cómo estén constituidos los objetos del querer” (Kant, 1998, pág. 88).

Según la doctrina kantiana, el paciente que deba realizarse algún procedimiento médico, debe reunir dos elementos: independencia y racionalidad. La independencia se refiere al obrar de la persona, con total abstracción de influencias del mundo exterior, mientras que la racionalidad, es

valorada como causa del derecho, generadora de ley universal, lo que la lleva a reflejar un ser que actúa de acuerdo a su razón, a sus propias leyes morales.

De las definiciones anteriores, se puede inferir que la soberanía de la persona para decidir sobre la prolongación o no de su propia vida, pasa a tener un valor fundamental que debería ser respetado por el Estado.

En posición opuesta a la autonomía, se encuentra la heteronomía, en la cual la acción está determinada por impedimentos que influyen sobre la libertad de decisión de la persona, entre los cuales se pueden mencionar:

Autonomía personal: es aquella en la cual la propia persona es quien tiene la potestad de dirigir y decidir su conducta conforme su convicción personal.

Autonomía moral: en esta clase de autonomía, la conducta del individuo se encuentra determinada en virtud de los principios éticos y morales del mismo.

Autonomía racional: en esta categoría de autonomía, la acción de la persona se encuentra determinada por su razón (Kant, 1999)

Independientemente de las diferencias entre una u otra forma de expresión de la autonomía, todas ellas tienen como elemento común la aptitud de todo individuo, para dirigir y decidir sobre su persona y sus propios actos, siempre y cuando actúe dentro de su esfera íntima y no afecte con su actitud, la moral pública, el orden y a terceras personas.

5.1. Caso Parodi²⁸

Según refiere Rocca (2014), en el año 1995 Ángel Parodi ingresó al Hospital Interzonal de Agudos de Mar del Plata, presentando gangrena en el pie derecho, con antecedentes de diabetes tipo II y alcoholismo. Los médicos indicaron la amputación del miembro inferior izquierdo y ante la negativa del paciente al sometimiento a esta cirugía; se labró un acta firmada por diversos profesionales en presencia del Director del Hospital.

Pero como la negativa del paciente a ser sometido a una operación quirúrgica necesaria, ponía en peligro su vida, se acude a la justicia interviniendo el Juzgado en lo Criminal y

²⁸ Juzg. 1° Inst. Crim. y Correccional N°3. Mar del Plata, "Parodi Ángel", T.165-360 (1995)

Correccional N° 3 de Mar del Plata, a cargo del Dr. Pedro Hooft. La primera medida fue solicitar un dictamen del Comité de Bioética del establecimiento. El comité 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.

Y agrega:

En el caso bajo análisis, entraría en conflicto el valor “vida”, que los profesionales de la salud querían privilegiar y proteger, la “dignidad” del paciente o enfermo 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 quien gozaba de plena capacidad para auto determinarse, en lo que se refería a su negativa a una intervención quirúrgica mutilante, sin que se deje de suministrarle todo cuidado que merece el enfermo como persona. Ángel Parodi no fue intervenido quirúrgicamente y finalmente falleció.

6. La acción de amparo como instrumento de protección o tutela de los derechos fundamentales

Según Alegria y Mosset Iturraspe (2010), la acción de amparo se presenta como vía idónea y mecanismo de tutela real y efectiva de derechos y garantías fundamentales, resultando su ejercicio oportuno desde que, de llevarse a cabo una posible intervención médica invasiva no deseada por el paciente durante un estado de inconciencia, se afectaría la autonomía personal y dignidad de la persona enferma.

La Constitución Nacional reformada en 1994, en su artículo 43 otorga expresa jerarquía constitucional a la acción de amparo:

“Es una acción expedita y rápida, y podrá deducirse siempre que no exista otro medio judicial más idóneo. La acción sólo procede en los casos en que la violación del derecho se haya realizado con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta”.

Según advierte Barra (1994), corresponde calificar el acto u omisión como arbitrario o ilegal, la investigación que deba realizarse, consiste en una mera comprobación de documentos y hechos evidentes, constatables por sí mismos o a través de una prueba sumamente abreviada. La idoneidad exigida por el artículo 43 tiene una doble significación: para el accionante, significa que frente a la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, necesita de una decisión judicial rápida que no permita la subsistencia de la conducta agravante, y para el demandado significa que se encuentra protegido por la garantía del debido proceso, requiriendo una defensa amplia de sus derechos. Para deducir esta acción de amparo, justamente por ser una acción expedita y rápida, el agraviado no necesita agotar previamente la instancia administrativa. En cuanto a la legitimación para accionar, el amparo puede ser planteado por la persona física o jurídica "afectada" que es la persona que puede invocar el daño diferenciado.

7. Conclusión Parcial

En este último capítulo se analizó el fin de la existencia humana, desde el punto biológico y se describió los requisitos que se deben constatar para declararse la muerte de ser humano.

El tema “Muerte” o “Derecho a morir” se expuso como una cuestión lógica, argumentativa. Para ello, se hizo hincapié en tres casos relevantes los cuales, si bien se trataban de enfermos terminales, se encontraban unidos por la voluntad de los participantes de disponer de su derecho a morir, cuestión que actualmente está legislada en la República Argentina, receptada expresamente en las leyes supra referenciadas y en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

La relevancia del tema de Muerte Digna obligó a los jueces a dar soluciones a casos concretos habiendo sentado de ese modo una jurisprudencia valiosa que fue plasmada en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalizando el trabajo se analizaron las directivas anticipadas o testamento vital o testamento de salud, distintas acepciones sobre el mismo tema y el derecho a la autonomía de voluntad; apartado que encuentra fundamento en la ley nacional.

Jurisprudencialmente se puede nombrar el Caso M. s/ acción de Amparo que tuvo lugar en nuestro país y fue resuelto por el máximo tribunal haciendo lugar al pedido del paciente.

Las directivas médicas anticipadas son un paso expansivo para adentrarnos a la idea de una “Muerte Digna”. El derecho propio de cada ser humano es el de aferrarse a la vida, si hay una luz de esperanza. Si, en cambio, se tratan de situaciones irreversibles para las que no existe tratamiento y se somete a la persona a procedimientos invasivos o dolorosos, debe existir la posibilidad de descansar en paz y terminar con todo ese tormento innecesario.

Para finalizar, se sigue a Barra (1994) cuando cita las palabras de José Luis, un enfermo de cáncer terminal quien luchó hasta el último de sus días por la sedación, “quiero morir porque amo la vida, la vida es vivir; no estar atado a una cama padeciendo dolores atroces sabiendo que eso es lo único que tienen, lo único que les queda, sin esperanza de que ese sometimiento sea el paso para una mejor calidad de vida, si no sabiendo que eso es el paso para el fin de su existencia”

CONCLUSIÓN FINAL

En el presente trabajo de graduación se desarrollaron cinco capítulos, exponiendo los antecedentes legislativos provinciales, nacionales e internacionales de la ley 26.529 sobre “derecho del paciente, historia clínica y consentimiento informado” del año 2009, modificada en el año 2012 por la ley 26.742 conocida como “muerte digna”.

Se hizo mención a los derechos personalísimos por ser innatos e inherentes de las personas. Asimismo, se trataron con detalle el derecho a la vida y a la salud, los que son reconocidos internacionalmente. También, se replanteó la relación médico-paciente, los deberes y derechos de ambos resaltando al paciente menor de edad como sujeto de capacidad progresiva.

Como se vio, según los requerimientos de la sociedad y los avances tecnológicos, surge la necesidad de crear nuevos conceptos y, con ellos, de dar respuesta a debates éticos. En la materia que se trata confluyen distintas necesidades, las que exigen soluciones ante temas tan trascendentes y puestos en cuestión, como son la salud y el derecho a disponer del propio cuerpo y vida.

El avance de la ciencia en la medicina ha posibilitado que soportes vitales sean los que suplanten órganos del cuerpo humano con el fin de prolongar la vida en pacientes, por lo general, con diagnósticos de enfermedad irreversible e incurable o que se encuentran en un estado terminal, o bien, hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación. Estos procedimientos suelen constituir lo que actualmente se conoce como “muerte intercedida”.

A partir de estas ideas y cuestiones es necesario, a nivel social, normativas que regulen esta temática. En la Argentina y mediante la adhesión a tratados internacionales con jerarquía constitucional, tanto la legislación nacional y la provincial le han dado un marco teórico y trascendental a la muerte digna. Las leyes 26.529 (“derecho del paciente, historia clínica y consentimiento informado”) y 26.742 (“muerte digna”) posicionan al paciente con sus derechos y deberes por encima de los médicos, quien solía tener una postura paternalista, prevaleciendo su opinión sobre la del enfermo. Lo sobresaliente de estas normativas son sus artículos en general, destacándose en particular los que hacen referencia a la autonomía de la voluntad, al derecho del paciente (y/o, en casos específicos, sus familiares) a rechazar o

aceptar determinadas terapias o procedimientos médicos, con o sin expresión de causa. El paciente ante una enfermedad de gravedad e incurable o que se encuentre en estado terminal podrá manifestar su voluntad por medio de directivas anticipadas anteriores o realizadas en ese momento, decidir no someterse a procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o retiro de medidas de soporte vital y al suministro de alimentación e hidratación; cuando no favorezcan en su diagnóstico o prolonguen su dolor.

Pese a la libertad de decisión que tiene el paciente, éste no podrá rehusarse a los tratamientos paliativos los que tienen como finalidad combatir el sufrimiento ante todo, también al acompañamiento de diversos profesionales y, en especial, su familia. Los cuidados paliativos son obligatorios ya que lo que se busca a través de ello es mitigar el dolor y sufrimiento y no así estirar la agonía o el encarnizamiento terapéutico. Para esta difícil decisión es importante el concepto de *consentimiento informado*. Es tan valioso para el paciente como para su entorno ya que sólo a través de una adecuada información podrá dar su opinión basada en argumentos firmes; siempre y cuando el médico le dé una información, clara, precisa y adecuada.

Con respecto a la Eutanasia, conocida por muchos como “la muerte dulce” o “buena muerte”, se planteó lo que sigue. Si bien en nuestro país está prohibida su aplicación, hay países que están en favor de su utilización. Se la clasifica principalmente como eutanasia activa y pasiva. La primera, se manifiesta por la aplicación de medicamento o procedimiento con el fin de una muerte rápida de la persona que lo solicita, en la mayoría de los casos es ante una enfermedad que le imposibilita llevar una vida digna, poder desenvolverse por sí solo o no soportar el sufrimiento, la agonía o la progresividad de la enfermedad, llegando a depender en todo momento de tratamientos extraordinarios muchas veces de gran valor económico sin alcanzar una evolución favorable.

En la eutanasia pasiva se omite o no se aplican ciertos procedimientos o tratamientos o la alimentación por cualquier medio, precipitando el fin de la vida del paciente, también se la denomina muerte por omisión.

La iglesia afirma que la eutanasia es un trascendental menosprecio hacia Dios, creador de toda vida sobre la tierra, ya que nadie tiene la potestad de disponer sobre la vida y la muerte de ningún ser humano, sólo Dios es quien puede realizarlo.

Por último, se analizó el fin de la existencia de la vida, tema complejo con diversas aristas en lo religioso, moral, con discusiones de carácter jurídico, médico y otros.

Ahora bien, es importante hacer mención a la pregunta de investigación de este trabajo: La ley de muerte digna 26.742, ¿comprende el derecho constitucional a morir?

A través del análisis de los temas tratados en este trabajo de investigación y de las conclusiones ya emitidas, puede responderse que en la República Argentina, sí existe el derecho constitucional a morir dignamente de todo paciente en un estado de gravedad irreversible, sin expectativas de una mejoría favorable, siendo contemplado de manera implícita en el artículo 33 y reforzado por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Estos antecedentes legislativos otorgaron las herramientas a los doctrinarios para la solicitud de una ley a nivel nacional que regulara la situación del paciente en un estado irreversible e incurable y todo lo que ello implicaba. En 2009 se sancionó la ley 26.529 modificada en el año 2012 por la 26.742 conocida como “muerte digna”. Estas leyes facilitaron el trabajo de los tribunales ante situaciones que se tornaban difíciles de resolver por el hilo delgado entre una normativa y otra, permitiendo sentar precedentes jurisprudenciales nacionales.

Gracias a ello se reconoce que un paciente en su estadio terminal goza de la libertad a través de la *autonomía de voluntad* y del *consentimiento informado* de decidir no prolongar su agonía y padecimiento. Los que se manifiestan a través de la negación a tratamientos extraordinarios, mediante medios mecánicos, quirúrgicos, etc. que pueden llevar a un *encarnizamiento terapéutico*, pudiendo exteriorizar su deseo por medio de las *directivas anticipadas* avaladas por la legislación y a su vez, liberar a los familiares de tan difícil decisión, y también de las visitas a los tribunales en búsqueda de los permisos judiciales, en los que se perdía demasiado tiempo.

Como se vio, la finalidad de los conceptos y la valoración deberá analizarse en cada caso de forma individual. No es sólo cuestión de dejar morir a una persona por el sólo hecho de cumplir sus deseos. Lo que se busca es que el enfermo que padece una situación irreversible una enfermedad sin cura en su beneficio, pueda optar por morir dignamente, sin tener que padecer los últimos años de su vida, si es su voluntad o deseo.

Como cierre, puede decirse que existen derechos que protegen a las personas ante una patología grave y progresiva. Está claro que el amparo y la protección de tales derechos vienen de la Constitución Nacional, los tratados internacionales y las leyes tanto nacionales como provinciales, descartando cualquier tipo de procedimiento o práctica eutanásica.

En mis palabras:

“El tema elegido no fue fácil de tratar dadas las circunstancias que marcaron mi vida y que permitieron entenderlo. En efecto, la muerte de un ser querido enfermo, sobrevenida como consecuencia de la quita de soportes vitales, es un sufrimiento espiritual difícil de sobrellevar, tanto para quien lo padece como para su entorno. Son reflejos de esa situación, el estar pendiente de los valores o parámetros que exhiben los aparatos que lo asisten, ver cuánta vida hay en ese momento, cuánto tiempo le queda de sobrevida, sin ninguna mejoría a ciencia cierta.

Es importante entender que la muerte es parte de la vida, y parte importante de ésta, porque es cómo esta existencia termina su ciclo, es cómo llega a su final. Así como llegamos a este mundo por medio del nacimiento, reflejo de la vida, en algún momento nos tendremos que ir, al morir.

Pero hoy existe la posibilidad de dignificar nuestra muerte fundados en el ejercicio de la autonomía de voluntad, cuyo respeto ya se exteriorizó a partir de la legislación y también, luego, en forma jurisprudencial. Toda persona, así como tiene derecho a decidir respecto de su propia vida, también lo tiene respecto de su muerte, estadios que todo ser humano transita. Por cuanto el tema queda vinculado esencialmente con los derechos humanos”.-

GLOSARIO

- **Acciones tendientes al confort y control de síntomas:** Son aquellas destinadas a mejorar bienestar del paciente a través de medidas tendientes a disminuir los síntomas que le producen dolor y/ sensaciones modestas.
- **Agonía:** Es el estadio de un paciente en el que por sus condiciones clínicas, que indican deterioro severo de los sistemas orgánicos, la muerte se espera en transcurso de horas.
- **Consentimiento Informado:** conformidad expresa del paciente, manifestada por escrito, previa la obtención de la información adecuada con tiempo suficiente, claramente comprensible para él, ante una intervención quirúrgica, un procedimiento diagnóstico o terapéutico invasivo y, en general, siempre que se lleven a cabo procedimientos que conlleven riesgos relevantes para la salud.
- **Cuidados Paliativos:** cuidados activos y totales de aquellas enfermedades que no responden a tratamientos curativos e incluyen el control del dolor y otros síntomas, así como la atención psicológica del paciente.
- **Declaración de Voluntad Anticipada:** manifestación escrita, datada y fehaciente de una persona capaz que, actuando libre y voluntariamente, expresa las instrucciones que deben respetarse en la atención médica y el cuidado de su salud, por medio del cual se garanticen los derechos reconocidos en la presente Ley.
- **Diagnóstico de Enfermedad Terminal:** dictamen al que arriba un médico o un equipo sanitario ante una enfermedad avanzada, progresiva, incurable, irreversible y mortal a corto plazo.
- **Enfermedad incurable:** Aquella que no tiene un final cierto como producto del tratamiento o en forma espontánea con o sin ayuda médica.
- **Enfermedad Irreversible:** Aquella patología que, aunque puede ser manejada transitoriamente, conducirá inevitablemente a la muerte
- **Estadio terminal:** A aquel en que la muerte es posible en breve periodo de tiempo medido más bien en días o semanas que en meses o años.

- **Medidas de soporte vital:** Son las técnicas o tratamientos que aplicados al organismo, se pueden sustituir la función fisiológica de un órgano, cuando su afectación ponga en peligro la vida.
- **Medidas Mínimas Ordinarias:** acciones tendientes a suministrar hidratación, higiene, oxigenación, nutrición y/o curaciones al paciente en etapa terminal.
- **Procedimiento de reanimación artificial:** Son aquellos de reanimación cardiopulmonar primaria mediante masaje cardiaca externo, respiración boca a boca y que se continúan de ser necesarios con otros procedimientos más complejos tales como asistencia respiratoria mecánica.
- **Prolongación innecesaria de la agonía:** Consiste en la adopción de medidas diagnosticas o terapéuticas, generalmente con objetivos curativos no indicados en fases avanzadas y terminales, de manera desproporcionada, o el uso medios extraordinarios con el objeto de alargar innecesariamente la vida en la situación claramente definida de agonía.
- **Sufrimiento inevitable:** Cuando en el curso de la enfermedad las expectativas hacen prever que no habrá forma de eludirlo. Sin medidas especiales adecuadas.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Alegría, H y Mosset Iturraspe, J. (2010). Derechos del paciente. *Revista derecho Privado y Comunitario*, 3 (10), 425-430.
- Arendt, H. (2003). *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*. (1ª Ed.). Buenos Aires: Paidós.
- Barra, G. (1994). *Tratado de medicina paliativa y tratamiento de soporte del paciente con cáncer*. (2ª Ed.). Buenos Aires: Panamericana.
- Berbere Delgado, J. (2012). *Muerte Digna Suplemento Especial*. (1ª Ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Borasio, G. (2011). *Sobre el bien Morir*. (1ª Ed.). Barcelona: Plataforma actual.
- Borda, G. (2001). *La Persona Humana*. (1ª Ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Brandi, N. (2012). *Suplemento Especial: Identidad de género y Muerte digna*. (1ª Ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Buteler Cáceres, J. (2001). *Manual de Derecho Civil Parte General*. (2ª Ed. actualizada) Córdoba: Advocatus.
- Ciuro Caldani, M. (1997). *Bases para el bioderecho de la transmisión genética de deficiencias y enfermedades*. (1ª Ed.). Argentina: UAI.
- Córdoba, E y Sánchez Torres, J. (1996). *Derechos Personalísimos*. (1ª Ed.). Buenos Aires: Alberoni.
- De León, A. (2012). *Eutanasia*. (1ª Ed.). Buenos Aires: Córdoba.
- Dworkin, R. (1994). *El dominio de la vida, una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. (1ª Ed.). Nueva York: Vintage Books.
- Gelli, M. (2012). *Suplemento Especial: Identidad de género y Muerte digna*. (1ª Ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Gherardi, C. y Gherardi, N. (2002). *La medicina defensiva*. (1ª Ed.). Buenos Aires: Bioética.
- Ghersi, A. (2012). *Suplemento Especial: Identidad de género y Muerte digna*. (1ª Ed.). Buenos Aires: La Ley.

- Ghirardi, O y Rezzónico, C. (2005). *Muerte Digna*. (1ª Ed.). Buenos Aires: El Copista.
- González Pondal, T. (2012). *Legislación pseudo divina y muerte digna. Suplemento Especial: Identidad de género y Muerte Digna*. (1ª Ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Hooft, P. (1999). *Bioética y Derechos Humanos*. (1ª Ed.). Buenos Aires: Depalma.
- Hume, D. (1998). *Sobre el suicidio*. (1ª Ed.). Madrid: Alianza.
- Kant, I. (1998). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. (1ª Ed.). Buenos Aires: Eudeba.
- Laín Entralgo, P. (1972). *Historia Universal de la Medicina. Tomo II*. (3ª Edición) Barcelona: Salvat.
- Alonso Regueira y Enrique M. (2013). *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. (1ª Ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Medina, G. (2012). *Suplemento Especial: Identidad de género y Muerte Digna*. (1ª Ed.). Buenos Aires. La Ley.
- Niño, L. (2005). *Eutanasia, morir con dignidad*. (1ª Ed.). Buenos Aires: Universidad S.R.L.
- Pizarro, R. y Vallespinos, C. (2014). *Compendio de derecho de daños*. (1ª Ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Buompadre, J. (1993) *Derecho Penal II*. (1ª Ed.). Corrientes: Del Centro
- Platón. (1993). *La República*. (1ª Ed.). México: Porrúa.
- Rivera López, E. (1997). Aspectos éticos de la eutanasia. Análisis filosófico. *Revista de derecho privado y comunitario*, 2 (17), 210-215.
- Séneca, L. (1986). *Sobre la ira en Diálogos*. (1ª Ed.). Madrid: Tecnos.
- Sfaello, Z. (2005). *Estados Neurovegetativos*. (1ª Ed.). Madrid: Academia de Cs. Médicas.
- Singer, P. (1995). *Ética Práctica*. (2ª Ed.). Cambridge: Monash.
- Siurana, J. (2005). *Voluntades anticipadas*. (1ª Ed.). Barcelona: Trotta.
- Solari, P. (2012). *La situación del niño ante las leyes de la muerte digna*. (1ª Ed.). Buenos Aires: La ley.
- Sambrizzi, E. (2012). *La modificación de la ley 26.529 sobre Derechos del paciente, Suplemento Especial: Identidad de género y Muerte Digna*. (1ª Ed.). Buenos Aires: La Ley

- Taddei, E. (2011). *Morir, nuestra angustia vital*. (1ª Ed.). Buenos Aires: Del Copista.
- Taiana de Brandi, M. (2012). *La modificación de la ley 26.529 sobre Derechos del Paciente, Suplemento Especial: Identidad de Género y Muerte Digna*. (1ª Ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Tinant, E. (2012). *Sobre la ley de muerte digna, Suplemento Especial: Identidad de Género y Muerte Reflexiones digna*. (1ª Ed.). Buenos Aires: La ley.
- Wierzba, S. (2015). La Responsabilidad Médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 17 (9), 5-25.

Legislación

- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Constitución Nacional.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.
- Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.
- Ley 10.058 de la Provincia de Córdoba. “Declaración de Voluntad Anticipada o de Muerte Digna”.
- Ley 17.132 sobre el Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración.
- Ley 24.193 “De Trasplante de órganos y Tejidos”.
- Ley 26.061 sobre la Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.
- Ley 26.529 sobre Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud modificada por la ley 26.742, conocida como “Muerte Digna”.

- Ley 4.264 Respecto a la Calidad de Vida y Dignidad de los Enfermos Terminales- Derecho a la Abstención o el Retiro del Soporte Vital, de la Provincia de Rio Negro.
- Ley 6.212 Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado, de la Provincia de Chaco.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Jurisprudencia Nacional

- C.S.J.N., “Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar”, Fallo 316:479 (1993).
- C.S.J.N., “D.,M.A.s/declaración de incapacidad”, Fallo 376/2013 (49-D)/CS1 (2015)
- Juzg. 1° Inst. Crim. y Correccional de Transición N° 1. Mar del Plata, “M s/ Acción de Amparo”. (2005). Recuperado de <http://www.muerte.bioetica.org/juris/juris14.htm> fecha de consulta 11/10/2016
- Juzg. 1° Inst. Crim. y Correccional N°3. Mar del Plata,” Parodi Ángel” , T.165-360 (1995)

Jurisprudencia Internacional

- Corte de Florida. *Terri Schindler*. (2005). Recuperado de <https://aciprensa.com/eutanasia/terri.htm> Fecha de consulta: 10/08/2016
- Corte Suprema de Nueva Jersey. *Karen Ann Quinlan*. (1976). Recuperado de <http://medicina.udd.cl/centro-bioetica/files/2010/10/karen.pdf> Fecha de consulta: 10/08/2016
- Corte Suprema de Estados Unidos. *Nancy Cruzan*. N°881503. (1889-1890). Recuperado de <http://medicina.udd.cl/centro-bioetica/files/2010/10/nancy.pdf> Fecha de consulta: 10/08/2016

Páginas web

- Abud, C. (2014). ¿Qué cambia en la salud con el nuevo Código Civil? Recuperado de: <http://www.docsalud.com/articulo/6196/qu%C3%A9-cambia-en-la-salud-con-el-nuevo-c%C3%B3digo-civil> Fecha de consulta: 01/08/2016.

- Ahargo, A. (2014). *Capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes. Derechos personalísimos. El cuidado del propio cuerpo*. On line Microjuris.com.
- Barceló, A. (2012). El niño enfermo como sujeto de derechos: Análisis Bioético de la legislación argentina. 3° Jornadas Nacionales de Medicina Interna Pediátrica. Recuperado de: <http://www.sap.org.ar/docs/congresos/2012/medint/ppt/barcelo.pdf> Fecha de consulta: 07/08/2016.
- GA y PW. (2015). La Corte Suprema avaló la muerte digna. Infojus noticias On line. Recuperado de: <http://www.archivoinfojus.gob.ar/nacionales/la-corte-suprema-avalo-la-muerte-digna-9069.html> Fecha de consulta: 09/08/2016.
- Iglesias, M. (2015). La historia de Camila, la beba que puso el tema en discusión. Diario Clarín On line. Recuperado de: http://www.clarin.com/sociedad/historia-Camila-bebatemadiscusion_0_1389461334.html Fecha de consulta: 09/08/2016.
- Cicerón, C. (2014). El dilema de la eutanasia y el derecho a morir dignamente. Darío Nación On line. Recuperado de <http://diariodelcauca.com.co/noticias/nacional/el-dilema-de-la-eutanasia-y-el-derecho-morir-dignamente-71387> Fecha de consulta: 14/10/2016
- Magnani, R. (2012). Camila, nuestro ángel, pudo partir. Diario Pagina 12 On line. Recuperado de: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-195907-2012-06-08.html> Fecha de consulta: 10/08/2016.
- Perdía, N. (2015). La Responsabilidad preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial Año 2015. La Ley On line. Recuperado de: <https://www.thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/sistema-legal-online.html?gclid=CKi385uJwc4CFQIikQodyKQNz> Fecha de consulta: 10/08/2016.
- Ruez, L. (2005). Diferencias entre matar o dejar morir a un ser humano: el caso de Terri Schiavo. Recuperado de: <https://www.aciprensa.com/eutanasia/terri.htm> Fecha de consulta: 13/08/2016.
- Rocca, V. (2014). El principio de autonomía. Recuperado de: <http://www.sem.intramed.net.ar/revista/0025.htm> Fecha de consulta: 13/08/2016.
- Saltzer, A. (2003). Acerca de la regulación de los derechos personalísimos en el Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial. SAJJ. Recuperado de: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120177-saltzer-acerca_regulacion_derechos_personalisimos.htm Fecha de consulta: 13/08/2016

- Sema, J. (2015). La función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial. Fundamentos de su reconocimiento legal. La Ley On line. Recuperado de: <https://www.thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/sistema-legal-online.html?gclid=CKi385uJwc4CFQIIkQodyKQNzg> Fecha de consulta: 13/08/2016.
- Trueba, J. (2007). La muerte clínica: un diagnóstico y un testimonio. Anales San Navarra vol. 30 suplemento 3. Recuperado de: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272007006600005 Fecha de consulta: 12/08/2016.
- Juan Pablo II (1980). Declaración Iura et bona sobre la eutanasia. Recuperado de http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_sp.html Fecha de consulta: 15/08/2016.
- Piqué, M (2013) <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/004-pique-d-a-la-vida-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf> Fecha de consulta: 15/10/2016

ANEXO

Modelo de Directiva Anticipada:

Rechazar por escrito terapias que prolonguen artificialmente la vida Usted puede “anticipar” y “decidir” sobre que cuidados médicos quiere recibir en una emergencia o en un estado donde se ve privado de voluntad... le enseñamos como:

Si hace tiempo que buscaba la forma de evitar que sus seres queridos tengan que cargar en algún momento con la decisión de prolongarle el final de la vida. Siga este documento llene sus datos, tome la lapicera y firme su decisión.

A partir de la sanción de la Ley 26.529, Ud. dispone de la facultad de dar Directrices Anticipadas.

El presente formulario de 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.

FORMULARIO DE DIRECTRICES ANTICIPADAS

Lugar.....Fecha.....

Declaración de Disposiciones en Vida:

A mi familia, médicos y todos los que se ocupan de mi asistencia:

Yo..... DNI..... , conforme a la Ley 26.529, en su art. 11, siendo capaz y mayor de edad, extendiendo esta declaración a modo de directiva en caso de no poder participar en las decisiones asistenciales referidas a mi persona.

Si sufriera una enfermedad física o mental incurable o irreversible sin expectativas razonables de recuperación, ordeno que el médico que me atienda se abstenga de iniciar o suspenda un tratamiento sólo porque prolongue mi agonía. Además, ordeno que el tratamiento se limite a medidas para mantener el bienestar y aliviar el dolor.

Estas directivas expresan mi derecho legal a rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a mi salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo y si obra de acuerdo con a las mismas no está sujeto a

responsabilidad civil, penal, ni administrativa, porque así lo dispone el art. 11 de la Ley 26.529 y modificada por la Ley 26.742.

Por lo tanto espero que mi familia, médicos y todo el que esté comprometido en mi atención se consideren legal y moralmente obligados a actuar de acuerdo con mis deseos y que al hacerlo estén libres de responsabilidad legal, moral o religiosa.

En especial no deseo:

Reanimación cardiaca.

Ventilación mecánica.

Líquidos / alimentos artificiales por sonda.

Si deseo:

Recibir medicación analgésica.

Morir en mi hogar si es posible.

Además deseo:

Que mis restos sean.....

.....

Que se respete **mi voluntad afirmativa de ablación de mis órganos y tejidos después de mi muerte.**

Si no pudiera transmitir mis instrucciones establecidas más arriba, designo a la siguiente persona para que actúe en mi nombre:

.....

Si la persona designada es incapaz de actuar en mi nombre, autorizo a la siguiente persona a hacerlo:

.....

Esta declaración de disposiciones en vida expresa mis preferencias personales en cuanto al tratamiento.

Firma: xxxxxxxxxxxxxxxx

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	OUTEDA, VIVIANA DE LOURDES
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	30.473.580
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	ANÁLISIS DE LOS EFECTOS Y ALCANCES DE LA LEY 26.742 DE MUERTE DIGNA. ¿La ley 26.742 de muerte digna, comprende el derecho constitucional a morir?
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	Outeda_v83@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis (Marcar SI/NO) ^[1]	SI
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Córdoba Capital, 18 de Octubre del 2016

VIVIANA DE LOUDES OUTEDA

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta
dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

