



EUTANASIA PASIVA. MUERTE DIGNA. MARCO LEGAL ARGENTINO

¿El retiro o rechazo de hidratación y/o alimentación son supuestos de eutanasia pasiva dentro del marco legal argentino?

PROYECTO DE INVESTIGACION APLICADA

ALUMNA: Vanina Gabriela Ybáñez.

NÚMERO DE LEGAJO: VABG49139.

CARRERA: Abogacía.

UE. SIGLO 21

2.018

RESUMEN

Llegada una situación, ya sea por lesiones en accidentes y/o enfermedad irreversible, incurable o en estado terminal, se nos plantea el dilema como pacientes o terceros con poder de decisión sobre el ejercicio de los siguientes derechos: a la vida, a la muerte digna, a la salud, al consentimiento informado, a la autonomía personal, a la dignidad y a la intimidad. Se investiga en el presente trabajo el rechazo de procedimientos de hidratación y/o alimentación (se analiza si son presupuestos que encuadran dentro de la eutanasia pasiva) por parte del propio paciente o por los terceros autorizados, supuestos estos habilitados en la ley 26.529 modificada por la ley 26.742; se indaga en conjunto con el Código Civil y Comercial Argentino, el Código Penal Argentino, la Ley 17.132 Reglas para el ejercicio de la medicina y el Código de Ética de la Asociación Médica Argentina; en consonancia con la Constitución Nacional e Instrumentos internacionales con igual rango, donde se consagran los derechos que integran la presente investigación; asimismo la jurisprudencia de diferentes fallos y la interpretación realizada a la ley de muerte digna (Ley 26.742) como fundamento de la decisión; todo esto en conjunto con la responsabilidad penal que pudiera caber.

PALABRAS CLAVES:

Muerte digna - Eutanasia - Derechos del paciente - Soportes vitales: hidratación y alimentación - Responsabilidad.

ABSTRACT

When a situation arises, whether due to injuries in accidents and / or irreversible, incurable or terminal illness, we face the dilemma as patients or third parties with the power to decide on the exercise of the following rights: to life, to death worthy, to health, to informed consent, to personal autonomy, to dignity and privacy. The rejection of hydration and / or feeding procedures is investigated in the present work (it is analyzed if they are budgets that fit within the passive euthanasia) on the part of the own patient or by the authorized third parties, assumptions these enabled in the law 26,529 modified by Law 26,742; the Argentine Civil and Commercial Code, the Argentine Penal Code, Law 17.132 Rules for the practice of medicine and the Code of Ethics of the Argentine Medical Association are investigated; in accordance with the National Constitution and international instruments with equal rank, where the rights that make up the present investigation are enshrined; also the jurisprudence of different decisions and the interpretation made to the law of dignified death (Law 26,742) as the basis of the decision; all this together with the criminal responsibility that could fit.

KEYWORDS:

Dignified death - Euthanasia - Patient rights - Vital supports: hydration and food - Responsibility.

ÍNDICE

Introducción	7
---------------------------	---

Capítulo I: Conceptos y nociones relacionadas a la Eutanasia, Muerte Digna y Derechos involucrados.

Introducción	9
1. Eutanasia, Muerte Digna, Suicidio Asistido y distanasia. Concepto y caracterización	9
1.1. Eutanasia	9
1.2. Muerte Digna	10
1.3. Suicidio asistido	10
1.4. Distanasia	11
2. Derechos involucrados	11
2.1. Derecho a la vida	12
2.2. Derecho a la salud	12
2.3. Derecho al consentimiento informado	13
2.4. Derecho a la autonomía personal	13
2.5. Derecho a la dignidad	13
2.6. Derecho a la intimidad	14
Conclusión parcial	14

Capítulo II: Marco normativo argentino sobre Muerte Digna, Eutanasia y Derechos de los pacientes.

Introducción	15
1. Ley 26.529 “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”	15
1.1. Postulados	16
2. Ley 26.742 “Muerte Digna”	16
2.1. Ley 26.742. Modificación de artículos e incisos en la ley 26.529	16
2.2. Ley 26.742. Artículos e incisos que incorpora o agrega a la ley 26.529	19
3. Código Civil y Comercial Argentino. Derechos personalísimos y fin de la existencia de la persona humana	20
3.1. Derechos y actos personalísimos	20
3.2. Fin de la existencia de la persona humana y comprobación de la muerte	21
3.3. Ley 24.193 “Trasplantes De Órganos Y Materiales Anatómicos”. Art. 23	22

4. Otras Fuentes Normativas	23
4.1. Ley 17.132 “Reglas para el Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividad de Colaboración de las Mismas”	23
4.2. Código de Ética para el Equipo de Salud	23
Conclusión parcial	24

Capítulo III: Supuestos de procedencia de la muerte digna dentro de la Ley 26.529 modificada por Ley 26.742.

Introducción	26
1. Derechos, destinatarios y requisitos legales establecidos sobre muerte digna. Ley 26.529 modificada por la Ley 26.742	26
1.1. Derechos establecidos en la Ley 26.529 modificada por Ley 26.742	26
1.1.1. Asistencia	26
1.1.2. Trato digno	27
1.1.3. Intimidad	27
1.1.4. Confidencialidad	28
1.1.5. Autonomía de la voluntad	28
1.1.6. Información sanitaria	28
1.1.7. Interconsulta médica	29
1.2. Destinatarios y Requisitos establecidos para la procedencia de la muerte digna. Ley 26.529 modificada por Ley 26.742	29
2. Presupuestos para brindar el consentimiento de los pacientes y terceros autorizados	31
2.1. Consentimiento de los pacientes para ejercer el derecho de muerte digna	31
2.2. Autorización por parte de terceros en caso de impedimento del paciente	31
3. Revocación del Consentimiento para ejercer el derecho de muerte digna y directivas anticipadas	32
3.1. Revocación del consentimiento por parte de los pacientes o terceros	32
3.2. Directivas anticipadas	33
Conclusión parcial	33

Capítulo IV: Punibilidad de la eutanasia y la muerte digna. Derecho penal argentino y análisis jurisprudencial argentino sobre casos de autorización o rechazo de prácticas o tratamientos médicos.

Introducción	35
---------------------------	----

1. Homicidio, instigación y ayuda al suicidio. Artículo 79 y Artículo 83 del Código Penal Argentino.....	35
1.1.Diferencias y similitudes entre las figuras delictivas con la Muerte Digna y Eutanasia.....	37
2. La intervención judicial ante la presencia de casos de autorización o rechazo de prácticas o tratamientos médicos. Interpretación de fallos y argumentos de judicialidad sobre la aplicación del derecho a morir dignamente.....	38
Conclusión parcial.....	41
Conclusión final.....	43
Bibliografía.....	47

INTRODUCCIÓN

La vida es condición necesaria para poder disfrutar de cualquier valor. Toda persona física además de la posibilidad de adquirir derechos, lleva consigo, desde su origen, algunos que se denominan esenciales o derechos de la personalidad; derechos que tienen como presupuesto la existencia de la persona, pudiendo mencionar aquellos como el derecho a la vida, a la integridad física, a disponer de su propio cuerpo, a la dignidad, a la libertad, etc.

Según Mosset Iturraspe “El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica se presenta como el primero de los derechos de la personalidad, esencial entre los esenciales” (2002, p. 19).

Se pretende, en este trabajo, responder el problema de investigación: ¿El retiro o rechazo de la hidratación y/o alimentación son supuestos de eutanasia pasiva dentro del marco legal argentino?; mediante un estudio *descriptivo* para concretar los objetivos propuestos: conceptualizar la eutanasia (activa y pasiva) y la muerte digna; especificar los derechos involucrados; investigar, analizar y comparar fuentes jurídicas; identificar los derechos, los destinatarios y requisitos establecidos; analizar los presupuestos para brindar el consentimiento de los pacientes y los terceros autorizados; examinar los argumentos vertidos por la jurisprudencia y la doctrina; indagar si la intervención judicial asume un papel trascendente; analizar, comparar y/o diferenciar la muerte digna y eutanasia con el homicidio, la instigación y ayuda al suicidio; todo, dentro del marco legal y normativo argentino. La metodología seguida es *cualitativa*, se busca descubrir, profundizar, captar el sentido del marco legal argentino con respecto a la Muerte Digna y la Eutanasia Pasiva; para ello se utilizan las técnicas de *análisis documental* (analizar e identificar las fuentes primarias y secundarias) y de *análisis de contenido* (indagación interna del contenido documental, interpretación y síntesis); el corpus de análisis es la *legislación y la normativa* relacionada al tema de investigación (Ley 26.529. Derechos del Paciente...; Ley 26.742. Muerte Digna; Ley 24.193. Trasplantes De Órganos Y Materiales Anatómicos; Ley 17.132. Reglas para el ejercicio de la medicina...; Código de Ética de la Asociación Médica Argentina; Código Civil y Comercial Argentino, Código Penal de la Nación Argentina; Constitución Nacional Argentina y pactos internacionales), casos de *jurisprudencia* (C.S.J.N. “Bahamondez, Marcelo s/ Medida Cautelar” (1993); C.S.J.B.A., “S. , M. d. C. . Insania” (2005); y C.S.J.N., “D.M.A s/declaración de incapacidad” (2015)), y la *doctrina* citada y utilizada (como los siguientes autores: Alonso, J.P.; Calipari, M.; Niño, L.F.; Viar, L. A.); el criterio muestral

seguido es *no probabilístico* (pacientes susceptibles de estar comprendidas dentro del marco legal argentino), *intencional u opinático* (personas que por accidente y/o enfermedad terminal o incurable requieran decidir, por uno mismo o por un tercero, sobre la posibilidad de consentir, aceptar, rechazar o continuar un tratamiento médico y/o terapéutico en especial el rechazo de procedimientos de hidratación y/o alimentación por parte del propio paciente o por los terceros autorizados).

La investigación se centra en el rechazo de procedimientos de hidratación y/o alimentación por parte del propio paciente o por los terceros autorizados, supuestos habilitados por la Ley 26.742 (Muerte Digna), literalmente no se admite la eutanasia, pero dentro del caso fáctico habilita ciertas conductas que pueden considerarse elementos de la misma, más precisamente la pasiva.

El desarrollo del TFG comprende cuatro capítulos fundamentales; en el capítulo I, de manera introductoria se desarrollan definiciones, conceptos y nociones relativas a la eutanasia, muerte digna y los derechos involucrados; para luego, en el próximo capítulo, abordar el marco legal argentino, analizar y comparar las diferentes fuentes normativas y doctrinarias relativas al tema de investigación; esto permitirá, en el tercer capítulo, indagar los supuestos de procedencia y determinar los presupuesto, condiciones y destinatarios del ordenamiento legal, es aquí donde se podrá analizar y comenzar a sacar conclusiones sobre si encuadra o no la eutanasia pasiva, o si el retiro o rechazo de los soportes vitales de hidratación y/o alimentación son parte de la misma; en el último capítulo, el cuarto, se examinará la punibilidad, ósea la responsabilidad penal de las acciones y omisiones permitidas y/o prohibidas y se expondrán algunos casos que permitirán comprender la interpretación y justificación jurisprudencial de los diferentes temas llevados a control judicial y los argumentos vertidos para fundamentar la decisión. Con el desarrollo de los diferentes capítulos se podrá obtener la conclusión final que permitirá confirmar o refutar la hipótesis de trabajo: “Dentro de nuestro ordenamiento legal, se establecen una serie derechos, requisitos y personas autorizadas para la procedencia de la “Muerte Digna” y dentro de la misma, la aplicación de la “Eutanasia Pasiva” a través del rechazo de los procedimientos de alimentación e hidratación”.

CAPÍTULO I: CONCEPTOS Y NOCIONES RELACIONADAS A LA EUTANASIA, MUERTE DIGNA Y LOS DERECHOS INVOLUCRADOS.

Introducción

El presente capítulo nos brinda las nociones básicas a tener en cuenta para poder entender, asimilar, comparar y/o diferenciar cada concepto involucrado como ser: qué se entiende por eutanasia, activa y pasiva; muerte digna; suicidio asistido y distanasia. Estableciendo la conceptualización de cada enunciado podremos ir evaluando el significado de cada término, para luego interpretar con lo que nuestra normativa establece. También se enuncian y definen los derechos involucrados como defensa ante cualquier vulneración.

1. Eutanasia y Muerte Digna. Concepto y caracterización.

Ante la situación de un paciente con una enfermedad incurable, en estado terminal o una lesión que lo coloque en igual situación, se nos plantea el dilema sobre la muerte digna, la eutanasia, el suicidio asistido, la distanasia. Para poder interpretar esto, es importante tener en claro el significado de cada término; de esta manera podremos establecer el campo de ejercicio dentro de lo que establece nuestro ordenamiento legal y normativo.

1.1. Eutanasia

Según el Diccionario de la Real Academia Española (2017) del lat.cient. *eutanasia*, y este del gr. Εὐθανασία *euthanasía* (εὖ) *ethos*, bien; y (θανασία) *tanathos*, muerte; lo que significa buena muerte ‘muerte dulce’.¹

La eutanasia se refiere a la acción u omisión que para evitar sufrimientos a los pacientes acelera o favorece su muerte; lo que médicamente se traduciría en una muerte sin sufrimiento sin padecimientos.

Al referirse sobre actos de “acción u omisión” se distinguen dos tipos, *eutanasia activa* y *eutanasia pasiva*. La primera hace referencia a un acto directo orientado a poner fin a la vida (por ejemplo la inyección letal); y la segunda, eutanasia pasiva, hace referencia a una

¹ Real Academia Española, 2017. Recuperado el 01/05/2017 de <http://dle.rae.es/?id=DgIqVCc>.

acción por omisión de utilizar los medios necesarios que pudieran prolongar la vida del paciente de manera artificial (por ej. dejar de suministrar un medicamento, quitar un respirador artificial, etc.) (Farías, 2007).

1.2. Muerte Digna.

La muerte digna es el derecho que ostenta el paciente (o sus familiares, si el enfermo está imposibilitado), que padece una enfermedad incurable, irreversible y cuyo estado de salud es terminal, o una lesión que lo coloquen en igual situación, de decidir y manifestar su deseo de rechazar procedimientos invasivos a su cuerpo (definición que puede extraerse de la ley 26.742).

...una muerte digna es el hecho y el derecho a finalizar la vida voluntariamente sin sufrimiento, propio o ajeno, cuando la ciencia médica nada puede hacer para la curación de una enfermedad mortal (Maciá Gómez, 2008).²

1.3. Suicidio asistido.

El suicidio asistido es el acto de ayudar a suicidarse en el caso que la persona no sea capaz de hacerlo por sus propios medios (Ríos Ruíz y Fuente del Campo, 2016).

“El suicidio médicamente asistido es donde el médico proporciona a un paciente los medios para suicidarse y es el paciente quien realiza la acción final que causa la muerte” (Ríos Ruíz y Fuente del Campo, 2016, p. 5).

Se denomina suicidio asistido a la autoeliminación del enfermo o accidentado en fase terminal a través de medios sugeridos o provistos por un médico que le asiste en el trance a su solicitud, sin actuación directa del profesional en el momento de su efectiva utilización (Niño, 2012, p. 4).

² El concepto legal de muerte digna. Recuperado el 25/09/2017 de <https://www.eutanasia.ws/hemeroteca/z15.pdf>.

1.4. *Distanasia.*

La distanasia procura posponer el momento de la muerte recurriendo a cualquier medio artificial, con el fin de prolongar la vida a toda costa, llegando a la muerte en condiciones inhumanas (Maciá Gómez, 2008).³

2. Derechos involucrados.

Amén del derecho a la vida, gozamos de otros derechos como a la salud, al consentimiento informado, a la autonomía personal, a la dignidad y a la intimidad. La protección de la vida humana y la autonomía de la voluntad están contempladas de manera implícita en los arts. 19, 14 y 33 de la Constitución Nacional⁴. A partir de la reforma de 1994, estos derechos se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional por el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna Argentina, que asigna tal calidad a los tratados que enumera. Así podemos mencionar: la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶; la Convención Americana sobre los Derechos Humanos⁷; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸.

³ El concepto legal de muerte digna. Recuperado el 25/09/2017 de <https://www.eutanasia.ws/hemeroteca/z15.pdf>.

⁴ Constitución Nacional. Artículo 19. “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. Artículo 14. “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades;...”. Artículo 33. “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

⁵ Artículo 3. “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. 10 de diciembre de 1948.

⁶ Artículo 6.1. “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. Artículo 7. “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”. 16 de diciembre de 1966.

⁷ Artículo 4.1. “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida...”. Artículo 5.1. “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. Artículo 11.1. “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”. 22 de noviembre de 1969.

⁸ Artículo 1°. “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona”. Artículo 11. “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948.

2.1. Derecho a la vida.

Es el derecho natural por excelencia, gozamos todos los habitantes sin distinción de género, religión, raza, estatus social, etc.; este derecho es reconocido por la mayoría de los ordenamientos jurídico de los estados y tratados internacionales, como un derecho natural que todos los seres humanos poseemos y el cual es necesario para ejercer los restantes.

El derecho a la vida implica vivir en sentido amplio, el cual genera diversas controversias con respecto desde cuando comenzamos a poseerlo, lo que trae aparejado las discordias con respecto al aborto; es el hecho de vivir dignamente y con libertad de elección y decisión dentro de lo permitido y no prohibido, según el marco legal donde desarrollamos este derecho; y el momento de su finalización, cuando dejamos de existir, como dejamos de poseerlo y no ser privados del mismo por otro.

2.2. Derecho a la salud.

El derecho a la salud incluye el acceso al mismo, la continuación de tratamientos, la igualdad entre pacientes y la calidad eficiente de los servicios de salud que el estado debe garantizar a los ciudadanos.

Según la OMS. Nota descriptiva N°323 (2015):

El derecho a la salud abarca libertades y derechos:

- Entre las **libertades** se incluye el derecho de las personas de controlar su salud y su cuerpo (por ejemplo, derechos sexuales y reproductivos) sin injerencias (por ejemplo, torturas y tratamientos y experimentos médicos no consensuados).
- Los **derechos** incluyen el derecho de acceso a un sistema de protección de la salud que ofrezca a todas las personas las mismas oportunidades de disfrutar del grado máximo de salud que se pueda alcanzar.⁹

⁹ OMS (2015). Salud y derechos humanos. Nota descriptiva N°323. Recuperado 29/09/2017 de <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>.

2.3. Derecho al consentimiento informado.

El consentimiento informado es la libre y voluntaria decisión de prestar anuencia o negativa a determinadas prácticas u actos, mediante la recepción de información veraz y completa. Es el deber que tienen determinadas personas de informar y el derecho de consentir o no lo informado por parte del otro.

Proporcionar una información veraz, completa y respetando, en su caso, el derecho del paciente a no ser informado, se debe asegurar que se respetará el rechazo a un determinado tratamiento médico en el caso de haberse formulado, al respecto, Testamento Vital, Directivas Previas o Voluntades Anticipadas.¹⁰

2.4. Derecho a la autonomía personal.

La autonomía personal implicar disponer por uno mismo, sobre uno mismo.

Garantiza que ningún enfermo terminal sea médicamente tratado contra su voluntad, que pueda decidir y determinarse de manera voluntaria y personal.

2.5. Derecho a la dignidad.

La dignidad humana es el derecho que tiene cada ser humano, de ser respetado y valorado como ser individual y social, con sus características y condiciones particulares, por el solo hecho de ser persona.¹¹

La dignidad humana es un valor fundamental, puede ser interpretado por la persona de maneras diversas, su fundamento radica en que todo ser con capacidad para razonar y decidir se hace merecedor a ella (García González, 2010)¹². Este derecho implica ser reconocidos sin importar las condiciones que pudiéramos poseer, sin discriminaciones de ningún tipo, ni requisitos para su reconocimiento; por el hecho de ser personas humanas ya somos dignos de

¹⁰ Consejo de Europa, en su recomendación 1418. Debate de la Asamblea del 25 de junio de 1999, 24ª Sesión.

¹¹ DeConceptos.com. Concepto de dignidad humana. Recuperado 29/09/2017 de <https://deconceptos.com/ciencias-juridicas/dignidad-humana>.

¹² García González, A. (2010). La Dignidad Humana: Núcleo Duro de los Derechos Humanos. Recuperado el 28/09/2017 de <http://www.unla.mx/iusunla28/reflexion/La%20Dignidad%20Humana.htm>.

gozar de este derecho y a ser respetados sin condiciones y requisitos. La dignidad humana implica ser dignos de poseer y ejercer los derechos como seres individuales y sociales.

2.6. Derecho a la intimidad.

Este derecho corresponde al ámbito psicológico e inconmensurable del individuo, comprende su personalidad, sus valores morales y religiosos, sus sentimientos, sus orientaciones ideológicas. Lo íntimo está más fuera del alcance del interés público que lo privado. Es decir constituye la zona de reserva, sin intromisiones de ninguna clase (Scanavino, 2012).¹³

Este derecho implica mantener en reserva o confidencialidad lo íntimo, la información que por su carácter personal o sensible compete a su titular, sin que se pueda ventilar y/o informar sin su consentimiento o autorización, o por causas de intereses superiores se autorice a informar (como excepción).

Conclusión parcial.

Desarrollado este primer capítulo, a modo introductorio o informativo, ya vamos asimilando los conceptos y definiciones sobre lo que plantea la eutanasia, la muerte digna, el suicidio asistido, la distanasia y los derechos involucrados. Como se ha desarrollado, contamos un amplio abanico de derechos, donde podemos incluir a la muerte digna como uno de ellos y la diferencia que marca con respecto a la eutanasia activa y no tan nítida con la pasiva. También se puede entender que algunos derechos se contraponen, como el derecho a la vida y la muerte digna, entonces se plantea ¿Cuál tiene primacía? Esto nos lleva a comprender que como seres humanos, ya por esta sola condición, contamos con derechos y ejercerlos dentro del campo de lo permitido y no prohibido es atribución de cada uno, en especial por la autodeterminación voluntaria reconocida constitucionalmente, de poder disponer por uno mismo, sobre uno mismo.

¹³Scanavino, F. (2012). Derecho a la intimidad vs Derecho a la información. Antagonismo o complementariedad. Recuperado el 29/09/2017 de http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120207-scanavino-derecho_intimidad_vs_derecho.htm.

CAPÍTULO II: MARCO NORMATIVO ARGENTINO SOBRE MUERTE DIGNA, EUTANASIA Y DERECHOS DE LOS PACIENTES.

Introducción.

Anterior a la sanción de la ley conocida como “muerte digna”, Ley 26.742 (2012), Argentina no contaba con un marco legal específico que contemplara las condiciones y los tratamientos pasibles de ser rechazados en el final de la vida. Si bien, el derecho a rechazar tratamientos estaba contemplado en la ley 17.132 (Reglas para el Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividad de Colaboración de las Mismas, vigente desde 1967), que establece la obligación de los profesionales de la salud a respetar la voluntad de los pacientes cuando se niegan a realizar un tratamiento; y el *Código de Ética de la Asociación Médica Argentina*, de 2001. El vacío legal y la incertidumbre que reinaba eran respecto a quiénes y en qué condiciones podían rechazar tratamientos.

La ley 26.529 de Derechos de los pacientes, del año 2009, contemplaba el derecho a rechazar tratamientos y procedimientos médicos y regulaba las directivas anticipadas, pero fue la modificación sancionada el año 2012 la que explicitó las condiciones y los tratamientos pasibles de ser rechazados en el final de la vida (Alonso, 2016, p. 572).

En el presente capítulo profundizaremos nuestro marco normativo con respecto a lo que establece el mismo, para autorizar y/o consentir prácticas médicas sin vulnerar los derechos que gozamos y en miras de la responsabilidad que pudiera recaer sobre el profesional actuante.

1. Ley 26.529 “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”.

En el año 2.009 se instituyó la ley 26.529 “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”.

1.1. Postulados.

La ley 26.529 es un instrumento normativo y su principal objetivo es la defensa del paciente, cuyos postulados son: la aceptación o el rechazo a un tratamiento, el acceso a su historia clínica, a informes escritos de su diagnóstico, la necesidad del consentimiento informado, el debido respeto de la persona y su requerimiento de atención, así como la preservación de la autonomía de la voluntad. Esta ley consta de 5 capítulos, el primero trata sobre los derechos de los pacientes en su relación con los profesionales e instituciones de la salud y menciona los siguientes derechos: a la asistencia médica, al trato digno y respetuoso, a la intimidad, a la confidencialidad, a la autonomía de la voluntad, a la información sanitaria, y a la interconsulta médica; el segundo capítulo versa sobre la definición de la información sanitaria; el tercero, se refiere al consentimiento informado; el cuarto, se ocupa de la historia clínica; y por último, en el quinto capítulo, las disposiciones generales.

2. Ley 26.742 “Muerte Digna”.

Esta ley fue sancionada el 9 de Mayo de 2012. En su articulado aclara las situaciones vagas o no contempladas en la Ley 26.529 (2009).

2.1. Ley 26.742. Modificación de artículos e incisos en la ley 26.529.

La ley 26.742¹⁴, introduce algunas modificaciones a la 26.529¹⁵. En su artículo 1° modifica el inciso e) del artículo 2° de la Ley 26.529, mediante esta disposición se reconoce al paciente el derecho de poder rechazar tratamientos médicos sin expresar la causa, se otorga el derecho a revocar su voluntad en cualquier momento.¹⁶

La nueva redacción determina las situaciones en las cuales podrá hacerse uso¹⁷:

1. El paciente que presente:

¹⁴ Ley 26.742. Muerte Digna. Modifica la Ley N° 26.529. Sancionada: Mayo 9 de 2012. Promulgada de Hecho: Mayo 24 de 2012.

¹⁵ Ley 26.529. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Sancionada: Octubre 21 de 2009. Promulgada de Hecho: Noviembre 19 de 2009.

¹⁶ Inciso e. Artículo 2° de la Ley 26.529 modificado por la ley 26.742.

¹⁷ Inciso e. tercer párrafo Artículo 2° de la Ley 26.529 modificado por la ley 26.742.

- a) Una enfermedad irreversible,
 - b) incurable,
 - c) O se encuentre en estadio terminal,
 - d) O haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación.
2. Debe ser informado en forma fehaciente.
 3. 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.

Queda claro que la norma no permite de modo alguno la eutanasia, sólo busca evitar el encarnizamiento terapéutico o limitar los vanos esfuerzos curativos al expresar que las terapias y/o procedimientos pueden ser rechazados con o sin expresión de causa (Arrigone, 2012, p. 84).

Hay que analizar dos conceptos que presenta el modificado Artículo 2° Inciso e) de la Ley 26.529:

- 1) Prácticas extraordinarias o desproporcionadas: “Un medio es proporcionado hasta el momento en que se demuestra fácticamente capaz de alcanzar la finalidad que le es propia, sin causar daños o riesgos excesivos para la salud del paciente” (Calipari, 2004, p.123). Se deduce de esta interpretación que lo contrario es desproporcionado, y extraordinario cuando se incluiría prácticas no acordes al tratamiento o excesivas.
- 2) Sufrimiento desmesurado: “(...) Para el sufrimiento desmesurado existen los cuidados paliativos, mientras que la posibilidad de rechazo debería estar circunscripta a las situaciones de desproporción en las que no haya perspectivas de mejoría y nos encontremos ante una situación terminal e irreversible” (Lafferriere, 2012, p. 108). Cuando el tratamiento no supere la expectativas de mejorías prolongando la agonía del paciente o bien ya se encuentre en un estadio de gravedad e irreversibilidad.

En cuanto a la última parte del tercer párrafo del Inc. e) “...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. ...”¹⁸, en concordancia con Viar (2013) es donde hay que hacer consideraciones específicas respecto del tema. “Si bien es claro que la ley no presenta ni permite prácticas eutanásicas activas, no es tan evidente con respecto a la eutanasia pasiva”¹⁹. Por su parte Urbina (2012, p. 150) considera: “Alimentar e hidratar al paciente terminal no es una manera desmedida de mantenerlo con vida. Por el contrario, quitar la alimentación e hidratación implica provocar la muerte del paciente por inanición”.

Por otra parte, el Artículo 3° de la Ley 26.742 modifica el artículo 6° de la Ley 26.529, se refiere al “consentimiento informado” del paciente, y en caso de incapacidad de aquél se requiere el consentimiento de sus familiares o representantes según enumere la ley de ablación de órganos.²⁰

Desde el punto de vista de la situación emocional e intelectual del paciente o de quien tome la decisión por éste, se presentan diferentes razonamientos. En razón a la situación emocional se ha verificado “(...) que la rapidez de los cambios no sólo tiene lugar en la sintomatología somática, sino que puede extenderse al mundo cognitivo y emocional, se experimenta grandes fluctuaciones del estado de ánimo” (Chochinov citado por Bertolino, 2010, p. 141). Emocionalmente, de acuerdo a las expectativas o al desarrollo del tratamiento, se va variando de acuerdo a la evolución que se vaya realizando tanto positiva como negativamente. En relación a la parte intelectual, por más que se les informe su situación no resulta plena la comprensión, resulta difícil para aquél que no es médico comprender en plenitud las consecuencias de sus decisiones. Es difícil que una persona que no es correctamente informada pueda comprender las consecuencias irreversibles de su decisión y hasta el sufrimiento que podría acarrear.

Por último, es cuestionable, cuando la decisión recae sobre una persona que está distanciada del paciente o que hace mucho tiempo no lo ve y no conoce sus pensamientos o su decisión. Esta es una dificultad que la ley ha dejado sin prever (Viar, 2013)²¹. O cuando por la variación emocional o intelectual va modificando la decisión o quizás llega al punto de no coincidir con la decisión del paciente y éste está imposibilitado de mantenerla o revocarla.

¹⁸ Artículo 2°. Inc. e) de la Ley 26.529 modificado por la ley 26.742.

¹⁹ Viar, L. A. (2013). *Análisis de la Ley 26742 de “Muerte digna”*. Recuperado 05/05/2017 de: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/analisis-ley-26742-muerte-digna.pdf>.

²⁰ Artículo 6° de la Ley 26.529 modificado por la ley 26.742

²¹ Viar, L. A. (2013). *Análisis de la Ley 26742 de “Muerte digna”*. Recuperado 05/05/2017 de: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/analisis-ley-26742-muerte-digna.pdf>.

Otro punto relevante son las “directivas anticipadas”, a través de éstas el paciente puede determinar instrucciones sobre su salud²².

Se prohíbe la eutanasia, estas directivas devienen necesarias, en especial si se busca dejar una declaración de voluntad fehaciente. Otra cuestión recae en el tiempo en el que se realizó tal documentación, lo que podría generar que haya un cambio en la mentalidad de la persona. “... la regulación de las directivas anticipadas, (...) constituyen una excelente posibilidad para quitar el peso de la decisión sobre los hombros de los futuros responsables” (Arrigone, 2012, p. 84). Al respecto dice Gelli: “Los dilemas pueden presentarse cuando el objeto carece de conocimiento, un familiar pone en duda el mantenimiento de la creencia y solicita —ante una directiva presentada en la que el paciente rehúsa de modo expreso eventuales transfusiones de sangre o plasma— que se realice la práctica” (2012, p. 98).

2.2. Ley 26.742. Artículos e incisos que incorpora o agrega a la ley 26.529.

La ley 26.742 agrega dos nuevos incisos al artículo 5 de la ley 26.529.²³

En el Inc. g) se establece el rechazo de procedimientos de hidratación y alimentación cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado; y cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable. Viar (2013) considera “el problema de omitir estos cuidados es un claro procedimiento de eutanasia pasiva, donde no se provee de aquello que hace necesario la existencia vital y que acompaña sustancialmente el ciclo de mortalidad. Por ello al retirar estos medios se genera una interrupción del proceso natural”²⁴.

Con respecto a los cuidados paliativos del Inc. h): “No se trata de un inexistente derecho a procurar o hacerse procurar la muerte, sino de morir serena y naturalmente, en el momento en que la muerte llega, sin que nadie la adelante en forma artificial, sin sufrimiento inútiles o innecesarios” (Sambrizzi 2012, p. 124). Es el derecho de optar solo por aliviar el dolor, cuidados necesarios y básicos para aplacar el sufrimiento.

²² Artículo 11° de la Ley 26.529, modificado por la ley 26.742.

²³ Incisos g y h del Artículo 5° de la Ley 26.529 modificado por la ley 26.742.

²⁴ Viar, L. A. (2013). *Análisis de la Ley 26742 de “Muerte digna”*. Recuperado 05/05/2017 de: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/analisis-ley-26742-muerte-digna.pdf>.

Finalmente la ley 26.742 en su Art. 7° incorpora el artículo 11 bis a la Ley 26.529. El cual reza: “Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma”. Es importante analizar este nuevo artículo con respecto al Art. 21 de la ley 26.529 que no fue modificado. Este último, prevé la posibilidad de que se genere responsabilidad en caso de incumplimiento, siendo pasibles en la jurisdicción nacional de las sanciones previstas en el título VIII de la Ley 17.132, Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares de las mismas.²⁵

En efecto, el incorporado Art. 11 bis a la ley 26.529, exime de responsabilidad (civil, penal y administrativa), la cual puede ser debatida dentro de un proceso, la eximición no excluye al último, pero justifica su actuar acorde al artículo citado.

La solución que Gelli (2012, p. 98) propone es la siguiente: “En consecuencia queda por delante una difícil armonización interpretativa. Y si surge alguna incompatibilidad entre ambas normas (Art. 11 bis y Art. 21) quizás enfatizar los términos del primero es lo indicado por ser posterior, claro que sin pretensión derogatoria porque el legislador cuando examinó la ley, no lo derogó”.

3. Código Civil y Comercial Argentino. Derechos personalísimos y fin de la existencia de la persona humana.

Por su parte también en el Código Civil y Comercial unificado, vigente desde el 01 de agosto de 2015, encontramos artículos relacionados a la temática.

3.1. Derechos y actos personalísimos.

En el Código Civil y Comercial en el Libro Primero – Parte General – Título I – Persona Humana – Capítulo 3 – Derechos y Actos Personalísimos, se menciona: la *inviolabilidad de la persona humana*, su reconocimiento y el respeto de su dignidad personal (Art. 51); *afectaciones a la dignidad*, ante la lesión o menoscabo, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos (Art. 52); *disposición de derechos*

²⁵ Artículo 21° de la ley 26529.

personalísimos, el consentimiento debe ser expreso, no contrario a la ley, la moral, las buenas costumbre y es libremente revocable (Art. 55); *consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud*, es la declaración de voluntad expresada luego de recibir información clara, precisa y adecuada respecto a su salud, procedimientos o tratamientos propuestos y alternativos, con especificación de los beneficios y sus riesgos, en el caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar ciertos procedimientos, incluyendo el rechazo o retiro de hidratación y alimentación, el derecho a recibir cuidados paliativos; en el caso de no poder el paciente brindar su consentimiento se enumera ciertas personas que pueden hacerlo por él, y en ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento y actuar, si con ello se evita un mal grave (Art. 59); *directivas médicas anticipadas* la persona capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto a su salud, designar personas para brindar el consentimiento en el caso que ya no pueda hacerlo, y ejercer su curatela, estas disposiciones son libremente revocables en todo momento (Art. 60).

Básicamente concuerda lo establecido en estos artículos del Código Civil y Comercial Nacional con lo que establece la ley 26.529 modificada por la ley 26.742, con respecto a los derechos y actos personalísimos.

3.2. Fin de la existencia de la persona humana y comprobación de la muerte.

Nuestro código civil y comercial también regula sobre el fin de la existencia de la persona humana y la comprobación de su muerte; así, en el Artículo 93: “Principio general. La existencia de la persona humana termina por su muerte”²⁶. Y en el Artículo 94: “Comprobación de la muerte. La comprobación de la muerte queda sujeta a los estándares médicos aceptados, aplicándose la legislación especial en el caso de ablación de órganos del cadáver”²⁷.

En la actualidad el criterio médico aceptado es el *Criterio moderno. Muerte cerebral o encefálica*:

²⁶Código Civil y Comercial Argentino.

²⁷Código Civil y Comercial Argentino.

Implica el cese total e irreversible de toda actividad cerebral, comprendiendo los centros superiores e inferiores. Esto implica que no solo se requiere para que se produzca la muerte encefálica el cese de las funciones que hacen a la vida de relación, sino también el desarrollo autónomo de las funciones vegetativas (actividad respiratoria y cardiocirculatoria), esto es, que estas funciones no puedan mantenerse sino mediante el empleo permanente de medios mecánicos (Muñiz, 2012).²⁸

3.3. Ley 24.193 “Trasplantes De Órganos Y Materiales Anatómicos”. Art. 23.

La Ley 24.193 “Trasplantes De Órganos Y Materiales Anatómicos” en su artículo 23 determina cuándo una persona se considera fallecida:

El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta: a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) Ausencia de respiración espontánea; c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI). La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorespiratorio total e irreversible.²⁹

Sobre la base de este criterio, más allá del modo de comprobación del hecho de la muerte, no existen diferencias jurídicas entre una persona a la cual se le diagnostica la muerte cerebral, o aquella a la cual se le constata, según el medio tradicional, el cese de todas sus funciones vitales: en ambos casos ha dejado de existir.

La muerte encefálica o cerebral es el único concepto de muerte en el derecho argentino, que una vez corroborada (conforme los síntomas concurrentes indicados en el Art. 23 de la ley 24.193) produce todas las consecuencias jurídicas que se deriven del fin de la existencia física de esa persona, incluso la posibilidad de llevarse a cabo la ablación de sus

²⁸Muñiz, C. (2012). Fin de la existencia de las personas. *En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: El Derecho. Recuperado el 27/05/2017 de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/fin-existencia-personas-muniz.pdf>.

²⁹Ley 24.193-Trasplantes De Órganos Y Materiales Anatómicos. Sancionada: Marzo 24 de 1993. Promulgada Parcialmente: Abril 19 de 1993.

órganos, en los supuestos en que es posible y concurren los recaudos de voluntad del difunto o, en su caso, de los autorizados a consentir o autorizar la ablación (Garsco, 2014).³⁰

4. Otras Fuentes Normativas.

4.1. *Ley 17.132 “Reglas para el Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividad de Colaboración de las Mismas”.*

La ley 17.132³¹, fue el primer cuerpo normativo (1967) que establecía los casos donde un médico debía respetar la voluntad del paciente, hoy continua vigente junto a otras normas donde complementan esta situación.

Dice la Ley 17.132 en el Artículo 19:

Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a: Inciso 3º) respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. 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.

Mediante esta norma los médicos resguardaban su acción u omisión ante una posible responsabilidad, aunque la mayoría de la veces los casos planteados fueron objetados a nivel judicial.

4.2. *Código de Ética para el Equipo de Salud.*

El Código de Ética de la Asociación Médica Argentina (2001), en el capítulo 34 tiene como epígrafe “De la eutanasia y del suicidio asistido”.³²

³⁰ Garsco, M. A. (2014). Comentarios sobre la definición de la muerte de la persona física en el derecho argentino [versión electrónica] *Aequitas Virtual*. vol. 8, núm. 21. Recuperado el 26/12/2017 de <http://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitasvirtual/article/view/2383>.

³¹ Ley 17.132. Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas. Buenos Aires, 24 de enero de 1967.

Conforme a los artículos de este capítulo, el paciente terminal “tiene derecho a una muerte digna, con la asistencia terapéutica... para evitar el sufrimiento tanto físico como síquico”, pero en todas las circunstancias se debe respetar la autonomía del paciente, con excepción de los menores de edad y de los discapacitados mentales, en cuyo caso se requiere la participación de sus representantes. El paciente terminal tiene derecho a evitar el ensañamiento terapéutico, pero el suicidio asistido queda prohibido (Ríos Ruíz y Fuente del Campo, 2016).

Es dable destacar el artículo 552 del Código de Ética para el Equipo de Salud “en ningún caso el médico está autorizado a abreviar o suprimir la vida de un paciente mediante acciones u omisiones orientadas directamente a ese fin. La eutanasia por omisión configura una falta gravísima a la ética médica y a las normas legales. Debe permitirse la muerte del enfermo pero nunca provocársela”. Si bien se prohíbe la eutanasia tanto por acción como por omisión, es la última parte que genera contradicción, ya que permite la muerte del enfermo que encuadraría como un acto de omisión.

Conclusión parcial.

Desde el año 1.967, los médicos ajustaban su conducta de acuerdo a la Ley 17.132 “Reglas para el Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividad de Colaboración de las Mismas”; y no se utilizó lo que establece el Código de Ética para el Equipo de Salud (2001), el mismo tiene un epígrafe dedicado a la eutanasia y suicidio asistido, pero es el artículo 552 el que sienta las prácticas autorizadas o permitidas, aunque me permito resaltar la última parte del mencionado artículo, el cual reza: “Debe permitirse la muerte del enfermo pero nunca provocársela” que contradice todo lo que enuncia la norma completa, pero como se mencionó no fue utilizado este cuerpo normativo, ni tampoco se cuestionó la constitucionalidad o nulidad del citado artículo.

Con la sanción de la ley de muerte digna (2012), se complementó la normativa vigente hasta entonces que dejaba algunas lagunas o vaguedades en la Ley de Derechos del Paciente (2009). Aunque contiene puntos destacables como el consentimiento informado o las directivas anticipadas, también se constata temas oscuros o problemáticos como el retiro de hidratación y alimentación, y la decisión de continuar o no un tratamiento dependa de la

³² Código de Ética para el Equipo de Salud. 2001. Argentina.

autorización de un tercero cuando el paciente no pueda prestar su consentimiento; la primera ley mencionada sienta el principio que quedan prohibidas las prácticas eutanásicas, pero en el caso fáctico y concreto no resulta tan claro, ya que el retiro o la abstención de soportes vitales, ya sea de hidratación o alimentación, sin dudas generará la muerte del paciente.

El código civil y comercial unificado, vigente desde el 01 de agosto de 2015, viene a ratificar los derechos enunciados en las leyes anteriores (26.529 y 26.742) con una similitud muy parecida; además establece el fin de la existencia de la persona humana y la comprobación de su muerte, que de cierto modo remite a las condiciones que establece la Ley 24.193 “Trasplantes De Órganos Y Materiales Anatómicos”. Art. 23.

CAPÍTULO III: SUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LA MUERTE DIGNA DENTRO DE LA LEY 26.529 MODIFICADA POR LEY 26.742.

Introducción.

El presente capítulo contiene un ordenamiento de lo que las leyes 26.529 y 26.742 establecen sobre la aplicación de la muerte digna en los pacientes que se encuentren en las condiciones que instituyen las mencionadas fuentes legales. Se especifican los derechos, los destinatarios y requisitos establecidos para el ejercicio de morir con dignidad; así mismo los presupuestos para recabar el consentimiento del paciente de aceptar o rechazar las prácticas médicas (mediante directivas anticipadas o por voluntad de los mismos), y la autorización por parte de terceros, según consideren fue la decisión que hubiese tomado el paciente.

1. Derechos, destinatarios y requisitos legales establecidos sobre muerte digna. Ley 26.529 modificada por la Ley 26.742.

Además de los derechos consagrados constitucionalmente y mediante los pactos y tratados de igual jerarquía reconocidos por nuestro ordenamiento legal, también gozamos de los derechos que se enuncian y/o reconocen en leyes y cuerpos normativos, como ser la Ley 26.529 modificada por Ley 26.742; en estos cuerpos normativos también se establecen los destinatarios, condiciones y requisitos para su ejercicio.

1.1. *Derechos establecidos en la Ley 26.529 modificada por Ley 26.742.*

La Ley 26.529 “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud” en su artículo 2° establece los derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate.

1.1.1. *Asistencia.*

La Ley 26.529 en el artículo 2, inciso a) establece: “El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin

menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente”. Este derecho podría interpretarse como a la *asistencia sin discriminación* que todo paciente tiene derecho a acceder y el profesional actuante a brindar sin oponer excepciones respecto a condiciones particulares o discriminatorias.

1.1.2. *Trato digno.*

La Ley 26.529 en el artículo 2, inciso b) establece: “El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes”. Se establece que el paciente, familiares y acompañantes reciban un trato digno y respetuoso, sobre todo sin discriminación a sus condiciones y creencias y respetando sus derechos.

1.1.3. *Intimidad.*

La Ley 26.529 en el artículo 2, inciso c) establece: “Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley Nº 25.326”. Este derecho a la intimidad que se establece, va unido al de confidencialidad de los datos sensibles, al respeto de la dignidad humana y la autonomía de la voluntad. Lo que podría interpretarse, que no se debe vulnerar transmitiendo información y documentación clínica del paciente sin la autorización del mismo o por disposición legal.

1.1.4. Confidencialidad.

La Ley 26.529 en el artículo 2, inciso d) establece: “El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente”. Este derecho se encuentra relacionado y unido al derecho de intimidad, se debe respetar la documentación clínica del paciente manteniendo en zona de reserva los datos sensibles que pudiera vulnerar su intimidad, autonomía personal y dignidad humana, salvo autorización del paciente o disposición legal.

1.1.5. Autonomía de la voluntad.

La Ley 26.529 en el artículo 2, inciso e) establece: “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 N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”. El paciente puede disponer de acuerdo a su libre y propia voluntad, aceptar o rechazar los tratamientos médicos o biológicos, como así también revocar su decisión. De acuerdo a la última parte del citado inciso “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061”, ósea a “participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés y que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo” (Artículo 24, incisos a y b de la Ley 26061).

1.1.6. Información sanitaria.

La Ley 26.529 en el artículo 2, inciso f) establece: “El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información”. La definición de información sanitaria está enunciada en el artículo 3 de la Ley 26.529 el cual reza: “aquella que, de manera clara,

suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos”. El paciente tiene derecho a recibir o no recibir la información sanitaria. Esta información solo será ofrecida a terceras personas, con autorización de la persona afectada.

1.1.7. Interconsulta médica.

La Ley 26.529 en el artículo 2, inciso g) establece: “El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud”. Este derecho se encuentra relacionado con el de información sanitaria, acentuándose en este caso a recibirlo por escrito a fin de poder realizar una interconsulta médica sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionado con su estado de salud.

1.2. Destinatarios y Requisitos establecidos para la procedencia de la muerte digna. *Ley 26.529 modificada por Ley 26.742.*

La Ley 26.529 modificada por Ley 26.742, establece que la procedencia de la muerte digna está dirigida a los pacientes que reúnen los requisitos y condiciones que detalla, personas autorizadas y los Profesionales e Instituciones de la Salud.

Los pacientes comprendidos son aquellos que presenten una enfermedad irreversible, incurable o se encuentren en estadio terminal, o hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación.

Los terceros autorizados son el representante legal o, en su defecto, el cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad; a su vez también remite al orden que establece el artículo 21 de la Ley 24.193. Todo esto en el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información, a causa de su estado físico o psíquico, y se establecen determinadas personas según sea el caso y la cuestión planteada.

Los profesionales e instituciones de salud son quienes intervienen en el diagnóstico y tratamiento del paciente, quienes tienen el deber de respetar sus derechos y garantizar lo concerniente a su salud.

Los requisitos que establece la Ley 26.529 modificada por Ley 26.742, para el ejercicio de la Muerte Digna por parte de los pacientes o las personas autorizadas para decidir por él, se encuentran detallados en todo el cuerpo normativo; los cuales se pueden enunciar de la siguiente manera:

El paciente debe presentar una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación; la ley no es específica a lo que se refiere con cada término, por lo que se interpreta que será el profesional actuante o el instituto de salud quien delimite el diagnóstico para estar comprendido dentro del ámbito de aplicación; el paciente como destinatario cuenta con los derechos enunciados ut supra y cuyo ejercicio le compete a él, salvo los casos autorizados a terceros; como asimismo tiene derecho a través del consentimiento informado 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”³³; y “El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento”³⁴.

Sintetizando se puede interpretar que los destinatarios son los pacientes (que reúnen los requisitos y condiciones que detalla la ley), personas autorizadas y los Profesionales e Instituciones de la Salud.

Y los requisitos son que el paciente debe presentar una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación.

³³ Inciso g) del artículo 5° de la Ley 26.529 modificada por Ley 26.742.

³⁴ Inciso h) del artículo 5° de la Ley 26.529 modificada por Ley 26.742.

2. Presupuestos para brindar el consentimiento de los pacientes y terceros autorizados.

2.1. Consentimiento de los pacientes para ejercer el derecho de muerte digna.

El paciente tiene derecho a brindar su consentimiento mediante una información clara, precisa y adecuada por parte del profesional interviniente, con respecto a: su estado de salud; el procedimiento propuesto y el alternativo, con especificación de los beneficios esperados, los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; el derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; además, de todo lo mencionado, el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.³⁵

2.2. Autorización por parte de terceros en caso de impedimento del paciente.

Para el caso del consentimiento informado, la Ley 26.529 modificada por Ley 26.742 en su artículo 6° establece el previo consentimiento informado del paciente; en el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de brindar el consentimiento, a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido.

Se evidencia que para el consentimiento informado las personas autorizadas, amén del paciente, son las mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido y son:

- 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 continua e ininterrumpida;

³⁵ Artículo 5° de la Ley 26.529 modificada por Ley 26.742.

- b) Cualquiera de los hijos mayores de dieciocho (18) años;
- c) Cualquiera de los padres;
- d) Cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho (18) años;
- e) Cualquiera de los nietos mayores de dieciocho (18) años;
- f) Cualquiera de los abuelos;
- g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive;
- h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive;
- i) El representante legal, tutor o curador.

3. Revocación del consentimiento para ejercer el derecho de muerte digna y directivas anticipadas.

El consentimiento debe ser presentado libre y voluntariamente por parte del paciente y los terceros autorizados; y realizado según reza artículo 7° de la Ley 26.529 modificada por Ley 26.742, donde se establece que el consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: internación; intervención quirúrgica; procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; revocación; en el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5° deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto.

3.1. *Revocación del consentimiento por parte de los pacientes o terceros.*

Así como los pacientes y terceros autorizados gozan de consentimiento libre e informado de aceptar o rechazar las prácticas, intervenciones y/o tratamientos médicos y/o terapéuticos, también pueden revocar su decisión, como establece el artículo 10 de la Ley 26.529 modificada por Ley 26.742: “Revocabilidad. 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 previsibles que la decisión implica. Las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193 podrán revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido”.

3.2. Directivas anticipadas.

Con respecto a la previsibilidad de cada persona, que en un futuro tenga que consentir o rechazar determinados tratamientos o prácticas médicas o terapéuticas, puede plasmar su voluntad mediante las directivas anticipadas. Toda persona capaz, mayor de edad, puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes. 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 testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento.³⁶

Conclusión parcial.

La Ley 26.529 modificada por Ley 26.742, establece los derechos, destinatarios, condiciones y requisitos para el ejercicio del derecho a morir dignamente o bien autorizar o rechazar prácticas y/o tratamientos médicos y/o terapéuticos. No solo contempla el derecho a morir dignamente, sino que es amplio el abanico de derechos que establece para los pacientes que encuadran en la norma, y asimismo el deber de los profesionales y centros de salud a respetar los derechos enunciados y el campo de actuación de los mismos para no ser pasibles de ningún tipo de sanción.

Con respecto a todo lo enunciado, se puede considerar que los paciente comprendidos en la Ley 26.529 modificada por Ley 26.742, gozan de derechos especiales, los cuales

³⁶ Artículo 11 de la Ley 26.529 modificada por Ley 26.742.

ejercerlos es exclusivo de cada uno, la ley enuncia las condiciones y requisitos para su ejercicio lo cual es abarcativo del rechazo por parte de pacientes o terceros autorizados de soportes vitales tales como la hidratación y alimentación, cuestión esta muy importante para el presente trabajo, lo cual como aproximación a una conclusión final y hasta lo expuesto hasta aquí comparto la opinión de Gherardi que los soportes vitales “comprende todos los procedimientos asistenciales (instrumentales, electrónicos o farmacológicos) que sustituyen o apoyan las funciones de órganos o sistemas cuya afectación pone en peligro la vida” (2007, p. 36). Con lo cual, el rechazo a la hidratación y alimentación o el retiro de los mismos ponen en peligro la vida y llegado al caso a la muerte. Además, en el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información, a causa de su estado físico o psíquico, se establecen determinadas personas según sea el caso y la cuestión planteada para brindar el consentimiento o rechazo de las prácticas, tratamientos médicos y/o terapéuticos, y también que el propio paciente pueda expresarse mediante directivas anticipadas sobre lo concerniente; todo va acompañado con el derecho de revocar la decisión.

CAPÍTULO IV: PUNIBILIDAD DE LA EUTANASIA Y LA MUERTE DIGNA. DERECHO PENAL ARGENTINO Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL ARGENTINO SOBRE CASOS DE AUTORIZACIÓN O RECHAZO DE PRÁCTICAS O TRATAMIENTOS MÉDICOS.

Introducción.

En este último capítulo trataremos sobre las prácticas, actos y/o hechos prohibidos penalmente. Se presentaran las figuras delictivas sancionadas en el Código Penal como el homicidio, instigación y ayuda al suicidio; y una comparación y/o asimilación de diferencias y/o similitudes con la muerte digna y prácticas eutanásicas, para de esta forma completar todo el cuadro normativo y establecer lo permitido de lo prohibido con respecto al tema. Se implementa este capítulo para poder comprender las conductas prohibidas del Código Penal Argentino y las permitidas dentro del encuadramiento de la muerte digna; asimismo se complementa con la interpretación y extracción de diferentes fallos, donde los argumentos vertidos para su resolución se fueron modificando de acuerdo a la normativa vigente y la interpretación realizada al tiempo de resolver. Se enuncian los puntos significativos del caso “Bahamondez, Marcelo s/ Medida Cautelar” (C.S.J.N., 1993), ya que es donde comienza a cambiar los criterios de resolución de los casos; y si bien legalmente aun no se contaba con una ley específica sobre los derechos del paciente y la muerte digna, los fundamentos radicaban en los derechos constitucionales y la Ley 17.132 (1967) “Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas”; se analiza también el fallo “S., M. d. C. Insania” (C.S.J.B.A., 2005) donde se rechaza el retiro de soportes vitales y la autorización por parte de terceros; y por último el fallo “D.M.A. s/ declaración de incapacidad” (C.S.J.N., 2015) en el cual ya se admite el derecho a morir dignamente, en la medida que se ajusten a los requisitos establecidos en la Ley 26.529 modificada por la ley 26.742. Y para cerrar el presente capítulo, se enunciarán los argumentos sobre judicialidad establecidos por la C.S.J.N. sobre la aplicación del derecho a morir dignamente.

1. Homicidio, instigación y ayuda al suicidio. Artículo 79 y artículo 83 del código penal argentino.

La ley 26.529 modificada por la ley 26.742, vigente en nuestro país, no implica la legalización de la eutanasia ni del suicidio asistido, estas figuras implican matar, facilitar,

adelantar o ayudar en la muerte del paciente y se encuentran tipificadas con penas punibles de prisión o reclusión en nuestro Código Penal Argentino.

Con respecto al homicidio, el Código Penal Argentino en su artículo 79 establece: “se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este código no se estableciera otra pena”. Esta es la figura del homicidio simple, el cual pena al que matare a otro con dolo (directo, indirecto o eventual); ampara la vida del hombre desde su nacimiento hasta su terminación con la muerte; lo que la ley tutela es la vida como valor humano, independientemente de cualquier otra circunstancia.

Según Pasquini (2005) “se entiende por eutanasia el llamado homicidio por compasión, es decir, el que causa la muerte de otro por piedad ante su sufrimiento o atendiendo a su deseo de morir por las razones que fuere”³⁷, “No es lícita la acción que por su naturaleza provoca directa o intencionalmente la muerte de una persona. Por ejemplo la administración de un fármaco u otro producto letal”³⁸. Claramente nuestra legislación penal reprime a quien matare a otro con dolo (intención), ya sea que fuera por piedad, compasión o por pedido del propio paciente, muerte que en ciertas circunstancias y por la persona del autor puede estar agravada.

En el artículo 83 del Código Penal Argentino se tipifica la instigación y la ayuda al suicidio el cual reza: “será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado”. Para que se configure el tipo se requiere que el suicidio haya sido consumado o tentado. En la instigación al suicidio se concibe a la acción por medio de la cual el agente persuade a un sujeto de que se quite la vida por sí mismo; en la ayuda al suicidio es la intervención material en el suicidio del otro.

Según opinión de Farías “Este artículo se relaciona vagamente con la eutanasia, el mismo paciente es el que solicita los medios o conocimientos a un tercero, para poder terminar con su propia vida. La intervención del tercero es necesaria para proporcionarle el conocimiento para poder llevar a cabo su propósito” (2007, p. 33).

³⁷ Pasquini, M. S. (2005). *Eutanasia*. Recuperado el 02/01/2018 de <http://www.saij.gob.ar/doctrina/daoc050056-pasquini-eutanasia.htm?bsrc=ci>.

³⁸ Pasquini, M. S. (2005). *Eutanasia*. Recuperado el 02/01/2018 de <http://www.saij.gob.ar/doctrina/daoc050056-pasquini-eutanasia.htm?bsrc=ci>.

El Código Penal no distingue, en términos de la pena, entre la instigación y la ayuda al suicidio. Ayudar a poner fin a la vida de alguien que ya desea hacerlo, es colaborar con el cumplimiento de un deseo previo del agente, y no de provocarle ese deseo; la pena nunca debería ser la misma que se aplica a la instigación, acto moralmente mucho más reprobable (Farrell, 2.015).³⁹

Según Farrell (2.015):

Llama la atención que no se hayan resaltado con énfasis las diferencias que existen entre la ayuda al suicidio, como género, y la eutanasia, como especie del mismo, y que se considere adecuado castigar de la misma forma ambas cosas. El suicidio asistido consiste en ayudar a alguien a morir, de manera indolora, a su requerimiento o con su consentimiento. Que la ayuda se practique de una manera indolora no es, por supuesto, un recaudo esencial para que dicha ayuda exista, pero constituye una exigencia del sentido común. Cualquier persona puede suicidarse de un modo doloroso; si requiere ayuda ajena es, precisamente, para evitar el dolor.⁴⁰

Claramente en nuestro ordenamiento penal se reprime las conductas de instigar y/o ayudar a otro a suicidarse, así sea su tentativa o consumación, el hecho que un paciente lo solicite y se brinde la ayuda material para hacerlo, encuadra perfectamente en el tipo normativo; entonces entra la causa de justificación del art. 11 bis de la ley 26.529 que exime de responsabilidad (civil, penal y administrativa) al agente que interviene según lo estipulado en la ley.

1.1. Diferencias y similitudes entre las figuras delictivas con la Muerte Digna y Eutanasia.

Como pudo analizarse en el punto anterior, entre las figuras reprimidas penalmente del Código Penal Argentino se encuentra el homicidio simple, y las conductas que encuadran en el tipo con respecto a la eutanasia marcan grandes diferencias, ya que es una acción dolosa de matar a otro; en el supuesto que alguien intencionalmente acelere o favorezca la muerte de

³⁹ Farrel, M. D. (2.015) Eutanasia: moral y derecho. Enseñando Ética. Recuperado el 02/01/2018 de http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/coleccion-ciencias-juridicas/EnsenandoEtica_13.pdf.

⁴⁰ Farrel, M. D. (2.015) Eutanasia: moral y derecho. Enseñando Ética. Recuperado el 02/01/2018 de http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/coleccion-ciencias-juridicas/EnsenandoEtica_13.pdf.

otro para evitar sufrimientos, sin que medie causa agravante o atenuante, consuma la conducta tipificada por el artículo 79 del Código Penal Argentino.

La Muerte Digna y la Eutanasia con respecto al artículo 83 del Código Penal Argentino, se puede considerar que es marcada la diferencia con la instigación al suicidio, porque es el hecho es inducir a otra persona a que intente o logre (tentativa y consumación) suicidarse (conducta penalmente reprimida); pero puede aproximarse la ayuda al suicidio (conducta también penalmente penada) con la eutanasia, dentro de la situación que el propio paciente solicite los medios, soportes y materiales para suicidarse, o dicho de otro modo de morir dignamente, y el otro sujeto le proporcione lo solicitado. La ayuda al suicidio podría encuadrar en lo que permite la Ley 26.529 modificada por la ley 26.742, cuando admite el retiro de los soportes vitales o el rechazo de hidratación y alimentación, ya que es evidente que estas conductas llevarían a la muerte del paciente, así sea, por acelerar la misma enfermedad o lesión incurable, o por deshidratación e inanición.

El Código argentino no contiene ninguna norma relativa a la eutanasia, pero la generalidad de los autores admiten que pueda constituir una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, por cuanto cabe valorarla en sentido similar a la atenuante de la emoción. También es generalizada la opinión en el sentido de que la realidad del móvil ha de ser considerada con muy especial cuidado, porque a veces se da el caso de que el autor que cree estar realizando el acto de piedad hacia la víctima, lo que en el fondo realiza, aunque sea inconscientemente, es un acto de piedad hacia sí mismo, derivado del cansancio y de la angustia que le ocasiona el cuidado del enfermo y la presencia permanente de su sufrimiento (Osorio y Florit, 2003, P. 223).

2. La intervención judicial ante la presencia de casos de autorización o rechazo de prácticas o tratamientos médicos. Interpretación de fallos y argumentos de judicialidad sobre la aplicación del derecho a morir dignamente.

A lo largo del recorrido jurisprudencial en esta temática, no abundan muchas controversias, pero en los casos planteados han ido variando las resoluciones. Se inicia con casos de amparos de pacientes que necesitaban transfusión sanguínea y la negación de recibirlas por ser Testigos de Jehová, en donde los tribunales valoraban el tratamiento médico, basando la sentencia en la protección del valor de la vida como bien supremo.

Más tarde, los casos eran sobre pedidos de autorización para realizar transfusiones de sangre por parte de instituciones de salud y familiares de pacientes, y comienza a variar la jurisprudencia, se consideraba el derecho a la vida, a la integridad personal y a la salud como bienes de interés público, pero se sobreponía a ellos el derecho a la dignidad personal.

En el año 1.993, la Corte avala el pedido de un paciente que se negaba a recibir una transfusión de sangre por motivos religiosos caso “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar, 6 de abril de 1993”⁴¹, en primera y segunda instancia el pedido fue rechazado, en recurso extraordinario ante la Corte Suprema dejó sin efectos las sentencias previas y reconoció el derecho a rechazar la intervención, justifican la decisión de rechazar tratamientos o intervenciones en el marco de las libertades individuales (a la dignidad, a la autonomía, a decidir sobre la propia vida y el cuerpo) y desestiman que por tales decisiones se vea afectado un interés social o el derecho de terceros.

Comenzado el nuevo milenio empiezan a plantearse los casos de retiro de soportes vitales, los argumentos que justificaron la negativa al retiro fueron la salvaguarda del derecho a la vida, dado que la suspensión de los cuidados era considerado una práctica eutanásica, y al desacuerdo de que un tercero (y no el propio paciente) pudiera tomar una decisión de estas características. El juez Roncoroni justifica su voto en el caso "S., M. d. C. Insania" (C.S.J.B.A., 2005) de la siguiente manera:

[...] es un derecho personalísimo, inherente a la persona y que, como tal, sólo puede ser ejercido por su titular. No se concibe que el mismo pueda ser ejercido por un tercero con total ignorancia de lo que podría desear o querer el titular de esa vida (Voto del juez Roncoroni, M. d. C, 9 de febrero de 2005).⁴²

Por su parte estaban quienes convalidaban la posibilidad de rechazar los tratamientos, dada la irreversibilidad del cuadro clínico, e incluso ponderaban la validez de las directivas o voluntades anticipadas.

Finalmente en el año 2.015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la constitucionalidad del emergente derecho a “morir con dignidad”, al autorizar el retiro de

⁴¹ C.S.J.N. “Bahamondez, Marcelo s/ Medida Cautelar”. L.L. 1993-D, 130. (1993).

⁴² C.S.J.B.A., "S., M. d. C. Insania" causa 85.627. (2005).

soporte vital de un paciente que llevaba más de 20 años mantenido artificialmente, caso “D.M.A. s/ declaración de incapacidad”⁴³.

La CSJN, en este último caso, interpretó la Ley 26.529 modificada por la ley 26.742 de la siguiente manera:

La particularidad que presenta este caso es que el paciente no había brindado ninguna instrucción formalizada por escrito respecto a qué conducta médica debía adoptarse en una situación como la que se encuentra en la actualidad. En este sentido, no puede perderse de vista que al momento del accidente no se había dictado aún la Ley de Derechos del Paciente (26.529) que autoriza a las personas a disponer mediante instrumento público sobre su salud dando directivas anticipadas...

En el fallo, la Corte Suprema consideró que la Ley de Derechos del Paciente contempla la situación de quienes, como M.A.D., se encuentran imposibilitados de expresar su consentimiento informado y autoriza a sus familiares a dar testimonio de la voluntad del paciente respecto de los tratamientos médicos que éste quiere o no recibir. En razón de ello, resolvió que debía admitirse la petición planteada en la causa a fin de garantizar la autodeterminación de M.A.D.

Al adoptar esta decisión, la Corte aclaró que no se estaba en presencia de un caso de eutanasia. Luego, efectuó consideraciones relevantes tanto sobre los derechos de los pacientes, en especial de los más vulnerables, como también enfatizó la importancia de respetar exclusivamente la voluntad del paciente, por fuera de otra consideración, en lo que hace al final de su vida. Por último, remarcó que, como regla, deben evitarse judicializaciones innecesarias de decisiones relativas al cese de prácticas médicas.⁴⁴

Con el caso “D.M.A. s/ declaración de incapacidad” se puede concluir que la corte pone en plano secundario la judicialización de estos temas, en la medida en que se ajusten a los requisitos establecidos en la Ley 26.529 modificada por la ley 26.742, otorgando mayor autonomía a la voluntad del paciente. El Tribunal formuló precisiones acerca de como deberán tratarse, en el futuro, situaciones en las que se pretenda hacer efectivo el derecho a la autodeterminación en materia de tratamientos médicos. El legislador no ha exigido que el ejercicio del derecho de aceptar o rechazar las prácticas médicas quede supeditado a una autorización judicial previa.

⁴³ C.S.J.N., “D.M.A s/declaración de incapacidad”, CSJ 376/2013 (49-D) CS1. (2015).

⁴⁴ La Corte Suprema reconoció el derecho de todo paciente a decidir su muerte digna. Recuperado el 15/12/2017 de <http://www.cij.gov.ar/nota-16952-La-Corte-Suprema-reconoci--el-derecho-de-todo-paciente-a-decidir-su-muerte-digna.html>.

Otro punto, es que considera que retirar los soportes vitales como la alimentación e hidratación artificial no son prácticas eutanásicas, ya que no constituyen por sí mismos una forma de tratamiento médico.

Y con respecto a la decisión adoptada por un tercero, sostuvo que no deciden ni en el lugar del paciente, ni por el paciente, ni con el paciente, sino comunicando cual es la voluntad de éste y se satisfagan las garantías y resguardos previstos en las leyes que protegen a los menores de edad y a las personas con discapacidades físicas o psíquicas. Es decir que, en este supuesto, sus familiares sólo pueden testimoniar, bajo declaración jurada, la voluntad del paciente.

Conclusión parcial.

Finalizando el último capítulo de este trabajo, puedo interpretar que el homicidio simple del artículo 79 del código penal argentino reprime a quien matase a otro, así sea por piedad hacía la víctima, ósea quien quiera terminar con el sufrimiento de otro y lo matase (sin que concurra alguna atenuante o agravante) comete homicidio.

Con respecto a la instigación al suicidio (artículo 83 del Código Penal Argentino) considero que es la propia víctima quien comete el hecho, con la persuasión o concejo de otro, la sola tentativa o consumación ya lo hace responsable al instigador, sin interesar si lo hace por piedad.

Ahora bien, con la ayuda al suicidio (artículo 83 del Código Penal Argentino) es un tema a rever legalmente; el hecho de querer morir dignamente implicaría un acto de suicidio, cuando es el propio paciente quien expresa el consentimiento de continuar o rechazar un tratamiento médico o terapéutico y el hecho material que se respete su voluntad de no proporcionarlos o retirar la práctica o tratamiento, a mi criterio encuadra en la figura delictiva. Este tema debería ser revisado penalmente, mediante una reforma del código penal, ya que el paciente en ejercicio del derecho que habilita la ley de muerte digna solicite el retiro de los soportes de hidratación y/o alimentación y el profesional de salud realice esta práctica, estaría ayudando al suicidio del paciente produciendo la muerte, por causa de deshidratación y/o inanición, y no por la enfermedad o lesión que habilita a ejercer el derecho de morir dignamente. En mi opinión, al receptar estas conductas (rechazo y/o retiro de hidratación y/o

alimentación) la ley 26.529 modificada por la ley 26.742 y eximir de responsabilidad al profesional actuante en el artículo 11 bis, habilita a una reforma en el código penal sobre una eximente de responsabilidad, fijando pautas y condiciones para el profesional y el instituto de salud.

Revisados los fallos planteados y extrayendo lo más destacable de cada uno se puede deducir como fue el camino recorrido hasta la sanción de la Ley 26.529 “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”, la que luego fue modificada por la Ley 26.742 “Muerte Digna” que dio fundamento para la decisión que tomó la C.S.J.N. en el caso “D.M.A s/declaración de incapacidad”, donde se autorizó al retiro de soportes vitales, además se interpretó la ley sentando antecedentes y jurisprudencia. Según los fundamentos del fallo la CSJN sobre el retiro o rechazo de los soportes vitales de hidratación y/o alimentación no constituyen practicas eutanásicas, lo cual es cuestionable si observamos la definición de eutanasia pasiva, más bien se trata de un supuesto de no admitir el termino de eutanasia (pasiva), pero llevado a la práctica encuadraría claramente en un caso de la misma o yendo más allá, es un caso de ayuda al suicidio si es el propio paciente quien lo solicita, ya que la acción u omisión sobre el retiro y/o rechazo de los soportes de hidratación y/o alimentación conducen a la muerte del paciente ya sea por inanición y/o deshidratación; este es un tema que debería complementarse con los diferentes tipos de responsabilidades, ya que en materia penal no encuadraría en una eximente de responsabilidad. La CSJN también considera que la autorización por parte de terceros no es una decisión propia, sino por el paciente considerando cual hubiese sido su deseo o intención; y por último y muy importante, con lo cual concuerdo, que si se respeta y se adecúa a todo lo que establece la ley en cuanto a los derechos, los destinatarios y requisitos establecidos para el ejercicio de morir con dignidad los casos no necesitan ser llevados a los estrados judiciales.

CONCLUSIÓN FINAL.

La *eutanasia* se refiere a la acción u omisión que, para evitar sufrimientos a los pacientes acelera o favorece su muerte, lo que médicamente, se traduciría en una muerte sin sufrimiento, sin padecimientos; ésta a su vez puede ser *activa* según se trate de un acto directo orientado a poner fin a la vida, o *pasiva* cuando una acción por omisión de utilizar los medios necesarios que pudieran prolongar la vida del paciente de manera artificial. La *muerte digna* es el derecho que ostenta el paciente (o sus familiares, si el enfermo está imposibilitado), que padece una enfermedad irreversible y cuyo estado de salud es terminal, de decidir y manifestar su deseo de rechazar procedimientos invasivos a su cuerpo. De acuerdo a estas definiciones se puede interpretar la similitud que hay en la muerte digna y la eutanasia pasiva, asimismo los pacientes gozan de derechos que están involucrados con el morir dignamente como el derecho a la vida, a la salud, al consentimiento informado, a la autonomía personal, a la dignidad y a la intimidad, derechos estos reconocidos constitucionalmente y en numerosos tratados con igual rango, cuyo ejercicio es propio de cada uno.

Específicamente el derecho de una muerte digna se encuentra establecido en la Ley 26.742 (2012) la misma modifica la ley 26.529 (2009) “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”. En estos cuerpos normativos se establecen los derechos, condiciones, requisitos y destinatarios del derecho a una muerte digna; expresamente no se admite la eutanasia, analizando estas leyes se puede establecer que los destinatarios son: el paciente (que presente una enfermedad irreversible, incurable, o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación), las personas autorizadas y los Profesionales e Instituciones de la Salud. El paciente tiene derecho a brindar su consentimiento, mediante una información clara, precisa y adecuada por parte del profesional interviniente, y en el caso de incapacidad e imposibilidad pueden prestarlo las personas autorizadas según en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido; también el propio paciente puede expresarse mediante directivas anticipadas sobre lo concerniente; asimismo los pacientes y terceros autorizados gozan de consentimiento libre e informado de aceptar o rechazar las prácticas, intervenciones y/o tratamientos médicos y/o terapéuticos, también pueden revocar su decisión incluso las directivas anticipadas. Con respecto al consentimiento sobre prácticas y/o tratamientos médicos y/o terapéuticos la ley enuncia las condiciones y requisitos para su

ejercicio, el cual es abarcativo del rechazo o retiro por parte de pacientes o terceros autorizados de soportes vitales tales como la hidratación y alimentación, es aquí el punto de discordia, ya que en el caso de cumplirse con el rechazo o retiro el paciente morirá.

Con respecto a la responsabilidad que le cabe al profesional interviniente, de acuerdo al artículo 11 bis (Ley 26.529 modificada por la ley 26.742) establece que mientras haya actuado de acuerdo a lo que establece la ley no está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma. Realizando un análisis en conjunto con el Código Penal Argentino encontramos las figuras tipificadas y penadas como el homicidio simple del artículo 79, que es el acto doloso de matar a otro; también se encuentra las figuras de instigación y ayuda al suicidio en el artículo 83, con respecto a la primera es el hecho de inducir, persuadir y/o aconsejar a otro a que intente o cometa suicidio, y la segunda es el hecho de colaborar materialmente en la tentativa o consumación del suicidio de otro, esta última figura se puede relacionar con la eutanasia pasiva, ya que el médico por consentimiento del propio paciente puede retirar o no proporcionar los soportes vitales y el paciente de esta forma muera (se suicide), comprendo que debería reverse esta situación en el código penal, ya que el artículo 11 bis, de la ley citada, exime de responsabilidad al profesional actuante si su conducta es acorde a las condiciones y requisitos que la misma establece; a mi criterio, al receptar estas conductas la ley 26.529 modificada por la ley 26.742, habilita a una reforma en el código penal sobre una eximente de responsabilidad, fijando pautas y condiciones para el profesional y el instituto de salud.

Jurisprudencialmente, no hay muchos antecedentes, entre lo más destacable se encuentra el caso “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar” (1.993) donde la Corte avala el pedido de un paciente que se niega a recibir una transfusión de sangre por motivos religiosos; en el año 2.005 se plantea el caso "S., M. d. C. Insania" aquí se solicita el retiro de soportes vitales y la autorización por parte de terceros, la C.S.J.B.A. en los argumentos que justificaron la negativa al pedido fueron la salvaguarda del derecho a la vida, dado que la suspensión de los cuidados era considerado una práctica eutanásica, y al desacuerdo de que un tercero (y no el propio paciente) pudiera tomar una decisión de estas característica; finalmente la C.S.J.N. aprueba la aplicación del emergente derecho a “morir con dignidad”, al autorizar el retiro de soporte vital de un paciente que llevaba más de 20 años mantenido artificialmente, fallo “D.M.A. s/ declaración de incapacidad” (2.015), en este caso también realiza una interpretación sobre la aplicación de la Ley 26.529 modificada por la ley 26.742 y

pone en plano secundario la judicialización de estos temas, ya que si se respeta y se adecúa a todo lo que establece la ley, en cuanto a los derechos, los destinatarios y requisitos establecidos para el ejercicio de morir con dignidad los casos no necesitan ser llevados a los estrados judiciales.

Ahora bien, como respuesta al interrogante ¿El retiro o rechazo de la hidratación y/o alimentación son supuestos de eutanasia pasiva dentro del marco legal argentino? Corroborando mi hipótesis de trabajo, mi contestación es afirmativa, de acuerdo a la interpretación realizada a lo largo de los capítulos y fundamentando específicamente en el caso concreto de que el paciente (con una enfermedad terminal o incurable o con lesiones que lo coloquen en igual situación) o el tercero autorizado consientan el retiro o rechazo de soportes vitales de hidratación y/o alimentación y el profesional actuante realice tal pedido; el paciente no solo puede morir por su enfermedad o lesión, sino por causa del retiro de los soportes vitales enunciados, traducidos en inanición y/o deshidratación. La diferencia entre la muerte digna y la eutanasia pasiva radica en que en la primera el paciente decide y manifiesta su deseo de rechazar procedimientos invasivos a su cuerpo, y la segunda es una acción por omisión de utilizar los medios necesarios que pudieran prolongar la vida del paciente de manera artificial; en lo que el rechazo y/o retiro de los soportes de hidratación y/o alimentación no son procedimientos invasivos a su cuerpo. El hecho de no considerar esas prácticas como eutanásicas, tanto en la Ley 26.529 modificada por la ley 26.742 como en la interpretación realizada de la misma por la C.S.J.N en el fallo “D.M.A. s/ declaración de incapacidad” (2015), considero se debe el hecho del rechazo (o no admitirla) por cuestiones religiosas, morales y legales contrarias. Yendo más allá es un caso de ayuda al suicidio, si es el propio paciente quien lo solicita, ya que la acción u omisión sobre el retiro y/o rechazo de los soportes de hidratación y/o alimentación conducen a la muerte del paciente, ya sea por inanición y/o deshidratación; este es un tema que debería complementarse con los diferentes tipos de responsabilidades, ya que en materia penal no encuadraría en una eximente de responsabilidad.

Por último, como reflexión propia, el Código de Ética de la Asociación Médica Argentina (2001), también establece cuestiones relativas, en su capítulo 34 tiene como epígrafe “De la eutanasia y del suicidio asistido”, aquí el paciente terminal tiene derecho a una muerte digna, a evitar el ensañamiento terapéutico, pero el suicidio asistido queda prohibido; y en el artículo 552 prohíbe las prácticas eutanásica y establece que debe

permitirse la muerte del enfermo pero nunca provocársela. Como se interpreta, este cuerpo normativo ya permitía el derecho a una muerte digna anterior a la Ley 26.529 modificada por la ley 26.742, asimismo debía permitirse la muerte del enfermo pero no provocársela, resulta contradictorio con la prohibición de realización de prácticas eutanásicas, ya que la misma puede ser activa o pasiva, y en la norma se prohíbe provocar, pero se permite dejar morir al enfermo. Igualmente de toda la investigación que realicé no encontré casos donde se argumente con el Código de Ética de la Asociación Médica Argentina, ni se cuestione la constitucionalidad o nulidad del mencionado artículo, tanto judicialmente como por la doctrina.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Alonso, J.P. (2016). El derecho a una muerte digna: la judicialización de la toma de decisiones médicas en el final de la vida. [versión electrónica] *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, 26 (2), 569-589.
- Arrigone, M. (2012). Admirable consecuencia de un cambio cultural. Algo más sobre muerte digna [versión electrónica] *Suplemento Especial La Ley. Identidad de Género y Muerte Digna*. 83-84.
- Bertolino, L. (2010). Dolor Físico, Muerte y Sociedad. [versión electrónica] *Institución de Bioética, UCA*, Año 11 N°2, 139-143.
- Calipari, M. (2004). Ética al final de la vida. Aplicación a personas en estado vegetativo [versión electrónica] *publicación del Instituto de Bioética, UCA, Vida y Ética*, Año 5 N°2, 117-126.
- DeConceptos.com. Concepto de dignidad humana. Recuperado 29/09/2017 de <https://deconceptos.com/ciencias-juridicas/dignidad-humana>.
- Demiz, G. I. (2011) *Los Derechos Humanos Básicos a Respetar en el Umbral de la Muerte*. Recuperado 10/05/2017 de: www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/03/doctrina27800.pdf.
- Farías, G. (2007). *Muerte voluntaria. Sedación. Suicidio asistido. Eutanasia*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Farrel, M. D. (2015) Eutanasia: moral y derecho. Enseñando Ética. Recuperado el 02/01/2018 de http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/coleccion-ciencias-juridicas/EnsenandoEtica_13.pdf.
- García González, A. (2010). La Dignidad Humana: Núcleo Duro de los Derechos Humanos. Recuperado el 28/09/2017 de <http://www.unla.mx/iusunla28/reflexion/La%20Dignidad%20Humana.htm>.
- Garsco, M. A. (2014). Comentarios sobre la definición de la muerte de la persona física en el derecho argentino [versión electrónica] *Aequitas Virtual*. vol. 8, núm. 21. Recuperado el 26/12/2017 de <http://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitasvirtual/article/view/2383>.
- Gelli M. (2012). La autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad [versión electrónica] *Suplemento Especial La Ley. Identidad de Género y Muerte Digna*. 93-99.

- La Corte Suprema reconoció el derecho de todo paciente a decidir su muerte digna. Recuperado el 15/12/2017 de <http://www.cij.gov.ar/nota-16952-La-Corte-Suprema-reconoci--el-derecho-de-todo-paciente-a-decidir-su-muerte-digna.html>.
- Lafferriere, J. (2012). La dificultad de legislar sobre el fin de la vida paciente [versión electrónica] *Suplemento Especial La Ley. Identidad de Género y Muerte Digna*. 107-109.
- Maciá Gómez, R. (2008). El concepto legal de muerte digna. Recuperado el 25/09/2017 de <https://www.eutanasia.ws/hemeroteca/z15.pdf>.
- Mosset Iturraspe, J. (2002). *El valor de la vida humana* (4ª ed. ampliada y actualizada). Bs. As., Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Muñoz, C. (2012). Fin de la existencia de las personas. *En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires: El Derecho. Recuperado el 27/05/2017 de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/fin-existencia-personas-muniz.pdf>.
- Niño, L.F. (2012). Eutanasia, muerte asistida y retiro de soporte vital: breve delimitación conceptual y tratamiento del tema en el derecho comparado y en el ordenamiento jurídico argentino [versión electrónica] *Revista Derecho Penal*. Año I N° 2.
- Pasquini, M. S. (2005). *Eutanasia*. Recuperado el 02/01/2018 de <http://www.saij.gov.ar/doctrina/daoc050056-pasquini-eutanasia.htm?bsrc=ci>.
- Ríos Ruíz, A. Á. y Fuente del Campo, A. (2016). Eutanasia y la dignidad humana en el derecho comparado [versión electrónica] *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Año 4, No. 8, Junio - Enero 2017, 1-28 pp.
- Scanavino, F. O. (2012). Derecho a la intimidad vs Derecho a la información. Antagonismo o complementariedad. Recuperado el 29/09/2017 de http://www.saij.gov.ar/doctrina/dacf120207-scanavino-derecho_intimidad_vs_derecho.htm.
- Urbina, P. A. (2012). La capacidad de decidir sobre la propia vida [versión electrónica] *Suplemento Especial La Ley. Identidad de Género y Muerte Digna*. 149-153.
- Viar, L. A. (2013). *Análisis de la Ley 26742 de "Muerte digna"*. Recuperado 05/05/2017 de: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/analisis-ley-26742-muerte-digna.pdf>.

Legislación

- Código Civil y Comercial Argentino.
- Código de Ética para el Equipo de Salud. 2001. Argentina.

- Consejo de Europa, en su recomendación 1418. Debate de la Asamblea del 25 de junio de 1999, 24ª Sesión.
- Constitución Nacional Argentina.
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Bogotá, Colombia, 1948.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948.
- Ley 17.132. Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas. Buenos Aires, 24 de enero de 1967.
- Ley 24.193. De Trasplante de Órganos y Tejidos –Texto actualizado por Ley 26.066. Sancionada: Marzo 24 de 1993. Promulgada Parcialmente: Abril 19 de 1993.
- Ley 26.061. Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Boletín Oficial 26/10/2005.
- Ley 26.529. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Sancionada: Octubre 21 de 2009. Promulgada de Hecho: Noviembre 19 de 2009.
- Ley 26.742. Muerte Digna. Modifica la Ley N° 26.529. Sancionada: Mayo 9 de 2012. Promulgada de Hecho: Mayo 24 de 2012.
- OMS (2015). Salud y derechos humanos. Nota descriptiva N°323. Recuperado 29/09/2017 de <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966.

Jurisprudencia

- C.S.J.B.A., "S., M. d. C. Insania" causa 85.627. (2005).
- C.S.J.N. "Bahamondez, Marcelo s/ Medida Cautelar". L.L. 1993-D, 130. (1993).
- C.S.J.N., "D.M.A s/declaración de incapacidad", CSJ 376/2013 (49-D) CS1. (2015).